



Revista

ISSN 2007-4700

# Perla

MÉXICO

Número 14 • 15  
Marzo de 2018 • febrero de 2019





# Revista

---

# Penal

## MÉXICO

Número 14•15  
Marzo 2018-febrero 2019  
México  
ISSN 2007 4700



Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, [clase.unam.mx](http://clase.unam.mx) y [www.latindex.org](http://www.latindex.org)



REVISTA PENAL MÉXICO, año 7, núm. 14•15, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, 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 Gerardo Laveaga. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impreso y encuadernado por Guimark Total Quality S.A. de C.V., Carolina 98, Despacho 101, Col. Ciudad de los Deportes, Alcaldía Benito Juárez, C.P. 03710, Ciudad de México. El tiraje consta de 1,000 ejemplares más sobrantes para reposición.

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

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

# Revista

---

# Penal MÉXICO

## DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

ALEJANDRO GERTZ MANERO  
*Fiscal General de la República  
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

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

RAFAEL RUIZ MENA  
*Secretario General Académico*

IVÁN COLMENARES ÁLVAREZ  
*Secretario General de Extensión*

JULIO TÉLLEZ DEL RÍO  
*Director de Publicaciones y Biblioteca*

Número 14 • 15  
Marzo 2018-febrero 2019  
México  
ISSN 2007 4700

## DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

### CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
*Universidad de Huelva*

GERARDO LAVEAGA  
*Director General del INACIPE*

### COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS  
*Universidad Georg August de Gotinga*

LUIS ARROYO ZAPATERO  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

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

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN  
*Extitular de la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales - En suplencia del Procurador General de la República*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE  
*Universidad de Salamanca*

DAVID CIENFUEGOS SALGADO  
*Universidad Autónoma de Guerrero*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ  
*El Colegio de México*

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

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

JAVIER DONDÉ MATUTE  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

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

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

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

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
*Universidad Pablo de Olavide*

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO  
*Universidad Autónoma de Chiapas*

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ  
*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

CLAUS ROXIN  
*Universidad de Múnich*

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA  
*Universidad De La Salle Bajío*

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

### EDITORA DE LA REVISTA

ALEJANDRA SILVA CARRERAS  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

### CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

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

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA  
*Universidad Autónoma de Tlaxcala*

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

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ  
*Poder Judicial de la Federación*

MARÍA ELOÍSA QUINTERO  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ  
*Instituto Tecnológico Autónomo de México*

MIGUEL BUSTOS RUBIO  
*Universidad Internacional de la Rioja*

VICTOR MANUEL MACIAS CARO  
*Universidad de Huelva y Pablo de Olavide*

## DOCTRINA

Mercedes Alonso Álamo <i>Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad. . . . .</i>	9
Rodolfo Félix Cárdenas <i>Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa con valor sustantivo en el proceso penal mexicano</i>	47
Juan Carlos Delgado Siles, Ricardo Colin García y Daniel Alexander Conde González <i>Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal . . . . .</i>	73
Patricia Esquinas Valverde <i>¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal. . . . .</i>	89
Patricia Esquinas Valverde <i>Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo . . . . .</i>	119
Juan Carlos Ferré Olivé <i>Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador en materia penal tributaria, con referencias al sistema español. . . . .</i>	155
Javier García Amez <i>Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos y varias situaciones jurídicas conflictivas. . . . .</i>	169
José Gómez Huerta Suárez <i>El primer sistema de anticorrupción en México . . . . .</i>	195
Eliseo Lázaro Ruiz <i>Retos para consolidar a los servicios periciales el sistema penal acusatorio. . . . .</i>	211
Francisco Muñoz Conde <i>Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura. . . . .</i>	227
Alberto Enrique Nava Garcés <i>Las víctimas de trata y las redes sociales . . . . .</i>	237
José Manuel Paredes Castañón <i>Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares . . . . .</i>	247

---

Ana Isabel Pérez Cepeda y Juan Terradillos Basoco  
*Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos  
en el marco del derecho penal internacional* ..... 263

Marcos del Rosario Rodríguez  
*Personas sentenciadas y derechos políticos* ..... 275

Lorena Varela  
*¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración  
sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea* ..... 287



## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

Mercedes Alonso Álamo

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

**RESUMEN:** *En este artículo se defiende un derecho penal de la culpabilidad, fundado en el reconocimiento de la libertad de la voluntad de acuerdo con una epistemología de base biológica científicamente orientada. Nuestra propuesta se opone al derecho penal de la prevención y al derecho penal de la peligrosidad criminal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Libre albedrío en sentido fuerte, fundamento material de la culpabilidad, concepto material de culpabilidad, concepto formal de culpabilidad, motivos, emociones.*

**ABSTRACT:** *In this paper we defend a Criminal Law of culpability, founded on the recognition of the freedom of the will, according to an epistemology of biological basis and scientifically oriented. Our proposal is opposed to a preventive Criminal Law and a Criminal Law based on the criminal danger.*

**KEYWORDS:** *Free will in the strong sense, material foundation of culpability, material concept of culpability, formal concept of culpability, motivations, emotions.*

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Fundamentación material de la culpabilidad. Libre albedrío en sentido fuerte versus determinismo. 3. Fundamento y concepto material de culpabilidad; 3.1. Estado de la cuestión; 3.2. Toma de posición. 4. Elementos formales de la culpabilidad; 4.1. Elementos básicos de la culpabilidad. 4.2; Características especiales que afectan a la culpabilidad; 4.3. Circunstancias generales que afectan a la culpabilidad; 4.4. Criterios de determinación de la pena atinentes a la culpabilidad (culpabilidad para la medición de la pena versus culpabilidad para la fundamentación de la pena). 5. ¿Cómo delimitar las características de la culpabilidad de las características subjetivas que gradúan el injusto? 6. ¿Está justificado agravar la culpabilidad mediante características típicas subjetivas de agravación y mediante circunstancias agravantes generales? 7. Bases psicológica y normativa de los elementos subjetivos y proceso de normativización de los elementos subjetivos: aspectos sustantivos y procesales. 8. Motivos y emociones; 8.1. Motivos, emociones y elementos formales de la culpabilidad; 8.2. Emociones y libertad de la voluntad: ¿desatando el nudo del mundo?*

## 1. Introducción

Hoy en día no hay datos científicos concluyentes sobre la existencia o no de la libertad de la voluntad. Aunque a la vista de las posiciones más radicales en el ámbito de la investigación neurocientífica pudiera parecer que los descubrimientos científicos conducen al determinismo y a la negación del libre albedrío, no puede afirmarse con los conocimientos actuales que la voluntad esté *completa y definitivamente* determinada por factores neurobiológicos, ni por factores genéticos, ni ambientales, ni por las experiencias psicológicas y sociales que van moldeando el cerebro desde el comienzo de la vida. Es cierto que hay posturas extremas dentro de las neurociencias que niegan el libre albedrío en sentido fuerte (la libertad de la voluntad) y que sostienen que si la mente es producto del cerebro y el cerebro es pura materia entonces el cerebro tiene que estar sometido a las leyes deterministas de la naturaleza.<sup>1</sup> Pero esta argumentación presupone adoptar la concepción determinista de las leyes físicas dominante en los siglos XVIII y XIX bajo la influencia de la mecánica newtoniana, e ignorar la moderna física cuántica en la que el azar juega un papel esencial. A los neurocientíficos que niegan la libertad de la voluntad no parece importarles la cuestión de cómo pueden considerarse deterministas los procesos fisicoquímicos basados como están en principios cuánticos aleatorios. De igual modo, podemos seguir manteniendo la libertad de la voluntad aunque no sepamos cómo pueda emerger el libre albedrío en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. Por ello, en el actual estado de la ciencia es posible, e incluso indicado, fundamentar materialmente la culpabilidad en la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, y entender, con Searle, —sin perjuicio de que esta afirmación deba ser precisada posteriormente— que “si el libre albedrío es una verdadera característica del mundo y no una mera ilusión, ha de tener una realidad neurobiológica”, que “ha de haber algo del cerebro que realice el libre albedrío”,<sup>2</sup> aunque no

sepamos cómo pueda esto suceder. Quizás no lo podamos saber nunca. Quizás haya que aceptar resignadamente que nos faltan facultades cognitivas para captar cómo surgen la conciencia y la libertad de la voluntad,<sup>3</sup> lo que no quiere decir que no surjan.

En las páginas que siguen trataremos, en primer lugar, de situar nuestra posición en el marco de otras concepciones de la culpabilidad, a fin de esclarecer e intentar explicar por qué, a nuestro juicio, la culpabilidad jurídico penal, formalmente integrada por los elementos que un ordenamiento jurídico establece para la imputación subjetiva, solo puede fundamentarse materialmente si se parte de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte como criterio prejurídico indispensable para la responsabilidad personal. Partimos de que determinismo y libertad de la voluntad son incompatibles entre sí,<sup>4</sup> y de que las ficciones de libertad, la libertad para el derecho, la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, el reconocimiento comunicativo, etc.; como fundamentos materiales de la culpabilidad, son constructos jurídicos o fundamentaciones —que a veces se presentan como compatibles con el determinismo— que pueden ser adecuadas para hacer frente a las concepciones de la culpabilidad que han pretendido fundamentarla en el indemostrable “poder obrar de otro modo”, pero que devienen insuficientes cuando desde el ámbito de las neurociencias se elevan voces que, con base en estudios y experimentos científicos de gran impacto, niegan la existencia de la libertad de la voluntad. Porque entonces lo que se sostiene desde el ámbito de las ciencias empíricas no es que no se puede probar si en la situación concreta un sujeto pudo obrar de modo distinto a como lo hizo sino algo más básico o fundamental, a saber, que, aunque esto se pudiera probar, no somos libres de querer lo que queremos. Es decir, el punto débil, crítico, al que se enfrenta la fundamentación material de la culpabilidad, posee una dimensión más profunda cuando no solo se niega la posibilidad de probar que la acción de un sujeto fue libre en la situación concreta (que

<sup>1</sup> Rubia, F. J. “Comentarios introductorios”. *El cerebro: Avances recientes en neurociencias*. Rubia, F. J. (ed.). Editorial complutense. Madrid, 2009, pp. 99 y ss.

<sup>2</sup> Searle, J. R. *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, traduc. por Candel, M. Paidós. Barcelona, 2004, p. 58.

<sup>3</sup> Vid. Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, traduc. por Meler-Orti, F., Destino, Barcelona, 2011, pp. 706 y ss. y 715.

<sup>4</sup> Sobre la crítica al compatibilismo del determinismo y el libre albedrío, Searle, J. R. *Mentes, cerebros y ciencia*, traduc. por Valdés, L. Cátedra, Madrid, 1985, p. 100.

pudo obrar de otro modo), sino que de manera radical se niega la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte afirmándose que no somos libres de querer lo que queremos.

Dada la actual discusión en el ámbito de las neurociencias, las concepciones de la culpabilidad jurídica que discurren en paralelo (y de espaldas) a las ciencias empíricas y experimentales dejan la culpabilidad penal desprovista de fundamentación material genuina. Sucede esto, en nuestra opinión, cuando se afirma que el derecho opera con su propia metodología y establece sus propias categorías y que las ciencias jurídicas son capaces de dar respuesta a la cuestión de la libertad y de la responsabilidad penal al margen de las ciencias empíricas. Por el contrario, sostendremos aquí que la fundamentación material de la culpabilidad pasa necesariamente por abordar el problema de la libertad de la voluntad, o libre albedrío en sentido fuerte, desde la investigación científica y desde la filosofía de la mente,<sup>5</sup> y que es preciso tomar posición entre determinismo y libre albedrío en sentido fuerte, rechazando su compatibilidad: no caben fórmulas intermedias compatibilizadoras de libre albedrío y determinismo.

A fin de dejar claro desde el principio el sentido de nuestra posición, importa señalar desde ahora que la opción determinista que rechaza el libre albedrío en sentido fuerte, llevada a sus últimas consecuencias, debería conducir al definitivo abandono del derecho penal tradicional —y en especial de la pena que mire (también) al pasado— y a su sustitución por un derecho penal de la prevención o, más aún, de la peligrosidad.

En las últimas décadas se han abierto paso con fuerza las concepciones preventivas de la pena. El derecho penal moderno, se suele afirmar, no se asienta ya en la idea de retribución sino en la de prevención. Con ello se quiere significar básicamente que se castiga para que no se delinca. El desprestigio de la finalidad retributiva de la pena (se castiga porque se

delinquir) ha ido en aumento desde que el Proyecto Alternativo alemán de 1966 reaccionara frente al rigorismo del Proyecto oficial de 1962, partidario de una retribución estricta, compensación justa de la culpabilidad del autor, la cual condiciona no solo el límite máximo sino también el límite mínimo de la pena. Mucho se ha escrito en contra de la pena retributiva estricta que excluye la imposición de una pena inferior a la que corresponde a la culpabilidad del autor atendiendo a consideraciones de prevención.<sup>6</sup> No nos vamos a detener aquí sobre ello. Baste decir que la pena retributiva lleva sobre sí una pesada losa. Evoca la pena talional del ojo por ojo y diente por diente; evoca la idea de castigo y la idea de expiación vinculada históricamente a la idea de pecado; evoca la afirmación de la justicia o la afirmación del derecho en el sentido de las teorías absolutas, idealistas, como retribucionismo ético o como retribucionismo lógico o jurídico. Y todo ello parece inaceptable o al menos insuficiente para fundamentar la pena hoy, por lo que no es de extrañar que la pena retributiva haya devenido en tabú.

Sin embargo, la retribución nunca se ha ido del todo. Se ha reformulado y presentado en términos nuevos, con rostro humano y, por lo general, coexistiendo con las teorías preventivas en el marco de un derecho penal que sigue reclamando la culpabilidad por el hecho para la imputación del mismo a su autor.

Sucede así cuando se sostiene, con múltiples variantes, que la pena se fundamenta y tiene sentido solo frente al autor culpable —lo que permite mantener viva la llama de determinadas concepciones personales o individuales de la culpabilidad,<sup>7</sup> o de determinadas concepciones sociales<sup>8</sup>— sin que ello excluya que pueda cumplir finalidades preventivo especiales en el momento de su ejecución, y preventivo generales en los momentos de su conminación y/o de su aplicación. Sucede así también, a nuestro juicio, cuando se afirma que la pena nunca debe sobrepasar por razones preventivas la medida de la culpabilidad, cumpliendo

<sup>5</sup> Sobre el trasfondo filosófico de la discusión, recientemente, Díaz Arana, A. F. “Las mentes libres en el Derecho Penal. Neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente”, *InDret*, 1/2016, pp. 6 y ss.

<sup>6</sup> *Vid.* Schünemann, B. “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, introduc., traduc. y notas de Silva Sánchez, J.-M.ª. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 148 y ss. y notas 4 y 5.

<sup>7</sup> Torio López, A. “El concepto individual de culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 285 y ss.

<sup>8</sup> Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., traduc. por Olmedo Cardenete, Comare, Granada, 2002, pp. 435 y ss. y 81 y ss.

esta la función de determinar el límite máximo de la pena dentro de un derecho penal prioritariamente preventivo.<sup>9</sup>

Puede afirmarse que la desprestigiada y, al parecer, vergonzante idea de retribución, deja paso a una pena preventiva que, sin embargo, mantiene la mirada hacia el pasado a fin de justificar la pena que se impone por razones preventivas: una mirada a las circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho, a su conocimiento de la prohibición, a su capacidad de motivarse por las normas, a si le es exigible una conducta distinta de la que realizó y adecuada a la norma.

El distanciamiento entre el modelo del derecho penal de la culpabilidad y el derecho penal de la prevención es un distanciamiento que afecta a los cimientos: al fundamento material de la culpabilidad. Ambos modelos se aproximan, aunque presenten variaciones, cuando se trata de caracterizar y definir los elementos de la culpabilidad, y cuando se plantean los fines que la pena puede cumplir. Ni el derecho penal de la culpabilidad impide sostener que la pena por la culpabilidad o fundada en la culpabilidad cumpla finalidades preventivas (especiales y generales); ni el derecho penal de la prevención conduce necesariamente a rechazar la culpabilidad del autor. Dónde difieren y se distancian ambos modelos es básicamente en cómo fundamentan esta.

Schünemann ha afirmado con rotundidad que la crítica (“victoriosa”) al derecho penal retributivo “ha obtenido buena parte de su poder de convicción del argumento de que la posibilidad de la culpabilidad tiene como premisa la existencia del libre albedrío humano”, dado que la corrección de esta premisa “no es comprobable ni de modo general ni especial, porque ni el libre albedrío humano ni la posibilidad de actuar de otro modo en una situación concreta son demostrables de modo exacto”.<sup>10</sup> En efecto, desde las conocidas aportaciones de Engisch a la crítica a la libertad del querer y la consiguiente crisis de la culpabilidad fundada en el indemostrable poder actuar de otro modo, se han formulado diferentes concepciones sobre la culpabilidad que, apartándose de aquel

modelo, reivindican las finalidades preventivas de la pena y fundamentan la pena y el derecho penal en las necesidades de prevención.

Pudiera entenderse que los últimos avances en neurociencias vienen a confirmar lo acertado de las teorías preventivas de la pena. Así, señala Feijoo Sánchez que con los actuales conocimientos neurocientíficos ya no es posible seguir defendiendo un reducto de libertad o una libertad relativa. A ello se añade que los nuevos conocimientos y, en particular, la defensa del monismo anti-cartesiano, no conmueven las bases de las teorías de la culpabilidad de corte preventivo.<sup>11</sup> De modo diverso, veremos que los conocimientos científicos actuales no impiden fundamentar materialmente la culpabilidad en la libertad de la voluntad, sin que ello lleve a acoger el dualismo cartesiano ni ninguna otra versión del dualismo.

Una vez argumentada nuestra posición acerca de la fundamentación material de la culpabilidad jurídico-penal en la libertad de la voluntad, nos ocuparemos, en segundo lugar, de los conceptos material y formal de culpabilidad jurídico-penal. En particular, examinaremos el papel que desempeñan motivos y emociones en la configuración de los elementos formales de la culpabilidad. Impulsos y pulsiones internas o externas, motivos, emociones y déficits volitivos o de comprensión que intervienen en la toma racional de decisiones (que será preciso distinguir de aquellos casos en que no pueda hablarse de un modelo de racionalidad) y la condicionan.

La fundamentación material de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte permitirá formular un concepto material de culpabilidad conforme al cual el legislador ha de establecer los elementos formales de la culpabilidad. La fundamentación material de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte es una cuestión estructural que se establece frente a todos. El concepto material de culpabilidad que se formula a partir de aquella, por el contrario, proporciona las bases a partir de las cuales los ordenamientos jurídicos deben establecer los elementos formales de la culpabilidad. Distinguiamos, pues, entre

<sup>9</sup> Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traduc. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.-M./ Díaz y García Conlledo, M./ De Vicente Remesal, J., Civitas, 1997, pp. 791 y ss.

<sup>10</sup> Schünemann, B., “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, *cit.*, p. 152.

<sup>11</sup> Feijoo Sánchez, B. “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), Civitas/ Thomson, Pamplona, 2012, pp. 21 y ss.: “el monismo anti-cartesiano no conmueve en absoluto las bases de las teorías modernas de la culpabilidad de corte preventivo”.

fundamentación material, concepto material y concepto formal de culpabilidad jurídico-penal.

## 2. Fundamentación material de la culpabilidad. Libre albedrío en sentido fuerte *versus* determinismo

Hace ya tiempo que la doctrina penal cuestionó que se pudiera fundamentar la culpabilidad en que el sujeto en la situación concreta pudo obrar de otro modo. Decisivas fueron al respecto las investigaciones de Engisch.<sup>12</sup> Pero ello debe ser diferenciado del problema del libre albedrío en sentido fuerte. Partiendo de que no se puede demostrar que en la situación concreta el sujeto pudo obrar de forma diferente a como lo hizo, las posiciones a veces se deslizan peligrosamente desde el indemostrable poder obrar de otro modo hacia la negación de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, libre albedrío que es a su vez reducido a cuestión metafísica. Pero el libre albedrío no es (solo) una cuestión metafísica. Es también una cuestión epistemológica, conectada a cuestiones científicas, que puede ser examinada a la luz de una epistemología de base biológica.<sup>13</sup>

Desde la perspectiva del derecho penal, el problema del libre albedrío es estructural. Solo si existe el libre albedrío en sentido fuerte se puede fundamentar materialmente la culpabilidad. Si se demostrara (o se aceptara) que no existe, habría que ir a algo distinto al derecho penal. En particular, habría que abandonar definitivamente la pena que (también) mire al pasado y que no cumpla solo funciones de prevención. Es decir, si fuera cierta la hipótesis neurocientífica extrema acerca del determinismo, habría que replantear el derecho penal desde sus cimientos. Pero hoy en día no hay razones para que tengamos que ir hacia un derecho penal de la prevención ni hacia un derecho penal de la peligrosidad sino que más bien hay razones para seguir manteniendo que la pena se impone en

atención a la culpabilidad del autor por el hecho cometido, además de por razones de prevención.

El moderno debate neurocientífico afecta de raíz a las concepciones de la culpabilidad que prescinden del problema del libre albedrío en sentido fuerte. En una consideración somera pudiera parecer que esto no es así, es decir, que no afectaría a aquellas concepciones de la culpabilidad que se habían apartado de la fundamentación de la culpabilidad en el “poder obrar de otro modo” porque en definitiva dichas concepciones habrían huido ya de la fundamentación de la culpabilidad en el libre albedrío edificándose sobre otros pilares. Pero lo cierto es que dichas concepciones no están en condiciones de hacer frente, a las propuestas de los neurocientíficos radicales que niegan el libre albedrío en sentido fuerte y afirman el determinismo.

Por otra parte, pudiera parecer que las teorías preventivas de la culpabilidad no solo no se hallarían en contradicción con lo que se postula desde determinados sectores radicales de las neurociencias sino que vendrían a encontrar en las mismas un apoyo a sus tesis. Pero veremos que nada de ello es así y que, aunque pueda resultar paradójico, el problema del libre albedrío renace con fuerza de sus cenizas y vuelve al debate sobre la culpabilidad jurídico penal del que había sido expulsado incorrectamente.

Las posiciones que mantienen la compatibilidad del determinismo con el libre albedrío deben ser rechazadas. No caben soluciones compatibilizadoras ni vías intermedias. Como dice Searle, “el compatibilismo niega la sustancia del libre albedrío, mientras que mantiene su caparazón verbal”.<sup>14</sup> El libre albedrío en sentido fuerte requiere que se pueda querer lo que se quiere, es decir, el reconocimiento de la libertad de la voluntad. Si se demostrara que no existe el libre albedrío en sentido fuerte, carecería de sentido hablar de compatibilismo. En tal escenario, todo esfuerzo por fundamentar materialmente la responsabilidad y la culpabilidad jurídico penal sería vano, por lo que solo quedaría acudir a ficciones de libertad, a la

<sup>12</sup> Engisch, K. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. ed. Walter de Gruyter. Berlin, 1965, pp. 23 y ss.

<sup>13</sup> Al igual que señalan Edelman y Tononi en relación con la conciencia, se trata de conectar ciertas cuestiones de la metafísica y de la epistemología con cuestiones científicas, *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, traduc. por Riera, J. L., Crítica, Barcelona, 2002, pp. 258 y ss.

<sup>14</sup> Searle, J. R., *Mentes, cerebros y ciencia, cit.*, p. 101.



normativización de la misma, al derecho penal de la prevención, al derecho penal de la peligrosidad, etc.

La distinción entre libertad de la voluntad (libertad de querer lo que queremos) y libertad de actuación<sup>15</sup> es clave a efectos de abordar correctamente el problema de la culpabilidad. Lo que los neurocientíficos más radicales afirman no es (solo) que no se pueda probar que podíamos haber actuado de otra manera sino que en ningún caso, bajo ninguna circunstancia, *nunca*, somos libres de querer lo que queremos. Si esto fuera así, no podríamos fundamentar ninguna responsabilidad ni, en consecuencia, la responsabilidad penal. Ni la espontaneidad como dato antropológico, ni la motivabilidad por la norma, ni la motivabilidad normal, ni la asequibilidad normativa, etc., serían suficientes para contrarrestar aquella afirmación. Pero desde el ámbito de las neurociencias y de la filosofía de la mente encontramos también apoyo para defender el libre albedrío.

La culpabilidad jurídico penal se fundamenta y posee sentido en la medida en que se acepte la libertad de la voluntad. Solo sobre la misma se puede estructurar sólidamente un concepto material de culpabilidad que tenga en cuenta los déficits y todos los factores que puedan concurrir en el sujeto al tiempo del hecho. La culpabilidad penal no se reduce a sus elementos formales sino que responde a un concepto material que se basa en una fundamentación previa en la libertad de la voluntad. Los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente operan a fin de delimitar los casos en que la libertad de la voluntad y/o la libertad de actuación se hallen excepcionalmente ausentes o, en su caso, limitadas.<sup>16</sup>

### 3. Fundamento y concepto material de la culpabilidad

Como se pone de relieve en la exposición que sigue de las diferentes concepciones sobre la culpabilidad, es preciso distinguir entre fundamentación material de la culpabilidad y concepto material de culpabilidad.

Aquí sostendremos que la fundamentación de la culpabilidad penal en el libre albedrío en sentido fuerte es una cuestión estructural, general, que se decide frente a todos. Ello es compatible con un concepto material de culpabilidad como juicio personal, individual, frente al autor concreto, que a partir de aquella fundamentación toma en cuenta la necesidad de atender a todos los condicionamientos, déficits, factores, circunstancias, etc., personales y sociales, que permiten graduar la culpabilidad o, en su caso, excluirla. Pero antes de exponer nuestra posición, examinemos críticamente algunas de las concepciones que han tratado de fundamentar materialmente la culpabilidad jurídica con independencia o al margen de la cuestión del libre albedrío en sentido fuerte.

#### 3.1. Estado de la cuestión

Afirma Jescheck que “el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales”. Y añade: “Si todo hacer u omitir estuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal propia de los procesos naturales y privado de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharle a la persona sus hechos como hacerlo responsable por sus enfermedades”.<sup>17</sup>

Cuando se trata de fundamentar la culpabilidad jurídico penal no se puede ignorar el problema del libre albedrío. Frente a las críticas que las ciencias empíricas dirigen a la existencia del libre albedrío, Jescheck invoca las tesis que defienden la existencia de “un margen de libertad” en base al dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano: “Junto a la forma de pensamiento causal referido a la naturaleza se acepta otra de carácter “espontáneo” referida a la psique mediante la que se expresa

<sup>15</sup> El problema no es si puedo hacer lo que quiera sino la libertad del querer. Al respecto, Schopenhauer, A. *Los dos problemas fundamentales de la ética, I, Sobre la libertad de la voluntad*, traduc. por Zurro, M<sup>a</sup> del R., Mondadori, Milán, 2010, pp. 60 y ss. Sobre ello, Alonso Álamo, M. “Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: Libertad de la voluntad “en la brecha” y neurociencias”, en *Libro Homenaje a M. Bajo Fernández*, en publicación.

<sup>16</sup> El problema de las características y circunstancias especiales de agravación de la culpabilidad se examinará también oportunamente.

<sup>17</sup> Jescheck, H.-H/Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 437 y ss.



la creatividad, autonomía y espiritualidad de la personalidad humana”.<sup>18</sup>

Partiendo de tales presupuestos formula un concepto material de culpabilidad fundado en la espontaneidad del comportamiento humano que descansa en el reproche de la actitud interna contraria a la pretensión de observancia del bien jurídico protegido por la norma. A la pregunta de si la persona concreta pudo comportarse de manera distinta a como lo hizo y de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico, Jescheck responde que dicha pregunta no puede ser contestada “pues ello supondría que para un individuo determinado y un hecho concreto podría ser probada la existencia del libre albedrío”, lo que le lleva a sostener que “la cuestión solo puede ser planteada razonablemente en el sentido de preguntarse si, de acuerdo con la experiencia acumulada de las disciplinas implicadas en el hecho, *‘otra persona’* en la situación del autor habría podido resistirse a la tentación delictiva (escala social-comparativa)”.<sup>19</sup> La argumentación experimenta así un desplazamiento desde la fundamentación material de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento hacia un concepto material de culpabilidad que se concreta en la actitud interna jurídicamente defectuosa desde la perspectiva de lo que hubiera realizado el hombre medio.

La concepción de Jescheck puede ser examinada críticamente desde dos puntos de vista distintos. En primer lugar, por la fundamentación de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento humano, con la consiguiente reducción del libre albedrío a su aspecto antropológico. El carácter espontáneo del comportamiento referido a la psique por la que se expresa la creatividad, la autonomía y la espiritualidad del sujeto deviene insuficiente en la fundamentación de la responsabilidad si no se da el paso decisivo de aceptar la existencia de la libertad y la voluntad, conformándonos con meras experiencias de libertad. Por ello, más bien cabría entender que si la creación artística puede considerarse sustraída al mecanismo ciego

de la causalidad, como por lo demás se postula desde determinados ámbitos de las neurociencias,<sup>20</sup> ello es un argumento decisivo para replantear el problema del libre albedrío en el sentido de entender que entre los procesos mentales y la acción no puede afirmarse que haya una sobredeterminación causal y que no está excluida la emergencia de la libertad de la voluntad.

En segundo lugar, es cuestionable el concepto general, social, de culpabilidad, que formula Jescheck tras la constatación de que no se puede probar ni el poder obrar de otro modo ni la existencia del libre albedrío. Esto fue ya destacado por Torío quien criticó el concepto de culpabilidad general o social propuesto por Jescheck considerando que la culpabilidad pretende ser un juicio individualizador y que hablar de culpabilidad general o social es contradictorio desde un punto de vista lógico además de contribuir a la confusión entre antijuricidad (juicio impersonal) y culpabilidad (juicio personal): “El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo al poder impersonal de otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real”.<sup>21</sup> En su lugar, propone Torío un concepto material individual, personal, de culpabilidad fundado en el dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano.<sup>22</sup> Fundamento y concepto material de culpabilidad confluyen en la formulación de “una noción integrada, multilateral, abierta, compleja, de la imputación subjetiva”, pues la espontaneidad “está en relación con el carácter, es decir, con el conjunto de disposiciones congénitas y adquiridas que confieren peculiaridad a la personalidad. Mas ante todo se halla en intercambio dialéctico permanente con el tipo de sociedad”.<sup>23</sup>

El concepto individual de culpabilidad tiene el indudable mérito de llamar la atención sobre el carácter personal del juicio de culpabilidad y de poner de relieve a la vez que en el juicio de culpabilidad se han de tener en cuenta todos los factores, individuales y

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 439, donde también expresa, sin embargo, que “incluso para las ciencias de la naturaleza no rige completamente la ley de la causalidad sino que hay que admitir un “margen de libertad”.

<sup>19</sup> Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* cit., pp. 453 y 458 y ss.

<sup>20</sup> Gazzaniga, M. S., ¿Qué nos hace humanos? La explicación científica de nuestra singularidad como especie, traduc. por Forn, F., Paidós, Barcelona, 2010, pp. 216 y ss. y 255.

<sup>21</sup> Torío López, A., “El concepto individual de culpabilidad”, *cit.*, pp. 292 y ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 296 y ss.

<sup>23</sup> Torío López, A., “Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 36, 1988, pp. 765 y ss.

sociales, que concurren en el autor al tiempo del hecho. Pero este concepto material, al erigirse sobre la fundamentación de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, deja sin resolver el problema que se suscita con base en los estudios de las ciencias empíricas y en particular hoy desde las neurociencias, a saber, que si no somos libres de querer lo que queremos, la responsabilidad penal sería un artificio o un constructo puramente jurídico edificado sin base material firme, en el aire. Por ello, la fundamentación de la responsabilidad penal pasa por tomar posición en el debate sobre determinismo y libre albedrío en sentido fuerte, sin que pueda ignorarse este ni pretender resolverlo invocando la espontaneidad del comportamiento humano como dato puramente antropológico o como experiencia psicológica.

Mir Puig introduce un momento normativo o valorativo en la fundamentación material de la culpabilidad. Considera insuficiente tanto la concepción tradicional basada en el poder obrar de otro modo (“el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de obrar de otro modo”),<sup>24</sup> como las teorías de la motivación por las normas. Mir Puig distingue entre posibilidad de motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación (“la imposibilidad absoluta de motivación normativa *impide la propia infracción de una norma* personalmente dirigida al sujeto”) y la “anormalidad motivacional” como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal: “cuando no falta toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino solo la posibilidad de un acceso *normal* a la misma, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero será legítimo considerarle *penalmente responsable*”. Dicho en términos positivos, el fundamento material de la imputación personal se hallaría en la normalidad motivacional o normal motivación por la norma, lo que faltaría o se hallaría limitado en los inimputables o en situaciones de inexigibilidad.<sup>25</sup> Pero el problema que parece suscitarse desde el ámbito de las neurociencias es el de si *siempre* falta la posibilidad de ser

motivado por la norma y esta es la cuestión a la que ni la teoría de la motivación normal por la norma —ni en general las teorías de la motivación— dan una respuesta convincente.

La concepción de Mir Puig plantea a nuestro juicio dos problemas, uno referido al concepto y otro a la fundamentación de la imputación personal.

El concepto material se despersonaliza en la medida en que hay que atender al criterio del hombre medio (a cómo responde el hombre medio a la exigencia normativa) para decidir acerca de la “normalidad motivacional”. Mir Puig parte, en efecto, de que en un derecho democrático el límite máximo de lo punible es lo exigible al hombre normal al que el derecho se dirige, de manera que cuando el sujeto actúa en situación de anormalidad motivacional el derecho retrocede. La disposición hereditaria y factores sociales pueden condicionar el normal proceso de motivación, pero esa normalidad motivacional se establece acudiendo al hombre medio. Por otra parte, en la formulación de Mir Puig son los elementos previstos legislativamente para excluir la culpabilidad o atenuar la culpabilidad los que, parece, vendrían a establecer los criterios de normalidad motivacional. De ser así, nos hallaríamos ante una fundamentación material normativizada de manera que sería la ley la que establecería el fundamento —y no al revés, el fundamento el que originara la ley— lo que no sería aceptable desde un punto de vista metodológico.

Mir Puig señala que “fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone solo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que él no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos”.<sup>26</sup> Pero, en la medida en que se acepte el postulado determinista, solo puede decirse que alguien actúa “normalmente” si la normalidad se decide con arreglo a lo que el derecho espera de cualquiera. En definitiva, será el

<sup>24</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada, con la colaboración de Gómez Martín, V. y Valiente Iváñez, V., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 555.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 557 y 554 y ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 560.

derecho el que decida lo que es exigible al sujeto en atención a lo que es exigible al hombre normal.

El problema se presenta porque si el llamado hombre normal no es él mismo libre de motivarse normalmente, solo normativizando la fundamentación y el concepto material de la culpabilidad —que queda así reducida a los elementos previstos legislativamente— se pueden sentar las bases para la imputación subjetiva. O dicho en otros términos, si no se acepta la libertad de la voluntad no debería poder hablarse nunca de motivabilidad normal, por lo que la fundamentación por la normalidad motivacional aceptando a la vez el postulado determinista es una ficción semejante a las ficciones de libertad para el derecho.

Otras concepciones de la culpabilidad eluden el problema del libre albedrío conformándose con *tratar como libre* a quien presente “una capacidad de control intacta y con ello asequibilidad normativa”. Para la concepción de la culpabilidad por la existencia de asequibilidad normativa es suficiente con la prueba empírica sobre la capacidad de autocontrol del individuo concreto con arreglo a criterios psicológicos o psiquiátricos que evidencien si era motivable normalmente. Según dice Roxin, “la suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales”.<sup>27</sup>

Tal normativización del fundamento de la culpabilidad, sobre la base de tratar al hombre con capacidad de control como libre —y, habría que añadir, tratarlo como no libre o como no plenamente libre en los casos en que la capacidad de control estuviera ausente o alterada— deja la culpabilidad reducida a sus elementos formales conformadores lo que puede llegar a significar dejarla sin fundamento material.

Cuando se parte de tratar como libre a quien tiene una capacidad de control intacta se deja sin resolver la cuestión fundamental, a saber, si la capacidad de control con arreglo a criterios psicológicos o psiquiátricos es suficiente para fundamentar materialmente la culpabilidad más allá de suponerla empírico-normativamente. Pues si, como se pretende desde determinados sectores de las neurociencias, tal capacidad de control no existe por estar toda decisión determinada neurológicamente, ignorar la discusión científica y filosófica sobre la libertad de la voluntad conduce a fundamentarla sobre una ficción<sup>28</sup> o acaso, como acabamos de decir, a dejarla sin fundamentación material. El problema que se deja sin resolver es el de si en aquellos casos en que actuamos con capacidad de control, haciendo lo que queremos, sin coacción interna o externa, o sea, con libertad de actuación, somos libres de querer lo que (creemos) queremos.<sup>29</sup> Es decir, el problema es si, además de la libertad de actuación, hay libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, porque si no fuera así la responsabilidad penal se estaría construyendo en el aire, sobre una ficción; sería un simple constructo carente de justificación material.

Un desplazamiento del centro de la discusión se advierte también en Hassemer cuando afirma que las ciencias empíricas no son las únicas llamadas a hablar sobre la libertad, y que constituye lo que llama un “error categorial” suponer que las ciencias empíricas “podrían enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir: si “existe” la libertad o no”.<sup>30</sup> Partiendo de tales presupuestos, Hassemer habla de imputación subjetiva y de fundamentar la culpabilidad siempre que se pueda formular frente al sujeto un reproche por el acontecimiento causado y hacerlo responsable

<sup>27</sup> Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 808. En sentido semejante, vid. Luzón Peña, D. M., “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), Edisofer / B de F, Madrid/ Buenos Aires/ Montevideo, 2013 pp. 377 y ss., sosteniendo (p. 379) que la “reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”. Sobre la discusión reciente acerca de la culpabilidad por la asequibilidad normativa, roxin, C. “Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium”. *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 9/2015, pp. 490 y ss.

<sup>28</sup> Por mucho que se quiera hacer de ella más que una “ficción necesaria para el Estado” (Kohlrausch) una “suposición garante de la libertad”; vid. en este sentido Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 811.

<sup>29</sup> La distinción entre libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte y libertad de acción o libre albedrío en sentido débil deviene fundamental. Al respecto, Schopenhauer, A., *Los dos problemas fundamentales de la ética, I, Sobre la libertad de la voluntad*, cit., pp. 60 y ss.

<sup>30</sup> Hassemer, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *InDret* 2/2011, pp. 6 y 8.

## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

del mismo. Para ello no hay que acudir al indemostrable “poder obrar de otro modo” (esa “mentira vital de los penalistas”) sino que basta, afirma, con acudir al camino que marca la ley: a la ausencia de perturbaciones que excluyan o disminuyan la imputabilidad.<sup>31</sup>

A la vista de estas consideraciones parece evidente que culpabilidad formal y culpabilidad material se aproximan hasta llegar a confundirse o identificarse. El propio Hassemer parece aludir a ello cuando afirma que “la constatación positiva de la libertad y de la culpabilidad, por un lado, y la doblemente negativa exclusión de causas de exclusión de la culpabilidad, por otro, posiblemente acaban siendo lo mismo en un sistema lógico-formal”.<sup>32</sup> El problema que entonces se plantea es el mismo que vimos a propósito de la culpabilidad por la asequibilidad normativa, a saber, que no se hace frente a la cuestión —que se suscita de forma cada vez más acuciante desde el ámbito de las neurociencias— de si quien actúa en ausencia de perturbaciones es en verdad libre de querer lo que (cree) quiere hacer. Pues no se trata ya de si se puede demostrar o no que alguien pudo obrar de otro modo en la situación concreta sino de una cuestión previa: si somos libres de querer lo que queremos o estamos determinados por procesos neuronales en los que no participa la voluntad.

Una crítica semejante puede hacerse al “compatibilismo epistemológico” defendido por De Oliveira Rodríguez para quien las neurociencias y la libertad del querer son compatibles porque pertenecen a dos realidades epistemológicas diferentes.<sup>33</sup> Siendo esto cierto en lo fundamental, el problema que se suscita es cómo puede fundamentarse la responsabilidad con base en el libre albedrío de ser ciertas las posiciones neurocientíficas extremas que niegan la existencia de este. Es, en definitiva, el problema de si la ciencia

jurídica debe escudarse en razones epistemológicas para seguir un camino independiente o si, más bien, debería interactuar con las neurociencias en la línea de una epistemología de base biológica a la que nos referiremos después.<sup>34</sup>

Jakobs prescinde decididamente de la libertad de la voluntad, de suposiciones, dice, acerca de si un sujeto está dotado de libre albedrío al tiempo del hecho. A su juicio, el derecho penal ofrece algo: “libertad de conducta; hay que subrayarlo, de conducta, no de voluntad”.<sup>35</sup> Jakobs parte de una concepción funcional de la culpabilidad: mediante la atribución de culpabilidad se restablece la confianza en la corrección de las normas. La culpabilidad es una exigencia del derecho que busca mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico y que se basa en la libertad de conducta. Para el “mundo normativo del derecho” hay obligación de responder por las propias conductas.<sup>36</sup> Según esta concepción, el derecho penal no se ve en absoluto afectado por posibles descubrimientos neurocientíficos porque derecho y neurociencias siguen caminos independientes.

La crítica que cabe dirigir a la concepción de Jakobs no radica solo en que construye la culpabilidad de espaldas a la discusión científica. Es de mayor calado. Para decirlo brevemente, siguiendo a Roxin,<sup>37</sup> el individuo es instrumentalizado como un medio para el fin de la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico, lo que puede comportar la expansión de la culpabilidad por razones de prevención general con olvido de la dignidad de la persona. O, como dice Feijoo Sánchez, en la concepción de Jakobs, “la culpabilidad queda reducida a ser un mero derivado de la prevención general positiva”.<sup>38</sup>

Las teorías preventivas de la culpabilidad evitan y superan el problema de la fundamentación material

<sup>31</sup> Hassemer se refiere a los §§ 20 y 21 del Código penal alemán sobre inimputabilidad e imputabilidad reducida, *loc. cit.*, pp. 11 y ss. ya antes y más ampliamente, sosteniendo que el Código penal da por supuesta la libertad, Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traduc. por Muñoz Conde, F./Arroyo Zapatero, L., Bosch, Barcelona, 1984, pp. 283 y ss. y 289.

<sup>32</sup> Hassemer, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *cit.*, p. 12.

<sup>33</sup> De Oliveira Rodríguez, V. G., *Libre arbitrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociencia e à evolução dogmática*, Tesis doctoral inédita, 2015, pp. 279 y ss.

<sup>34</sup> *Infra* 3.2.

<sup>35</sup> Jakobs, G., “Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío”, Traduc. por Cancio Meliá, M., en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), Civitas/ Thomson, Pamplona, 2012, p. 210.

<sup>36</sup> Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traduc de la 2ª ed. por Cuello Contreras, J. / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 584 y ss., el mismo, “Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío”, *cit.*, pp. 210 y ss.

<sup>37</sup> Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *cit.*, p. 806.

<sup>38</sup> Feijoo Sánchez, B., “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?” en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), *cit.*, p. 124.

de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte reconstruyendo la culpabilidad en términos sociales, lo que implica el rechazo del carácter individual de la culpabilidad. Muñoz Conde y García Arán afirman con claridad que “no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás”, que “la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social”, que “no es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella”, y que es “la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad”.<sup>39</sup>

Las concepciones sociales de la culpabilidad hacen posible la coincidencia de la responsabilidad penal con la posición de los científicos que sostienen la inexistencia de la libertad de la voluntad. Feijoo Sánchez parte de una teoría preventiva de la culpabilidad concebida como teoría comunicativa: “se trata de los criterios normativos que nos permiten justificar intersubjetivamente ante un ciudadano, de acuerdo con los criterios de legitimación del orden jurídico, cuál es la razón por la que —voluntaria o, habitualmente, de forma involuntaria— tiene que soportar una restricción —muchas veces brutal— de sus derechos fundamentales” ... A su juicio, “la culpabilidad se podría definir materialmente como la comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción”, un concepto de culpabilidad “por la erosión de la norma a partir de una “vinculación democrática” del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular”.<sup>40</sup> Tal concepción presupone la reconstrucción de la culpabilidad en términos sociológicos y comunicativos. La culpabilidad deja de ser un juicio individual frente al autor por su decisión libre y pasa a ser una construcción social para la cual decisivo es la falta de disposición jurídica mínima del individuo: la culpabilidad

no tiene que ver con la capacidad de autodeterminación sino que “queda construida sobre la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo”.<sup>41</sup> La libertad de la voluntad da paso a algo distinto, a saber, las libertades constitucionales. No hay que recurrir a ficciones de libertad sino que basta con el reconocimiento de la persona como libre con el referente del sistema de libertades de la Constitución.<sup>42</sup>

Para las teorías preventivas de la culpabilidad, el problema de la libertad de la voluntad pierde su significado tradicional y, o bien se ignora directamente por considerarlo irrelevante para la culpabilidad jurídica, como hace Jakobs, o bien se reformula en términos nuevos, en términos comunicativos, como autodeterminación reconocida intersubjetivamente por el orden social vigente y de la que surge la responsabilidad personal, como hace Feijoo.<sup>43</sup>

Las concepciones preventivas de la culpabilidad resuelven el problema de la fundamentación material de la culpabilidad por la vía de evitarlo discutiendo por otro camino. Reconstruyendo la culpabilidad en términos sociales se puede hacer responder al sujeto que infringe la norma sin otras limitaciones que las que se establezcan formalmente por la ley y, en el fondo, sin más justificación que la de no haber respondido a las expectativas normativas. Pero el problema básico queda en último término sin resolver. Es el problema de cómo justificar materialmente la responsabilidad y la pena si se parte de la inexistencia de la libertad de la voluntad y, por tanto, de que, aunque hagamos lo que queremos, no somos libres de querer lo que queremos. En este punto se hacen insuficientes los criterios normativos externos de legitimación intersubjetiva.

Algo semejante puede decirse del “compatibilismo humanista” defendido por Demetrio Crespo con el loable propósito de alcanzar una solución conciliadora entre las ciencias empíricas y el derecho penal dentro del marco de la dignidad de la persona.<sup>44</sup> Pero,

<sup>39</sup> Muñoz Conde, F. / García Arán, M. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 379.

<sup>40</sup> Feijoo Sánchez, B. “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), *cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 142 y ss.

<sup>44</sup> Demetrio Crespo, E., “Compatibilismo humanista: Una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal”, *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), EDISOFER / B de F, Madrid/ Buenos Aires/ Montevideo, 2013, pp. 28 y ss. y 36.



## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

con este propósito, el diálogo con las ciencias biológicas y en particular con las neurociencias se limita a la recepción de los conocimientos que estas proporcionan a efectos de una mejor delimitación de la imputabilidad (o sea, de los supuestos de inimputabilidad o de imputabilidad reducida o limitada)<sup>45</sup> dentro del marco de las libertades constitucionales. El problema de la culpabilidad material queda al margen de la discusión sobre el libre albedrío, que es entendido como simple “premisa metafísica” vinculado a las teorías retributivas de la pena.<sup>46</sup> En su lugar surge un derecho penal de la prevención limitado constitucionalmente, sobre todo por el reconocimiento de la dignidad de la persona. La culpabilidad es legitimada externamente al individuo, atendiendo a necesidades preventivas, lo que en último término deja sin resolver la cuestión de si es legítimo hacer responder penalmente al sujeto que no es libre de querer lo que quiere, conformándonos con el cumplimiento de los elementos formales de la culpabilidad, elementos que requieren la presencia de una base susceptible de comprobación empírica, pero que son en último término normativos, valorativos.

No todas las posiciones compatibilizadoras entre las neurociencias y el derecho penal son partidarias de un derecho penal de la prevención. Las teorías preventivas de la culpabilidad han encontrado en los descubrimientos de las neurociencias un importante respaldo a sus tesis. Pero esto no significa que el compatibilismo pase por la adopción de una teoría preventiva de la culpabilidad. Pérez Manzano se ha ocupado ampliamente de estas cuestiones realizando un estudio crítico detenido de las diferentes teorías de la prevención a la luz de los descubrimientos neurocientíficos.<sup>47</sup> El estudio le lleva a la conclusión de que las neurociencias parecen aportar argumentos en favor de las teorías mixtas de la pena pues, entre otras razones, “no parece posible una prevención general sin culpabilidad ya que no se estima posible prescindir de la idea de agente sobre el que proyectamos juicios de mérito y culpabilidad en la configuración de

las relaciones sociales mediante normas y sanciones”, haciéndose precisa una reformulación de la culpabilidad.<sup>48</sup>

La culpabilidad por la normalidad motivacional (Mir Puig), la culpabilidad por la asequibilidad normativa (funcional-empírica) (Roxin), la culpabilidad cuasi reducida a sus elementos formales (Hassemer), la culpabilidad funcionalizada para la estabilización de la norma (Jakobs), la culpabilidad social o comunicativa (Feijoo Sánchez), la culpabilidad constitucionalmente limitada (Demetrio Crespo), son concepciones de la culpabilidad construidas jurídicamente que eluden el problema de la libertad de la voluntad y acuden —con importantes diferencias, desde luego, entre ellas— a ficciones o suposiciones de libertad (o de normalidad motivacional) y que en último término, de llevarse a sus últimas consecuencias, desdibujan —aunque se esfuerzan por mantenerla perfilada— la delicada línea que separa el derecho penal de la culpabilidad del derecho penal de la peligrosidad.

## 3.2. Toma de posición

A medida que, desde el ámbito de las neurociencias, se alzan voces que hablan de la inexistencia de la libertad de la voluntad y que se realizan experimentos psicológicos que parecen apuntar en esa dirección, se hace cada vez más insuficiente basar la responsabilidad penal en suposiciones de libertad o en la reducción antropológica del libre albedrío a la espontaneidad del comportamiento humano. También devienen insuficientes, a nuestro juicio, las concepciones preventivas de la culpabilidad o la reconstrucción de la culpabilidad en términos sociales.

Por otra parte, el problema de la libertad de la voluntad no debe ser dejado de lado cuando se trata de fundamentar materialmente la culpabilidad. Cuando se prescinde de él, se le ignora, o se le reduce a cuestión puramente metafísica, se empieza a transitar

<sup>45</sup> Demetrio Crespo, E., “Compatibilismo humanista: Una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal”, *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), cit., p. 39.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>47</sup> Pérez Manzano, M., “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de las neurociencias”, *InDret* 2/2011, pp. 12 y ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 32.



hacia un derecho penal de la prevención y se corre el riesgo de ir hacia un derecho penal de la peligrosidad. Determinismo y libre albedrío se excluyen entre sí. Si la hipótesis determinista fuera cierta, habría que renunciar al derecho penal de la culpabilidad individual e ir hacia un derecho penal de la prevención o, incluso, de la peligrosidad. Pero no hay base científica concluyente que incline la balanza en esa dirección.

En el estado actual de la ciencia, es posible defender un derecho penal en el que la pena criminal, como postulan las teorías mixtas, no solo mire al futuro sino también al pasado. Esto tiene una importante justificación. La pena adecuada a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor permite limitar al legislador frente a posibles excesos de forma más correcta que lo que admite la pena preventiva, tan solo limitada por criterios externos aunque sean constitucionales.

Es posible adoptar una posición compatibilizadora del derecho penal y las neurociencias sin necesidad de acudir a una reconstrucción de la culpabilidad en términos sociales o comunicativos, ni a un derecho penal de la prevención, ni a la reducción del libre albedrío a la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, ni a la motivabilidad normal por la norma, ni a la asequibilidad normativa, etc., sino manteniendo un concepto individual, personal, de culpabilidad fundamentado en el libre albedrío en sentido fuerte.

En el cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista surgen propiedades emergentes como la conciencia y la intencionalidad, estados mentales con base biológica cuyo reconocimiento no lleva a aceptar ninguna forma de dualismo.<sup>49</sup> Siguiendo a J. R. Searle, en el caso normal de la racionalidad tenemos que presuponer que el conjunto antecedente de creencias

y deseos no es causalmente suficiente para determinar la acción. En la actuación racional hay una “brecha” entre las “causas” de la acción en forma de creencias y deseos y el “efecto” en forma de acción. Esta brecha, dice Searle, “tiene un nombre tradicional”, “se le denomina “libre albedrío”, y parece que ha de tener una base neurobiológica aunque no sepamos hoy cómo se realiza.<sup>50</sup> Según Searle, hay (al menos) tres brechas: en primer lugar, la brecha de la toma racional de decisiones en la que uno intenta hacerse una idea de lo que va a hacer, “hay aquí una brecha entre las razones para hacerse una idea de lo que uno va a hacer y la decisión efectiva que uno toma”; en segundo lugar, la brecha entre la decisión y la acción, “lo mismo que las razones para la decisión no eran causalmente suficientes para producir la decisión, así también la decisión no es causalmente suficiente para producir la acción”; en tercer lugar, la brecha que surge, en el caso de acciones y actividades que se extienden en el tiempo, entre el inicio de la acción y su continuación hasta que se la completa.<sup>51</sup> Las propiedades mentales representacionales no sobredeterminan causalmente la acción.<sup>52</sup> También las propiedades mentales cualitativas, fenoménicas (*qualia*)<sup>53</sup> (como ver el color, sentir el calor, los olores, ... sentir el miedo) se mueven en este ámbito de indeterminación. Como dicen Edelman y Tononi, “por muy detallada que sea la descripción de los procesos físicos subyacentes, es difícil concebir de qué manera el mundo de la experiencia subjetiva —ver el color azul, sentir la sensación de calor— puede surgir de eventos puramente físicos”.<sup>54</sup>

En la brecha entre causas y efectos —con la consiguiente fractura del causalismo—, puede un sujeto querer lo que quiere y en ello podemos hallar el fundamento de la responsabilidad. Esto no significa que haya una disociación del sujeto en impulsos aislados

<sup>49</sup> Searle, J. R., *El misterio de la conciencia. Intercambios con D. C. Dennett y D. J. Chalmers*, traduc. por Domènec Figueras, A., Paidós, Barcelona, 2000, pp. 12 y ss. La tradición filosófica, dice Searle, hace de lo mental y de lo físico dos categorías mutuamente excluyentes y... “la salida hay que buscarla en el rechazo tanto del dualismo como del materialismo, aceptando, en cambio, que la conciencia es un fenómeno “mental” cualitativo, subjetivo, y al propio tiempo, parte natural del mundo “físico”.

<sup>50</sup> Searle, J. R., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, traduc. por Valdés Villanueva, L. M., ediciones Nobel, Oviedo, 2000, p. 26.

<sup>51</sup> *Ibidem*, cit., 27 y ss. y 83 y ss., él mismo, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>52</sup> *Vid.* sobre la discusión, Vicente Benito, A., “Sobredeterminación causal mente-cuerpo”, *Theoría*, Vol. 14/3, 1999, pp. 511 y ss.

<sup>53</sup> Sobre los *qualia* y cómo desatar el “nudo del mundo” (el problema cuerpo-mente), *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 191 y ss., especialmente, pp. 212 y ss. *Vid.* también Vicente Benito, A., “Propiedades irreducibles”, *Revista Laguna*, 12, 2003, pp. 77 y ss.

<sup>54</sup> *Vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., p. 14.

## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

en el tiempo que impidiera hacerle responsable de sus actos.<sup>55</sup> Significa más bien el reconocimiento de un ámbito (brecha, hueco) en el que el sujeto en su individualidad puede querer lo que hace y, también, querer lo que quiere. En esa brecha o hueco se manifiesta la individualidad.

Neurocientíficos y filósofos de la mente han discutido y discuten vivamente sobre el problema de la conciencia. El debate es importante para abordar la cuestión del libre albedrío. Luria había señalado que “todo intento de buscar en el sistema cerebral alguna formación o un grupo de células especiales que sea el “órgano de la conciencia” desde el principio carece de todo sentido”. Y añadía: “el intentar encontrar en las profundidades del cerebro el órgano que genera la conciencia sería tan insustancial como intentar buscar en nuestros días el “asiento del alma” en la glándula pineal, justificando de este modo las ingenuas suposiciones de Descartes”.<sup>56</sup> Más recientemente, Edelman y Tononi muestran su escepticismo ante las explicaciones reduccionistas de la conciencia<sup>57</sup> sobre la base de la mecánica cuántica y sin atender a la evolución y la neurología.<sup>58</sup> Postulan un realismo limitado y

una epistemología de base biológica de acuerdo con la cual la conciencia es “una propiedad dinámica de un tipo especial de morfología —la malla de reentrada del sistema talamocortical— en su interacción con el entorno”<sup>59</sup> que permitiría abrir la investigación “para incluir los sentimientos y las emociones en términos de mecanismos corporales que van mucho más allá de la mera computación”.<sup>60</sup> En la formación de la conciencia y del pensamiento ocupan un lugar central los sistemas de valores y las emociones. Edelman y Tononi parten de que “el pensamiento es un proceso consciente bajo el cual subyace una profunda estructura de los necesarios mecanismos no conscientes, entre ellas la memoria representacional, los límites impuestos por los valores y la acción de los apéndices corticales como los ganglios basales, el hipocampo y el cerebelo”, y afirman: “la incorporación de los sistemas de valores como limitaciones necesarias sobre el funcionamiento del cerebro como sistema seleccionador enlaza la visión de la epistemología de base biológica y la visión de que las emociones son fundamentales tanto para los orígenes como para el apetito de pensamiento consciente”.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Como cuando Welzel afirmaba que el indeterminismo “convierte los actos de voluntad en una serie absolutamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo” y que destruye precisamente al sujeto idéntico, al que podría hacerse responsable de sus hechos, ya que el autor de ellos, posterior, no tendrá ninguna relación con el anterior”, *vid.* Welzel, H., *Derecho Penal Alemán*, 12ª ed., traduc. por Bustos Ramírez, J. / Yáñez Pérez, S., 3ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 207.

<sup>56</sup> *Vid.* Luria, A. R., *El cerebro humano y los procesos psíquicos*, traduc. por San Vicente, R., ed. Fontanella, Barcelona, 1979, p. 74. A su juicio, la conciencia no es un estado primario e interior de la materia viva, “los procesos psíquicos no han surgido en el seno de la célula viva, sino como resultado de su relación recíproca con el medio que la rodea, en los límites del organismo y el mundo exterior, y han adquirido las formas del reflejo activo del mundo externo con que se caracteriza cada actividad vital del organismo”, *loc. cit.*, p. 70.

<sup>57</sup> Acerca de la conciencia y el cerebro, Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, pp. 49 y ss.: “Nuestro análisis nos lleva a varias conclusiones. En primer lugar, la experiencia consciente parece estar asociada con una actividad neuronal distribuida simultáneamente entre varios grupos de neuronas de distintas regiones del cerebro. Por consiguiente, la conciencia no es prerrogativa de ninguna área particular del cerebro, sino que sus sustratos neuronales están ampliamente dispersos por todo el llamado sistema talamocortical y regiones asociadas. En segundo lugar, para sostener la experiencia consciente se requiere que un elevado número de neuronas interactúen rápida y recíprocamente por medio del proceso llamado reentrada. Si estas interacciones de reentrada se bloquean, desaparecen sectores enteros de la conciencia, y la propia conciencia puede encogerse o dividirse. Por último, mostramos que las pautas de actividad de los grupos de neuronas que sostienen la experiencia consciente tienen que cambiar constantemente y mantenerse suficientemente diferenciadas entre sí. Si un gran número de neuronas del cerebro comienzan a dispararse del mismo modo, reduciéndose así la diversidad de los repertorios neuronales del cerebro, tal como ocurre durante el sueño profundo o en los ataques de epilepsia, la conciencia se desvanece”.

<sup>58</sup> Edelman, G. M./Tononi, G. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, p. 258. Dichos autores se oponen, por un lado, al dualismo cartesiano y a cualquier forma de idealismo, y, de otro lado, a las explicaciones de la conciencia sobre la base de la mecánica cuántica al tiempo que desatienden los hechos de la evolución y la neurología (p. 258).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 260: “una epistemología de base biológica no solo permitiría reexaminar bajo una nueva luz algunas cuestiones, por ejemplo la posibilidad de un «sintético a priori», sino que serviría para crear una base mucho más amplia para el pensamiento sobre el pensamiento y los sentimientos. Además, no limitaría nuestras descripciones a la frontera entre nuestra piel y el resto del mundo. Y, lo que es aún más importante, abriría nuestra indagación para incluir los sentimientos y las emociones en términos de mecanismos corporales que van mucho más allá de la mera computación”. Sobre seleccionismo y lógica, *loc. cit.*, pp. 255 y ss.

<sup>61</sup> *Ibidem*, *cit.*, p. 261. Acerca del “darwinismo neural” o selección experiencial, *loc. cit.*, pp. 61 y ss., y 106 y ss. Acerca de la importancia de la “degeneración” en los sistemas seleccionales, pp. 111 y ss. Sobre los “valores” en el proceso de selección de grupos neuronales, definiendo los valores como “aspectos fenotípicos de un organismo seleccionado durante su evolución y que limitan o constriñen los eventos

La experiencia individual y la conformación de las emociones en las estructuras, grupos o familias neuronales —que conforman dinámicamente el cerebro en su característica plasticidad— son de especial importancia a los efectos de la delimitación de la culpabilidad personal. Nos ocuparemos después de cómo interactúan las emociones con el medio y de si el comportamiento emocional es compatible con la libertad de la voluntad.<sup>62</sup> Baste por el momento señalar que, de acuerdo con una concepción mixta, compleja, de las emociones, estas se nutren de propiedades mentales representacionales y de propiedades mentales cualitativas o fenoménicas (*qualia*)<sup>63</sup> y que su base neurológica no cierra el paso a la emergencia de la libertad de la voluntad.

La consideración de la mente como un ordenador neural diseñado por selección natural deja abierta la cuestión de la libertad y permite, al menos, mantener una actitud de perplejidad ante la misma,<sup>64</sup> reconociendo su existencia —una existencia enigmática— aunque no sepamos cómo surge o emerge. Según Edelman y Tononi, la descripción científica de cómo la materia se convierte en imaginación no cumple la función de excluir o reemplazar la experiencia cualitativa individual.<sup>65</sup> De forma paralela, podemos decir que las bases neurológicas de las propiedades mentales no excluyen la emergencia de la libertad de la voluntad en el sujeto individual.

Los estudios neurocientíficos que postulan la base biológica y ambiental del yo (el “yo neural”)<sup>66</sup> no contradicen la tesis que afirma la emergencia del libre albedrío en el cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. No es que se pueda derivar la existencia del libre albedrío de la indeterminación

sostenida a nivel de la física de partículas por la mecánica cuántica.<sup>67</sup> Se trata más bien de la emergencia de la libertad de la voluntad en la brecha entre los estados mentales y la acción.

De acuerdo con lo dicho, cabe fundamentar materialmente la culpabilidad en el libre albedrío. No en el poder obrar de otro modo, ni en la espontaneidad del comportamiento humano, ni en la asequibilidad normativa, ni en la motivabilidad normal, ni en la disposición jurídica mínima del individuo, etc., que a lo sumo pueden verse como presupuestos materiales de los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente.

Pudiera entenderse que la posición que aquí adoptamos en favor del libre albedrío, sin contar con la prueba científica definitiva de su existencia, no diferiría de las concepciones que parten de ficciones o suposiciones de libertad. Y ciertamente, cuando Roxin argumenta en favor de un concepto de culpabilidad que no dependa de necesidades preventivas (ni especiales, ni generales) sino de la capacidad de control del sujeto (que es susceptible de constatación empírica), permitiendo así poner límites a la potestad punitiva del Estado, llega a los mismos resultados que los aquí sostenidos. Pero lo hace por una vía distinta. Pues en la concepción de Roxin la culpabilidad por la asequibilidad normativa es una suposición garante de libertad —rente a posibles excesos del legislador—<sup>68</sup> en la que la suposición de libertad es una aserción normativa, independiente de datos empíricos, lo que, según Roxin, debería poder ser aceptado por igual por deterministas e indeterministas.<sup>69</sup> Sin embargo, la posición aquí defendida parte de que en el debate entre determinismo e indeterminismo no hay espacio para

---

somáticos selectivos, como los cambios sinápticos que se producen durante el desarrollo del cerebro y con la experiencia”, pp. 112 y ss. Acerca de las interacciones de los sistemas de valores y las emociones, pp. 116 y ss.

<sup>62</sup> *Infra*, 8.

<sup>63</sup> Acerca de la complejidad de lo mental, *vid.* Moya, C. J. *Filosofía de la mente*, Universidad de Valencia, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>64</sup> La perplejidad a la que se refiere Pinker cuando habla de que “nuestra completa perplejidad acerca de los enigmas de la conciencia, el yo, la voluntad y el conocimiento puede que resulten de un desajuste entre la naturaleza misma de estos problemas y el aparato computacional con el que la selección natural nos ha dotado”, y que le lleva a concluir: “nuestro desconcierto ante los misterios seculares puede que sea el precio que pagamos por tener una mente combinatoria que abrió un mundo de palabras y oraciones, de teorías y ecuaciones, de poemas y melodías, de bromas y relatos, las cosas por las que vale la pena tener una mente”, *vid.* Pinker, S., *Cómo funciona la mente*, *cit.*, pp. 719, 83, 667 y ss.

<sup>65</sup> Como dicen Edelman, G. M./Tononi, G., “ser no es describir”. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, p. 264.

<sup>66</sup> Sobre el “yo neural”, Damasio, A. R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, traduc. por Ros, J., Crítica, Barcelona, 1996, pp. 218 y ss. Sobre las particularidades de sus propuestas respecto de las de Edelman, *loc. cit.*, p. 225.

<sup>67</sup> A ello se opone Searle, J. R., *Mentes, cerebros y ciencia*, *cit.*, p. 98.

<sup>68</sup> Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *cit.*, p. 811.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 808. Por el contrario, entendemos aquí que la solución propuesta por Roxin no podría ser aceptada por un determinista.

una opción intermedia, compatibilizadora de ambos, y rechaza el determinismo y la sobredeterminación causal entre estados mentales y acción, de acuerdo con un realismo moderado y una epistemología de base biológica que reconoce la existencia de la libertad de la voluntad aunque su emergencia sea enigmática.

Cuestión distinta, no incompatible con la opción indeterminista, es la de la existencia de factores individuales y/o sociales que condicionan la libertad de la voluntad, de decisión o de acción, factores a tener en cuenta por el legislador y que constituyen los elementos formales de delimitación y graduación de la culpabilidad.

#### 4. Elementos formales de la culpabilidad

Fundamentada materialmente la culpabilidad en el libre albedrío, *el concepto material de culpabilidad se estructura en torno a la capacidad de control de los impulsos por el sujeto, a su capacidad para adecuar su comportamiento a la norma, y a si le es exigible una conducta conforme a Derecho*. En torno a estas referencias materiales, en parte fácticas, en parte valorativas, el legislador debe articular los elementos formales de la culpabilidad.

Al examinar los elementos o características previstas legislativamente —o que se puedan prever— para delimitar, excluir, atenuar o, lo que es más problemático, agravar la culpabilidad penal, se presenta de nuevo la cuestión de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, pero desde una óptica diferente. Ya no se trata de negar o afirmar la libertad de la voluntad sino de, reconocida esta, atender individualizadamente a los factores que puedan concurrir en el sujeto al tiempo del hecho: compulsiones internas o externas, situaciones extraordinarias, déficits volitivos, cognoscitivos o valorativos, etc., que de alguna manera pudieran incidir en el proceso de formación de la voluntad, de decisión o de actuación y, en su caso, en su culpabilidad jurídica, modulándola o excluyéndola. Entre estas características o elementos se hallan los que contemplan situaciones extraordinarias que inciden en el proceso de motivación y afectan a la culpabilidad (*coactus tamen voluit*), situaciones que se distinguen desde un punto de vista dogmático, jurídico penal, de las que excluyen la acción (*non agit sed agitur*). Se abre, por tanto, un abanico de elementos

o características diferenciadas a tener en cuenta por el legislador (y que los diferentes ordenamientos jurídicos concretan de forma no coincidente aunque puedan partir del mismo concepto material de culpabilidad) que contribuyen a delimitar o graduar la culpabilidad.

La descripción que sigue de los elementos de la culpabilidad no pretende ser agotadora sino tan solo situar las bases que nos permite ocuparnos después de los motivos y las emociones en que muchos de aquellos elementos consisten.

##### 4.1. Elementos básicos de la culpabilidad

Elementos o características de la culpabilidad en sentido formal son *básicamente* los que afectan a la imputabilidad afirmándola, excluyéndola o limitándola, los relativos al conocimiento de la antijuricidad o posibilidad de comprensión de lo injusto y a la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, y los que hacen referencia a las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto. Las concreciones legislativas de estos elementos varían de unos ordenamientos jurídicos a otros pero en el actual estado de la ciencia jurídica hay amplio acuerdo en que para imputar subjetivamente un hecho a su autor ha de tratarse de un sujeto imputable, capaz de comprender el significado antijurídico de su comportamiento y de auto-dirigirse de acuerdo con dicha comprensión, conocer que lo que hace se halla prohibido y no encontrarse en una situación tan extraordinaria que no pueda exigírsele un comportamiento adecuado a derecho. Por otra parte, se establecen asimismo mecanismos especiales de atenuación para los casos en que tales elementos no concurren plenamente (imputabilidad reducida o limitada, error de prohibición vencible o causas incompletas de exclusión de la culpabilidad).

##### 4.2. Características especiales que afectan a la culpabilidad

También forman parte de la culpabilidad en sentido formal los elementos o características atinentes a la culpabilidad que se prevén en particulares tipos penales y que modifican, por razones de culpabilidad, la gravedad del delito. Encuentran cabida aquí

circunstancias o características típicas especiales a los que acude el legislador en términos no siempre aceptables. La naturaleza de los mismos es variada.

- a) Unas veces se trata de elementos configurados subjetivamente. Podemos incluir entre estos elementos la ejecución del asesinato “por precio, recompensa o promesa” (artículo 139. 2<sup>a</sup>) si aceptamos que tal característica legislativa se funda en la vileza del móvil. El móvil del autor (obtener una satisfacción evaluable económicamente) no es relevante para el injusto del asesinato (ni incrementa el desvalor de acción, ni incrementa el desvalor de resultado)<sup>70</sup> sino para la culpabilidad del autor. Por otra parte, cuando se habla de la vileza del móvil se introduce en la discusión un elemento valorativo que aproxima también este a los elementos de la actitud interna (otra clase de elementos especiales de la culpabilidad a la que nos referiremos después), lo que pone de relieve que los diferentes componentes de la culpabilidad no son compartimentos estancos.

Algo semejante sucede con la circunstancia configuradora del asesinato introducida en el artículo 139. 1. 4<sup>a</sup> por L.O. 1, de 30 de marzo de 2015: “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”.<sup>71</sup> Estas circunstancias —porque en rigor son dos— se configuran a partir de un elemento final, pero de un elemento final extratípico, no referido a la ejecución de la muerte, por lo que no afectan al injusto. Al tratarse de una finalidad extratípica, no cabe entender que incrementan el desvalor subjetivo final de acción. El elemento, configurado subjetivamente, habla indirectamente de la actitud interna del sujeto reflejada en el hecho, del especial desprecio hacia la vida de quien actúa con tales fines, y de la especial culpabilidad

del autor. Por ello, estas circunstancias se deslizan peligrosamente desde un elemento configurado subjetivamente hacia un elemento de la actitud interna, y devienen cuestionables desde una perspectiva político criminal.<sup>72</sup>

- b) Los llamados elementos de la actitud interna o espiritual del autor (*Gesinnung*) son elementos que hacen referencia a la contextura moral del sujeto.<sup>73</sup> Se trata de elementos prioritariamente valorativos atinentes a la disposición espiritual interna del sujeto reflejada en el hecho. Pertenecen a la culpabilidad aquellos elementos que solo presentan esa dimensión interna valorativa (los llamados *propios elementos de la actitud interna*). Entre ellos cabe mencionar el desprecio al que alude la fórmula “temerario desprecio hacia la verdad” de los delitos contra el honor.<sup>74</sup> Pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad aquellos elementos a los que, a la dimensión valorativa, se adhiere una descripción o referencia fáctica atinente a la lesión del bien jurídico (los llamados *impropios elementos de la actitud interna*). Entre los impropios elementos de la actitud interna se halla, por ejemplo, el ensañamiento en la regulación del asesinato (artículo 139.1.3<sup>a</sup> del Código penal español). El ensañamiento reclama legislativamente la inhumanidad del autor. Tal exigencia, entendida como actitud interna inmisericorde, restringe el marco de la agravación de lo injusto que se basa en el aumento deliberado del dolor de la víctima. Por tanto, el ensañamiento pertenece en parte al injusto y en parte a la culpabilidad.<sup>75</sup> Los elementos de la actitud interna son siempre problemáticos desde la perspectiva del Estado de derecho. Dada su indeterminación, introducen un alto grado de inseguridad y pueden dar lugar a una jurisprudencia desigual y a un deslizamiento peligroso

<sup>70</sup> Sobre el criterio delimitador de los elementos subjetivos que pertenecen al injusto de los que pertenecen a la culpabilidad, *infra* 5.

<sup>71</sup> En este sentido, a propósito del derecho alemán, *vid.* Jescheck, H.-H./Weigend, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 508.

<sup>72</sup> Sobre ello, Alonso Álamo, M., “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por L.O. 1 de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, pp. 39 y ss.

<sup>73</sup> Sobre tales elementos, Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 314 y ss. Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 508 y ss.

<sup>74</sup> *Vid.* al respecto De Pablo Serrano, A., “Entre la tipicidad y la antijuridicidad: Los elementos de valoración global del hecho. Su aplicación a los delitos contra el honor”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, pp. 151 y ss.

<sup>75</sup> Alonso Álamo, M. *El ensañamiento*, Comares, Granada, 2015, pp. 81 y ss.



## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

hacia un derecho penal de la actitud interna.<sup>76</sup> Y son especialmente problemáticos cuando se acude a ellos no para atenuar sino para agravar la culpabilidad.

- c) Otras veces puede tratarse, en fin, de elementos de la culpabilidad configurados objetivamente, elementos que con razón han recibido duras críticas por parte de la doctrina.<sup>77</sup> Son elementos que operan con presunciones y que deben ser rechazados especialmente cuando se acude a ellos con fines agravatorios. En las legislaciones penales modernas tienden a desaparecer. En consecuencia, debe ser aplaudida la supresión del viejo delito de parricidio en el que el parentesco operaba como característica objetiva de la culpabilidad.

Por tanto, los diferentes elementos del tipo de la culpabilidad plantean problemas diversos, especialmente cuando se acude a ellos con fines agravatorios: los elementos subjetivos por la dificultades para conceptualizarlos con arreglo a criterios psicológicos y/o normativos; los elementos de la actitud interna, por su vaguedad e indeterminación; los elementos objetivos por operar con presunciones inaceptables.

#### 4.3. Circunstancias generales que afectan a la culpabilidad

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con circunstancias generales, como el español, pertenecen también formalmente a la culpabilidad las circunstancias atenuantes o agravantes que la gradúan, como la circunstancia atenuante de “obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante” (artículo 21. 3ª), y “la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior” (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u

otras que produzcan efectos análogos) (artículo 21. 2ª). Además, el Código penal español trata como si fueran circunstancias atenuantes las eximentes incompletas (artículo 21. 1ª). En consecuencia, las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, cuando no concurrieran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, se consideran como si fueran atenuantes. Sin embargo, acarrearán una disminución extraordinaria de la pena (artículos 21. 1ª y 68). Hemos de entender que tal disminución extraordinaria de la pena se fundamenta en una disminución de la culpabilidad también extraordinaria.<sup>78</sup>

Por lo que se refiere a las circunstancias agravantes generales, pertenece a la culpabilidad la de “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” (artículo 22. 2ª), siempre que se acepte, como sostuvimos a propósito de la configuradora del asesinato, que la agravante se funda en la vileza del móvil. Agrava también la culpabilidad, por las razones que luego se expondrán, la circunstancia de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad” (artículo 22. 4ª).<sup>79</sup> Por otra parte, como dijimos a propósito del asesinato, el ensañamiento, previsto asimismo como circunstancias agravante general, (artículo 22. 5ª: “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”), posee una doble naturaleza jurídica: en parte pertenece al injusto, en parte a la culpabilidad.

Si acudimos a nuestra historia legislativa cabe destacar, entre otras, las atenuantes de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido, la de vindicación próxima de una ofensa grave, y la de obrar por motivos morales, altruistas o

<sup>76</sup> Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 315, recordando a Welzel, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 116: “este es el punto de mayor peligro para la infiltración de un Derecho penal del ánimo”. Crítico también Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 509.

<sup>77</sup> Vid. Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 506 y ss. En relación con el derecho español, Torio López, “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en memoria del profesor Julián Pereda, S. J.*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 91 y ss.

<sup>78</sup> Nos referimos, claro es, a las eximentes incompletas atinentes a la culpabilidad, no a las que disminuyen el injusto.

<sup>79</sup> *Infra* 5. y 8.1.



patrióticos de notoria importancia, de *motivos elevados* los calificaba la doctrina, (circunstancias atenuantes 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> del artículo 9 del viejo Código penal que fueron suprimidas en 1983), y la agravante de desprecio de sexo (que fue asimismo suprimida en 1983 del elenco de circunstancias del artículo 10. 16<sup>a</sup> del viejo Código penal), si bien esta circunstancia era referida al injusto por la jurisprudencia y la doctrina dominantes.

Y si acudimos a los proyectos de reforma, cabe recordar que el proyecto de 1980 pretendió introducir en nuestra legislación los “móviles” abyectos y fútiles entre las circunstancias agravantes generales (artículo 28, 4<sup>a</sup>) y entre las configuradoras del asesinato (artículo 156, 2<sup>a</sup>), *motivos bajos* que se contraponían a los motivos elevados antes citados. La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 contemplaba también la circunstancia agravante de “obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas” (artículo 24, 4<sup>a</sup>). Afortunadamente, estas referencias a los motivos abyectos y fútiles no se mantuvieron en los proyectos posteriores.<sup>80</sup>

#### 4.4. Criterios de determinación de la pena atinentes a la culpabilidad (*culpabilidad para la medición de la pena versus culpabilidad para la fundamentación de la pena*)

Son también elementos que afectan a la culpabilidad aquellos criterios o pautas que la ley da al juez para que fije la pena concreta y que consisten en elementos personales o subjetivos referibles directamente a la culpabilidad. En rigor no son propios elementos de la culpabilidad, ni básicos ni circunstanciales, sino elementos de determinación de la pena dentro del marco penal abstracto establecido en la ley. Pero, en tanto presentan naturaleza subjetiva, hacen referencia

a los motivos del sujeto, a sus sentimientos, a su actitud interna, etc. presentes al tiempo del hecho, pueden ser considerados como elementos de medición de la pena atinentes a la culpabilidad.

Según el § 46. I. del Código penal alemán, la culpabilidad es la base de la medición de la pena. A la luz de lo establecido en el § 46. II. del citado Código penal, el concepto de culpabilidad posee un significado más amplio en la determinación de la pena que en la teoría del delito ya que en dicho parágrafo se tienen en cuenta momentos anteriores y posteriores al hecho.<sup>81</sup> Pero en la medida en que también se toman en cuenta elementos subjetivos, como los motivos y fines del autor presentes al tiempo del hecho, no hay duda de que estos contribuyen a delimitar y graduar la culpabilidad del autor a efectos de la pena que se haya de imponer: la pena ha de cumplir con sus fines dentro de la medida de la culpabilidad.

Roxin distingue entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y culpabilidad para la medición de la pena. A su juicio, la culpabilidad para la fundamentación de la pena comprende la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento de la prohibición. Por su parte, la culpabilidad para la medición de la pena depende sobre todo de los factores que establece el § 46 del Código penal alemán.<sup>82</sup> Entre los factores previstos en el citado artículo tienen una particular significación para la culpabilidad los motivos y los fines del autor, en especial los racistas, xenófobos o inhumanos, la actitud interna (*Gesinnung*) reflejada en el hecho, la voluntad con que se realiza el hecho. También ha de atender el juez, según lo establecido en dicho parágrafo, a la vida anterior del autor, o sus condiciones personales o económicas.

En rigor, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no son compartimentos estancos. Roxin, después de deslindar como realidades diversas la culpabilidad

<sup>80</sup> Las mismas circunstancias pueden aparecer como circunstancias generales o como características de agravación específicas. Si acudimos al derecho comparado destacables son, por ejemplo, los móviles bajos en la regulación del asesinato en el Código penal alemán (§ 211); los motivos abyectos y fútiles previstos como circunstancias agravantes generales y como cualificativas del homicidio en el Código penal italiano (artículos 61, párrafo primero, 1. y 577, párrafo primero, 4.); los motivos ignominiosos (infames, abyectos) (“*motivo torpe*”) y fútiles previstos en el Código Penal de Portugal (artículo 132, del homicidio cualificado), y en el de Brasil (artículo 121. § 2.º I y 121. § 2.º II, de los homicidios cualificados, y con carácter general en el artículo 61 que contiene criterios para la determinación de la pena por el juez a los que la ley denomina circunstancias agravantes). También cabe mencionar la disminución de la pena del homicidio prevista en el artículo 121. § 1.º del Código penal de Brasil si el autor comete el delito “impelido por motivo de relevante valor social o moral, o bajo el dominio de violenta emoción seguida a la injusta provocación de la víctima”.

<sup>81</sup> Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 956.

<sup>82</sup> Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 814.

para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena, admite abiertamente que “no están completamente aisladas una de otra”. Se refiere por ejemplo a supuestos de atenuación por imputabilidad reducida, y a la concurrencia de determinadas características típicas de la culpabilidad (como “desconsideradamente” o “por brutalidad”) estimando que estas, “aunque no tengan nada que ver con la aseQUIBILIDAD normativa”, designan grados elevados de culpabilidad.<sup>83</sup> Sin embargo, si partimos de los presupuestos materiales de la culpabilidad aquí sostenidos, eximentes incompletas y elementos típicos subjetivos de la culpabilidad —incluso si son elementos de la actitud interna, valorativos— afectan al concepto material de culpabilidad pues este no depende de la aseQUIBILIDAD normativa sino de los condicionamientos con que actúa el sujeto. La *culpabilidad para la fundamentación de la pena* es culpabilidad por el hecho aislado teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el autor en el momento de la acción, en particular aquellas que tienen que ver con el carácter del sujeto, forjado a partir de disposiciones congénitas y condicionamientos sociales, y las que puedan condicionar en mayor o menor medida la libertad de la voluntad y la libertad de actuación al tiempo del hecho.

Propios elementos para la fundamentación de la pena son los relativos a la imputabilidad y a la posibilidad de conocimiento de la prohibición. También son propios elementos (negativos) para la fundamentación de la culpabilidad las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, las llamadas causas de exculpación, toda vez que su presencia impide apreciar la culpabilidad porque mediatizan y condicionan de forma extraordinaria la libertad, como sucede con el estado de necesidad exculpante, cuando el conflicto se plantea entre bienes jurídicos de igual valor —artículo 20. 5º— y con el miedo insuperable —artículo 20. 6º— del Código penal español.

A nuestro juicio, también fundamentan la pena por razones de culpabilidad aquellas características típicas y aquellas circunstancias generales que en las legislaciones que las contemplan dan lugar, por razones de culpabilidad,

a un marco penal propio, *antepuesto al de los criterios de determinación de la pena por el juez* (por ejemplo, las eximentes incompletas y las atenuantes que disminuyen la culpabilidad o las características configuradas subjetivamente presentes en determinados tipos penales y que no afectan al injusto sino a la culpabilidad).

Por el contrario, son *meros criterios para la medición de la pena* (y es aquí donde puede hablarse de un concepto más amplio de culpabilidad) los que operan a partir del marco penal establecido por el tipo o del que resulte de aplicar las reglas de determinación de la pena en atención a las circunstancias generales. En el Código penal español, el margen de arbitrio de los jueces o tribunales se limita, cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes, a aplicar la pena establecida por la ley para el delito cometido “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” (artículo 66. 6ª del Código penal). Más explícito es el Código penal portugués que, en la línea de lo establecido en el § 46 del Código penal alemán y, también, con el no reconocimiento legislativo de *genuinas* circunstancias modificativas del delito, establece en su artículo 71 que en la determinación de la medida de la pena dentro de los límites fijados por la ley se atenderá a la culpabilidad del autor y a las exigencias de prevención atendiendo, entre otros criterios y por lo que aquí interesa destacar, a la intensidad del dolo o de la culpa, a los sentimientos manifestados en la comisión del delito y los fines y motivos que lo determinaron, a las condiciones personales del autor y a su situación económica, a la conducta anterior y posterior al hecho, a la falta de preparación para mantener una conducta lícita, manifestada en el hecho, cuando esa falta deba ser censurada a través de la aplicación de la pena. Especialmente nos importa destacar la referencia a los sentimientos manifestados en el hecho y a los fines y motivos que lo determinan.<sup>84</sup> Estas referencias, al igual que las del § 46 del Código penal alemán a la actitud interna (*Gesinnung*) y a los motivos y fines del autor, son elementos de la culpabilidad a tener en

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 814.

<sup>84</sup> Por otra parte, son motivos que producen una atenuación especial de la pena, según lo previsto en los artículos 72 y 73, haber actuado bajo la influencia de una amenaza grave o bajo influencia de persona de quien dependa o a quien se deba obediencia, o haber sido determinada la conducta del agente por motivos honrosos, por la solicitud de la propia víctima o por provocación injusta u ofensa inmerecida.

cuenta en la medición de la pena cuando no han sido tomadas ya en cuenta en el tipo penal aplicable.<sup>85</sup>

## 5. ¿Cómo delimitar las características de la culpabilidad de las características subjetivas que gradúan el injusto?

Apenas se discute hoy la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Con razón dice Roxin que el problema no es ya el de la existencia de tales elementos sino el de “su delimitación de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad”.<sup>86</sup> A su juicio, el criterio rector de la delimitación es el de si la característica se refiere al bien jurídico protegido, o si coopera a caracterizar “la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto”: en todos estos casos la característica subjetiva en cuestión pertenecerá al tipo de lo injusto. Por el contrario, será elemento de la culpabilidad el que “no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquel (y agravantes por regla general)”.<sup>87</sup>

Estos criterios son también decisivos para la delimitación de las circunstancias generales que modifican el injusto de las que modifican la culpabilidad. Tales criterios excluyen la posibilidad de que afecten al injusto aquellas características y circunstancias subjetivas basadas en *finés y motivos* del autor relacionados con un bien jurídico distinto del directamente protegido en el concreto tipo penal que venga en aplicación. No puede hablarse en estos casos de un mayor desvalor de resultado en atención a la pluralidad de bienes jurídicos afectados.

Circunstancias generales como la de obrar por motivos discriminatorios (artículo 22, 4<sup>a</sup> del Código penal español) y características típicas especiales como las basadas en la finalidad de autor de cometer otro delito, evitar que se descubra, etc. (así, artículo 139. 1. 4<sup>a</sup> y artículo 166. 2. b), pueden ser examinadas a la luz de lo que acabamos de decir. El análisis, como vamos a ver, lleva a rechazar que estas circunstancias incrementen el desvalor de resultado, confirmando la tesis de Roxin.

Podría entenderse que la circunstancia de obrar por motivos discriminatorios incrementa el injusto por el ataque adicional a la igualdad que se añadiría al ataque al bien jurídico protegido por el delito al que la circunstancia se adhiera. Pero *de lege lata*, en la medida en que la circunstancia, tal como está prevista en la ley, gravita en torno a los motivos del autor, ni se fundamenta en el ataque a la igualdad ni agrava lo injusto del hecho. Partiendo de los motivos discriminatorios que llevan al delito (por ejemplo, a unas lesiones o a un homicidio) no se dispensa protección a la igualdad (como bien jurídico adicional al protegido por el tipo penal concretamente aplicable). Los motivos reprobables del autor no impregnan ni contaminan la acción hasta el punto de incrementar lo injusto del hecho. *De lege ferenda* podría formularse una agravante en términos distintos a los actuales que atendiera al ataque a la igualdad y no a los motivos discriminatorios. Pero en la regulación actual más bien parece que se trata de una circunstancia configurada subjetivamente que afecta a la culpabilidad.

Las características típicas especiales basadas en la finalidad de autor plantean problemas similares. Así, la circunstancia 4<sup>a</sup> del artículo 139.1., del asesinato, (“para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”) no incrementa, a nuestro juicio, el desvalor de resultado. En el supuesto de que se mate para facilitar la comisión de otro delito, ni se requiere que ese otro delito se empiece a ejecutar, ni puede entenderse que es el peligro adicional para otro bien jurídico el fundamento de la agravación. Lo único que se exige legislativamente es la finalidad del autor de cometer otro delito. En el supuesto de que se mate para evitar ser descubierto, es igualmente la finalidad del autor, y no el ataque al interés del Estado a la persecución de los delitos, el núcleo de la agravación. Por tanto, la circunstancia no se funda en el mayor desvalor de resultado. Tampoco puede aceptarse que en estos supuestos se incremente el desvalor subjetivo final de acción. A la vista de la regulación pudiera entenderse que se desvalora especialmente la acción homicida cuando concurren dichas finalidades, pero al tratarse de finalidades extratípicas, es decir, que no afectan a

<sup>85</sup> Destaca su relevancia también para la prevención. De Figueiredo Dias, J., *Direito penal português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*. Aequitas/ Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 250 y ss.

<sup>86</sup> Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 311.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 312.

la comisión del hecho ni al bien jurídico protegido a través del tipo del asesinato, no se incrementa el desvalor de acción ni, por tanto, el injusto (salvo que se acepte que estamos ante un inadmisibles exceso del legislador).

Se trata, por tanto de un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente y que implícitamente habla de la motivación y de la actitud interna del sujeto que se refleja en el hecho. El fin, esto es, aquello para lo que se actúa, informa sobre los motivos, aquello por lo que se actúa, y de la contextura moral del sujeto. El sujeto muestra un singular desprecio hacia la vida cuando mata para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Es significativo que la ley no distinga si el delito que se quiere encubrir es grave, menos grave o leve: lo que en definitiva tiene en cuenta es la actitud del sujeto de desprecio hacia la vida, y este será tanto mayor cuanto más leve sea el delito que se quiere evitar que se descubra o cuya comisión se quiere facilitar.

Las consideraciones anteriores son igualmente válidas *mutatis mutandi* para la circunstancia prevista en el artículo 166. 2. b) del Código penal en relación con las detenciones ilegales y secuestros cuando no se da razón del paradero del detenido o secuestrado (“que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”).

## 6. ¿Está justificado agravar la culpabilidad mediante características típicas subjetivas de agravación y mediante circunstancias agravantes generales?

Las características típicas y las circunstancias que agravan por razones de culpabilidad se justifican con dificultad. Partiendo de una concepción de la culpabilidad como motivabilidad normal por la norma, circunscrita a los elementos que condicionan la atribución del injusto a su autor, sostiene Mir Puig que toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal y que las circunstancias

agravantes no pueden elevar la imputación personal.<sup>88</sup> Mir Puig hace tal aseveración refiriéndose a las circunstancias agravantes generales, todas las cuales agravan, a su juicio, lo injusto penal del hecho. Podríamos preguntarnos si esto mismo debería ser sostenido respecto de las características de agravación especiales, presentes en determinados tipos penales, que han venido considerándose elementos de la culpabilidad (integrantes del llamado tipo de la culpabilidad), toda vez que la imputación personal, entendida como condición de atribución del injusto penal, tampoco podría ser aumentada en estos casos *creando* “un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal”.<sup>89</sup> El examen del derecho positivo no permite responder afirmativamente a esta cuestión. El Código penal no solo reconoce elementos que disminuyen la culpabilidad penal o la excluyen sino también elementos (basados en fines, motivos, móviles, actitud interna del autor, etc.) que la agravan, estableciendo incluso un marco penal singularmente severo. Significativas son al respecto las palabras de Roxin, quien, al tratar de delimitar los elementos típicos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad de los elementos subjetivos del injusto, afirma: “cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquel (*y agravantes por regla general*), se trata de elementos de la culpabilidad”<sup>90</sup> (la cursiva es nuestra).

En el Código penal español hallamos manifestaciones destacables de circunstancias agravantes generales y especiales atinentes a la culpabilidad y no al injusto del hecho. Así, la ejecución por precio, recompensa o promesa (artículos 22. 2ª y 139. 2ª), los motivos discriminatorios (artículo 22. 4ª), la finalidad de cometer otro delito o de evitar que se descubra (artículo 139. 4ª, del asesinato), la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o la actuación con esa finalidad (en las detenciones ilegales y secuestros del artículo 166. 2. b). Por tanto, solo cabe enfrentarse críticamente a las circunstancias que agravan la culpabilidad desde una perspectiva *de lege ferenda*.

<sup>88</sup> Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 648 y ss.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 649.

<sup>90</sup> Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 312.

A nuestro juicio, para sostener que no hay más desvalor que el que procede del injusto penal, no es preciso entender la culpabilidad como motivabilidad normal por la norma. También si partimos de un concepto individual de culpabilidad basado en la libertad de la voluntad, y graduable a la vista de todos los factores, personales y sociales, que concurran en el sujeto al tiempo del hecho, parece aconsejable restringirlos a la atenuación y la exculpación. Es por lo menos dudoso que la ley deba contemplar agravaciones por los motivos y las emociones del autor, incluso si fueran contrarios al orden de valores dominante y estuvieran aún bajo la esfera de control del sujeto. A ello nos referiremos más adelante.<sup>91</sup>

## 7. Bases psicológica y normativa de los elementos subjetivos y proceso de normativización de los elementos subjetivos: aspectos sustantivos y procesales

Díez Ripollés llamó la atención sobre el proceso de normativización de los elementos subjetivos de los tipos y situó dicha tendencia en el contexto general de la tendencia del Derecho penal a la normativización. Observó que los elementos subjetivos, en principio descriptivos, se han ido impregnando de referencias valorativas que les hace perder “su carácter descriptivo de una realidad psicológica”, y que este proceso se presenta no solo en “la naturaleza de los componentes asignados a los elementos subjetivos en su fase de *formulación*, sea por el legislador, sea de un modo mucho más concreto y preciso por la labor interpretativa doctrinal, sino que igual de decisiva resulta la fase de constatación procesal de esos elementos subjetivos, momento en el que se actualizan, junto a los factores ya concurrentes en la fase de formulación, otros nuevos peculiares del contexto procesal”.<sup>92</sup> Díez Ripollés reivindica una perspectiva psicológico-individual en la intelección de los elementos subjetivos por considerar que es la más respetuosa con la dignidad de la persona, la que introduce más seguridad

y permite limitar mejor el arbitrio de los jueces que de otra forma podría llegar a ser excesivo, y la más acorde con las convicciones generales de la sociedad porque “el modo de aproximación a los hechos es en nuestra sociedad actual el acorde con las ciencias y metodología empíricas”.<sup>93</sup>

Estando de acuerdo con tales aspiraciones, y en que el intérprete, juez, o doctrina científica, deberían abstenerse de valorizar allí donde la ley le da un elemento descriptivo, el problema a nuestro juicio es la presencia en las leyes penales de elementos subjetivos-valorativos, como por ejemplo los elementos de la actitud interna, o de fórmulas que no se conforman con la descripción de una base psicológica sino que requieren una valoración adicional, como sucede con los supuestos de inimputabilidad o con la evitabilidad del error de prohibición,<sup>94</sup> o de motivaciones o emociones del autor que, como vamos a tratar de mostrar, se nutren de un momento valorativo inescindible.

Díez Ripollés reconoce que una cierta normativización es en último término necesaria, también si se adopta una perspectiva psicológico-individual, para superar la inaccesibilidad de los elementos subjetivos a la constatación empírica, esto es, para salvar la “distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental”. Pero tal normativización es metodológica, no material: “la legitimación normativa de la que se habla es una genérica, es decir, referida a todo elemento subjetivo, que no pretende por ello expresar, respecto a un concreto elemento subjetivo, un determinado componente valorativo a añadir a sus componentes descriptivos para que tal componente adquiera su plenitud de significado”.<sup>95</sup>

Semejante reducción metodológica de la dimensión valorativa de los elementos subjetivos, que de hecho la restringe al ámbito del proceso, se aviene mal con el derecho positivo, en el que no solo los siempre discutibles elementos de la actitud interna presentan elementos valorativos. También elementos básicos como la imputabilidad o la conciencia de la antijuricidad requieren *internamente* junto a la

<sup>91</sup> *Infra* 8.1.

<sup>92</sup> Díez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 23 y ss., 25 y ss.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 305 y ss.

<sup>94</sup> Destaca también la perspectiva normativa en el conocimiento de la antijuricidad, Muñoz Conde, F., en el prólogo a la obra de Díez Ripollés que acabamos de citar, pp. 12 y ss.

<sup>95</sup> Díez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, cit.*, pp. 323 y ss.



dimensión psicológica, fáctica, una dimensión valorativa, normativa. Que la ley debe contener elementos normativos y subjetivo-normativos solo si es absolutamente indispensable es algo generalmente aceptado. Pero la pregunta acerca de hasta dónde le es dable al derecho prescindir totalmente de los elementos valorativos en las formulaciones legislativas es difícil de responder. Pues la cuestión es que motivos y emociones relevantes para el derecho penal poseen una dimensión psicológica y una dimensión valorativa, y que esta dimensión valorativa que los estudios de psicología se encargan de destacar no puede ser ignorada por el derecho.

## 8. Motivos y emociones

Procede, pues, centrar la atención en motivos y emociones, dado que informan diferentes elementos, características o circunstancias legislativas atinentes a la culpabilidad. No se trata ahora de examinar de forma agotadora los elementos de la culpabilidad en que aparezcan motivos y emociones. Nuestra pretensión es más modesta y limitada: constatada la presencia entre los elementos de la culpabilidad de motivos y emociones, trataremos de conceptualizar estos y de examinar a su luz una muestra representativa de los motivos y emociones previstos legislativamente.

Son dos los niveles de incidencia de motivos y emociones en la discusión sobre la culpabilidad jurídico penal. En primer lugar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, la de los elementos formales de la culpabilidad, es claro que motivos y emociones inciden en la toma de decisión y la condicionan. Es más, como señaló Damasio y numerosos estudios psicológicos han venido a corroborar, las emociones son indispensables para la toma racional de decisiones, con independencia de que sesgos cognitivos y heurísticas afectivas conduzcan a errores sistemáticos que limiten la toma racional de decisiones.<sup>96</sup> Desde esta perspectiva se comprende que las emociones sean tomadas en cuenta a la hora de establecer y determinar legislativamente los elementos formales de la culpabilidad. Las

emociones pueden favorecer una decisión razonable, como sucede con el miedo “saludable”. Pero también pueden favorecer una decisión en favor de un delito, como en el actuar bajo un miedo “insuperable”. En la actuación delictiva realizada bajo un estado emocional más o menos intenso, la racionalidad de la decisión no está necesariamente ausente. Si entendemos la racionalidad de acuerdo con criterios internos, esto es, desde la perspectiva del sujeto, la decisión es racional en atención a las circunstancias concurrentes siempre que el sujeto haya mantenido su capacidad de elección (*coactus tamen voluit*) y reaccionado ante un estímulo tras la evaluación-valoración, por muy fugaz que esta sea, consciente o inconsciente. Pero hay casos en los que no se puede aceptar la racionalidad en la toma de decisión: aquellos casos límite en los que el sujeto —por ejemplo por su adicción al alcohol o a las drogas, por una enfermedad mental, o porque se halla bajo un trastorno mental transitorio— es totalmente incapaz de comprender la significación antijurídica de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la base neural de las emociones obliga a reabrir el problema de la fundamentación de la responsabilidad y de la culpabilidad en la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte. Esta segunda vertiente (en rigor, la primera desde un punto de vista lógico) obliga a volver sobre la cuestión que habíamos dejado (acaso provisionalmente) resuelta: la de la existencia de la libertad de la voluntad.

Veamos primero cómo despliegan su eficacia motivos y emociones en los elementos formales de la culpabilidad, antes de retomar, al final, el problema de la libertad de la voluntad.

### 8.1. Motivos, emociones y elementos formales de la culpabilidad

A menudo las leyes penales contemplan conjuntamente motivos y emociones. Esto es fácilmente explicable. Por un lado, las emociones están vinculadas

<sup>96</sup> Damasio, A. R. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit. p. 10. A ello se refiere ampliamente Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, traduc. por Chamorro Mielke, J., Debate, Barcelona, 2012, “... la emoción está ahora en nuestra comprensión de juicios y elecciones intuitivos mucho más presente que en el pasado...”, “... los juicios y decisiones son directamente regidos por sentimientos de agrado y desagrado con escasa deliberación y razonamiento” p. 25, pp. 147 y ss. y p. 186 donde da cuenta del desarrollo de Slovic de la “heurística del afecto” y su relación con los planteamientos de Damasio.



a estímulos precedentes, como, por ejemplo, los que producen el arrebato. Tales estímulos pueden consistir en otras emociones, como los celos que llevan al arrebato. Por otro lado, determinados motivos pueden tener su origen en sentimientos más o menos arraigados. Por ejemplo, los motivos discriminatorios pueden estar vinculados (aunque no necesariamente) al sentimiento de odio hacia una raza, religión, etc.

Las leyes penales ponen el acento, unas veces, en la emoción como tal y/o en los estímulos que la generan (como, por ejemplo, el obrar “impulsado por miedo insuperable”, del artículo 20. 6º del Código penal, o el obrar “por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”, del artículo 21. 3ª del Código penal); otras veces, dan prioridad a los motivos, motivos que remiten a emociones o a sentimientos del autor (como, por ejemplo, cometer el delito “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”, del artículo 22. 4ª del Código penal, motivos que suelen vincularse al llamado discurso del odio si bien la ley no lo exige así y bien pudieran responder los motivos discriminatorios a otros sentimientos distintos del odio).

Pero a pesar de esta evidente interconexión, motivos y emociones pueden y deben ser examinados de forma independiente. Ambos son considerados hoy como procesos básicos que forman parte de los recursos adaptativos del ser humano.<sup>97</sup>

El término “motivación”, señala Palmero, se utiliza “cuando queremos describir las fuerzas que actúan sobre, o dentro de, un organismo, para iniciar y dirigir la conducta de éste”.<sup>98</sup> El concepto de motivación alude a un proceso dinámico interno que, como tal, es variable o cambiante. La variabilidad motivacional se manifiesta tanto en términos cuantitativos (en

intensidad), como cualitativos (selección de la dirección para la ejecución de una acción), y comprende tanto las diferentes respuestas conductuales de diferentes personas ante un mismo estímulo, como las diferentes manifestaciones conductuales ante un estímulo mostradas por una misma persona en momentos diferentes.<sup>99</sup>

Las fuentes de la motivación, de las que manan los estímulos que activan al individuo, pueden ser internas y ambientales: “la conducta es motivada conjuntamente por la interacción de los eventos internos y los eventos ambientales”. Entre las fuerzas internas destaca, siempre siguiendo a Palmero, la historia genética (“la selección natural puede haber favorecido la existencia y mantenimiento de ciertos motivos básicos que se encuentran íntimamente relacionados con la supervivencia”), la historia personal (experiencia que se acumula desde el nacimiento), y las variables psicológicas (basadas en que “los seres humanos somos diferentes y únicos”, lo que se refleja en el plano motivacional en que el individuo se procura lo que convenga a sus necesidades psicológicas). Variables biológicas, neurofisiológicas, y psicológicas intervienen en el proceso de motivación del agente.<sup>100</sup> También estímulos ambientales motivan el comportamiento. Todo ello permite hablar hoy de la interacción en el comportamiento motivado de factores biológicos, del aprendizaje, y de factores cognitivos, además de factores ambientales.<sup>101</sup>

El estímulo inicia el proceso motivacional pero, como dice Palmero, siendo el estímulo una “variable imprescindible y necesaria”, no es una “variable suficiente”. Se requiere además la percepción, la cual posibilita que el sujeto advierta la presencia del estímulo, y la evaluación-valoración. Ambas (la percepción del estímulo y la evaluación-valoración) pueden ser conscientes o no conscientes.<sup>102</sup>

Importa aquí llamar la atención especialmente sobre la dimensión evaluativa y valorativa del proceso motivacional. Mediante la evaluación el sujeto

<sup>97</sup> Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *Motivación y emoción*. Mc Graw Hill. Madrid, 2010, pássim.

<sup>98</sup> Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, p. 2.

<sup>99</sup> Sobre todo ello, ampliamente, *vid.* Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>100</sup> Ampliamente, Palmero, F., “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 8 y ss.

<sup>101</sup> Palmero, F., *op cit.*, p. 11.

<sup>102</sup> Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 14 y ss.

## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

analiza objetivos o fines y los medios disponibles para su consecución. Mediante la valoración el sujeto pondera las ventajas e inconvenientes de las posibilidades a su disposición. La confluencia en la evaluación y en la valoración de variables biológicas, cognitivas y afectivas, el mayor peso de unas u otras según que la actuación sea o no consciente, la presencia de sesgos cognitivos y de heurísticas afectivas, no excluyen la libertad de la decisión. La decisión tomada tras el proceso evolutivo-valorativo será una decisión racional desde la perspectiva del sujeto. El sujeto tendrá razones para actuar que, desde su particular punto de vista, serán buenas razones.

También el proceso emocional es un proceso complejo en el que intervienen factores diversos, neurológicos, afectivos y cognitivos, además de culturales. Martínez Sánchez, después de destacar que las emociones pueden desencadenarse tanto por procesos intrapersonales como por procesos interpersonales, señala acerca de los antecedentes de la emoción: “a nivel neurobiológico, una emoción puede generarse por causa de la actividad de ciertas estructuras cerebrales y neurotransmisores, en respuesta a la información percibida y procesada. Desde un punto de vista afectivo pueden explicarse en función de procesos sensoriales-perceptivos; por último, diversos factores cognitivos pueden también desencadenarlas como consecuencia de procesos de evaluación y valoración. Finalmente, la cultura ejerce también un importante papel mediador sobre los acontecimientos inter e intrapersonales que anteceden a una emoción, ya que muchos de ellos son aprendidos socialmente”.<sup>103</sup> Tras el estímulo externo o interno que desencadena el proceso emocional y tras un proceso de evaluación y valoración “se produce la activación emocional, compuesta por una experiencia subjetiva o sentimiento, una expresión corporal o comunicación no verbal, una tendencia a la acción o afrontamiento, así como

por cambios fisiológicos que dan soporte a la respuesta global del sistema”.<sup>104</sup> Las emociones presentan una doble dirección motivacional. Por un lado, se desencadenan a partir de estímulos externos o internos; por otro lado, hacen surgir en el sujeto que las experimenta una tendencia a la acción.

Por otra parte, las emociones poseen, tal como se advierte en lo que se acaba de exponer, una característica dualidad. Moya señala que las emociones son estados mentales “mixtos” que poseen propiedades cualitativas o fenoménicas (*qualia*) y propiedades representacionales, analíticas. Emociones y sentimientos se caracterizan a la vez, afirma, “por cierta actitud hacia un contenido y por cierta cualidad sentida”.<sup>105</sup> Dejemos esto de momento solo señalado, pues hemos de volver después sobre ello al examinar las emociones desde la perspectiva de la libertad de la voluntad.<sup>106</sup>

Se suele distinguir entre emociones básicas (entre las que se hallaría el miedo, la ira, la tristeza, el asco, o la alegría) y emociones secundarias o sociales (como la vergüenza, el orgullo, la envidia o los celos), cada una de ellas con rasgos propios conductuales, fisiológicos y expresivos.<sup>107</sup> Sin embargo, no hay total acuerdo acerca de cuáles sean las emociones básicas, pretendidamente universales. Y también se discute si puede haber emociones básicas distintas en las diferentes culturas,<sup>108</sup> en cuyo caso ya no serían tan básicas.

Se discute también “qué es lo que cuenta como emoción”. Así, se ha sugerido que las emociones son episódicas y de corta duración y que una emoción persistente no es, en rigor, tal, como la cólera prolongada que es más bien “inclinación a enojarse bajo ciertas circunstancias”.<sup>109</sup> A veces se usan indistintamente términos como “sentimiento”, “emoción” o “pasión”. Pero otras veces, aun reconociendo las dificultades a las que se enfrenta el lenguaje cuando pretende concretar estos conceptos, se hacen esfuerzos

<sup>103</sup> Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 34 y ss.

<sup>104</sup> *Ibidem*. pp. 61 y 35 y ss.

<sup>105</sup> Considerándolos estados mentales derivados toda vez que podemos encontrar emociones y sentimientos “cuyo componente fenoménico es inespecífico cuando se lo aísla del contenido”, *vid.* Moya, C. J., *Filosofía de la mente*, *cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>106</sup> *Infra*, 8.2.

<sup>107</sup> Martínez Sánchez, F., “La emoción”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, p. 29, y Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *Motivación y emoción*, *cit.*, *pássim*.

<sup>108</sup> Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.). ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, traduc. por Caso, M. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 33.

<sup>109</sup> Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.). ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, *cit.*, p. 31.

por distinguirlas y precisarlas, sin que haya coincidencia entre quienes se han ocupado del tema.<sup>110</sup> Aquí vamos a partir de que las emociones son procesos episódicos y de corta duración; de que los sentimientos son emociones duraderas, que se prolongan en el tiempo; y de que las pasiones son emociones intensas que pueden ser más o menos duraderas.

La relevancia de las emociones para la culpabilidad jurídico penal —cualquiera que sea su duración o intensidad— dependerá de su concurrencia en el momento decisivo de la acción, toda vez que momento de la culpabilidad penal es el de la acción. La presencia en dicho momento de una emoción más o menos intensa es, sin duda, relevante para la imputación subjetiva del hecho a su autor. La emoción influye en la libertad de decisión y de arctuación. La respuesta emocional es una respuesta mediada tanto afectiva como cognitivamente. Pero la presencia de sesgos cognitivos y heurísticas afectivas no excluye la posibilidad de control de la emoción, por lo que puede hablarse de actuación libre más o menos condicionada en función de los factores o circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho. En el proceso de afrontamiento que tiene lugar tras la evaluación que sigue a la experiencia subjetiva de la emoción, juega un decisivo papel el aprendizaje, la cultura y el esfuerzo cognitivo y conductual.<sup>111</sup> Partiendo de tales premisas, deviene fundamental la educación emocional y sentimental que posibilita (salvo situaciones patológicas y/o extremas) el control de las emociones y su conformación de acuerdo con valores. Como dice Camps, “el cultivo de las emociones es la condición de la ética pública”.<sup>112</sup>

El reconocimiento de que las emociones pueden ser educadas y controladas tiene singular importancia por la incidencia que las mismas pueden tener en el autor de un delito al tiempo del hecho y la graduación

de su culpabilidad a partir de los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente referidos a emociones. A este respecto debe considerarse decisiva la evaluación —valoración del objeto por el sujeto— que realiza una acción delictiva bajo la influencia de una emoción, y no las valoraciones de terceros —singularmente del juez—. Como dice Solomon, las emociones son racionales en el sentido de que siguen un patrón regular, el de la propia “personalidad”, y de que “pueden ser explicadas en términos de un conjunto coherente de causas”.<sup>113</sup>

Hemos de estar prevenidos ante aquellas concepciones cognitivo-evaluativas de las emociones que pudieran conducir, como veremos que sucede en ocasiones, a interpretaciones inadmisibles de la ley. Según la concepción cognitivo-evaluativa de las emociones, estas comportan la evaluación de un objeto o situación, pueden mover a la acción conforme a valores y en este sentido pueden ser educadas y controladas.<sup>114</sup> Las emociones dice, Nussbaum, involucran creencias y evaluaciones y esto en sentidos diversos: de un lado, las emociones contienen la evaluación de un objeto por el sujeto; de otro lado, las emociones mismas pueden ser valoradas y así establecer si la emoción de un sujeto es o no es razonable atendiendo a si ha partido de creencias verdaderas o falsas.<sup>115</sup> A ello habría que añadir la valoración que el legislador hace de una emoción, atendiendo a pautas valorativas culturales, morales, etc. de acuerdo con criterios de racionalidad, en el momento de su reconocimiento legislativo. El reconocimiento, por ejemplo, del miedo, a efectos de excluir o disminuir la culpabilidad, o del odio, que se halla detrás de los motivos discriminatorios, a efectos de agravar la culpabilidad, presupone una valoración de diferente signo de motivos y emociones por parte del legislador. Algo semejante sucede en las legislaciones que han tenido en cuenta —o siguen

<sup>110</sup> Para otras distinciones y precisiones conceptuales, *vid.* Camps, V., *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011, pp. 23 y ss., Marina, J. A. *El laberinto sentimental*, Anagrama, Barcelona, 1996, pp. 34 y ss.

<sup>111</sup> Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>112</sup> Camps, V., *El gobierno de las emociones*, *cit.*, p. 273.

<sup>113</sup> Solomon, R. C., en: ¿Qué es una emoción? *Lecturas clásicas de psicología filosófica*, Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.), *cit.*, p. 334.

<sup>114</sup> Tales concepciones se contraponen a las concepciones mecanicistas para las que las emociones son fuerzas, impulsos, etc. que escapan al control del agente, impulsan ciegamente a la acción y no están mediadas por la evaluación o la razón. Una destacable exposición de las teorías mecanicistas y de las cognitivo-evaluativas de las emociones, puede verse en González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 25 y ss. y *pássim*.

<sup>115</sup> Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, trad. por Zadunaisky, G., Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 46, 39 y ss., la misma, *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, traduc. por Maira, A. Paidós, Barcelona, 2008, pp. 44 y ss.

teniendo en cuenta— motivos elevados (morales, altruistas...) o motivos bajos (abyectos...). Dejando aparte la crítica que cabe dirigir al reconocimiento legislativo de elementos vagos e indeterminados, lo que importa ahora destacar es la proyección del juicio valorativo del legislador en el reconocimiento de determinadas emociones y, por vía indirecta, también de motivos que pueden hablar de emociones o de sentimientos del autor.

Ahora bien, cualquiera que haya sido la valoración que haya llevado al legislador a otorgar relevancia penal a una determinada emoción a efectos de graduar o excluir la culpabilidad del autor, la apreciación de la emoción —su concurrencia— en el caso concreto depende de la dinámica interna del propio proceso emocional del sujeto al tiempo del hecho, sin que deban proyectarse las valoraciones sociales dominantes acerca de tal emoción si ellas no han sido expresamente descritas en la ley restringiendo así su ámbito de aplicación. Significa esto que la presencia de una emoción reconocida legislativamente, como el arrebató, deberá dar lugar a la apreciación de la atenuante 3ª del artículo 21 del Código penal con independencia de que el arrebató o el estímulo poderoso que lo ha producido sea más o menos loable, o conforme con la norma socio-cultural dominante. Para su apreciación debería bastar con que la emoción, y la tendencia a la acción que lleva aparejada, incidan en la capacidad de control del sujeto, porque con ello se cumpliría la *ratio* de la atenuante. *De lege lata*, mientras la ley contemple sin limitaciones el arrebató producido por un estímulo poderoso, el ámbito de aplicación de la atenuante no puede ser restringido exigiendo para su apreciación que se adecúe a determinados valores o pautas culturales que el sujeto debía tener en cuenta. El legislador no ha seleccionado ni restringido los estímulos que conducen al arrebató exigiendo que sean razonables o atendibles de acuerdo con las pautas culturales dominantes.

A nuestro juicio, se incurre en un error conceptual y metodológico cuando, partiendo de que las emociones mismas pueden ser valoradas, se pretende extraer

consecuencias de ello para la praxis jurisprudencial, atribuyendo al juez —o arrogándose el juez— la valoración de las emociones, en detrimento de la valoración que el propio sujeto ha hecho del objeto que ha desencadenado el comportamiento emocional. Sucede esto cuando se rechaza la apreciación como circunstancia atenuante del arrebató impulsado por los celos, por ejemplo en contextos de violencia de género, por entender que los estímulos que los han producido son repudiados por la norma socio-cultural dominante y que la actuación del autor no se mueve dentro de un cierto sentido ético.<sup>116</sup>

Pero lo cierto es que, en la regulación de la mencionada circunstancia, en absoluto se requiere que la causa o estímulo desencadenante del arrebató, la obcecación u otro estado pasional de entidad semejante sea conforme con la ética o con la conciencia social imperante; tan solo se requiere que sea poderoso, lo que parece que debe entenderse en el sentido de que pueda producir una emoción intensa, capaz de disminuir la capacidad de culpabilidad del sujeto; y a tal efecto será decisiva la evaluación-valoración del sujeto por fugaz que esta sea, no la valoración que pueda hacer el juez a la vista de las normas éticas, morales o culturales dominantes.

Cuando un sujeto, por su deficiente proceso de aprendizaje y socialización, no es capaz de evaluar y valorar adecuadamente el estímulo que percibe y cae en un estado de arrebató, es incorrecto proyectar *a posteriori* sobre él los valores sociales imperantes que, en su deficiente proceso de aprendizaje, no ha podido introyectar. En la medida en que el arrebató vinculado a un estímulo poderoso haya interferido en la toma de decisión podrá considerarse atenuada la culpabilidad del agente incluso cuando ese estímulo poderoso no coincida con la norma socio-cultural imperante.

Por tanto, es preciso distinguir entre aquellos valores que el sujeto ha introyectado en el proceso de aprendizaje y que, conjuntamente con las bases neurofisiológicas y afectivas, afloran a nivel cognitivo en el proceso emocional, de las pautas socio-culturales

<sup>116</sup> Siguiendo a Kahan y a Nussbaum, destaca Peñaranda Ramos las ventajas de la concepción evaluativa de las emociones por cuanto conduce a “distintos resultados según cuales sean las valoraciones que el derecho esté dispuesto a asumir”, *vid.* Peñaranda Ramos, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 52. Pero esto, que puede ser aceptado a efectos de una mejor regulación *de lege ferenda* de las emociones relevantes para el derecho penal, no puede aceptarse para restringir o ampliar el alcance de una regulación introduciendo valoraciones externas al proceso emocional en sí, que no hayan sido tenidas en cuenta ni expresa ni tácitamente por el legislador.

dominantes en la sociedad y que el juez pudiera atender. Y hay que diferenciarlos también de los valores que a la sociedad o al Estado importa preservar y que pueden llevar al legislador a otorgar mayor o menor relevancia jurídica a determinadas emociones o sentimientos. Pues, en efecto, la intelección de las emociones desde una perspectiva cognitivo-evaluativa debe entenderse siempre desde el punto de vista del sujeto concreto. Es la evaluación y valoración del objeto por el propio sujeto lo que forma parte internamente del proceso emocional y lo que debe considerarse decisivo a efectos de la culpabilidad del autor. De esta forma, sin desconocer la importancia de la evaluación-valoración en el proceso emocional, se le sitúa correctamente: en el momento del surgimiento de la respuesta emocional y de su motivación a la acción, considerando las circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho. Mantener otra cosa sería hacer responder al sujeto por una culpabilidad en cabeza ajena. O, más aún, por entender que su respuesta emocional procede “del hecho inexcusable de no haberse procurado una educación”.<sup>117</sup>

Por ello, parece procedente entender la concepción cognitivo-evaluativa de las emociones en un sentido estricto y, a la vez, integrador.<sup>118</sup> Esto significa aceptar que en el proceso emocional hay una valoración del objeto por el sujeto, que tal proceso de valoración está mediado por la educación y el aprendizaje, y que las emociones no son irracionales. Pero también en el proceso emocional concurren a la vez factores neurobiológicos y afectivos, y que esta conjunción de factores puede contribuir a que en la situación concreta la capacidad de control de la acción por parte del sujeto se vea más o menos afectada. Para esta concepción mixta, integradora, de las emociones, la dimensión evaluativa se entiende, en sentido estricto, referida a la valoración del objeto por el sujeto y no a la valoración que los demás, singularmente los jueces, puedan hacer de los estímulos desencadenantes del proceso emocional.

Las emociones afectan a la capacidad de control del sujeto, pueden limitarla e incluso excluirla. Es por ello que tiene singular importancia la intensidad de la emoción, lo que dependerá del estímulo, de la percepción del mismo por el sujeto y de la evaluación-valoración que realice. González Lagier expresa la dificultad que encierra el control de las emociones cuando afirma que dicho control es indirecto y menos fiable que el de las acciones, y propone diferentes vías de control: la revisión de nuestras creencias, la manipulación del contexto y la revisión de nuestros deseos y fines.<sup>119</sup> Pero en el complejo proceso emocional, la tendencia a la acción o afrontamiento mediada por la evaluación y valoración es susceptible de control por el sujeto, posibilidad de control que será mayor o menor en función del aprendizaje, la educación y el peso de los factores neurobiológicos y afectivos.

Tratándose de exigir responsabilidad penal, decisivo es si, al tiempo del hecho, el sujeto ha podido controlar, y en qué medida, los impulsos y emociones que le llevan a la acción. A este respecto, será importante conocer si estaba en condiciones de llevar a cabo correctamente la evaluación y valoración propia del proceso emocional.

Es interesante examinar hasta qué punto la intensidad de los estímulos que desencadenan el proceso emocional y el control de la emoción misma son tenidos en cuenta por el legislador penal cuando regula determinadas circunstancias o eximentes atinentes a la culpabilidad. Puesto que no podemos ser exhaustivos, vamos a fijar la atención en tres de los supuestos en que el Código penal español se hace eco de motivos y emociones: el miedo (a), el arrebato, la obcecación y otros estados pasionales (b), los motivos discriminatorios que cabría vincular al sentimiento de odio (c), para terminar extrayendo las conclusiones oportunas *de lege ferenda* (d).

- a) El miedo es una de las emociones que se suelen calificar de básicas. El miedo es un estado emocional complejo y graduable que puede afectar a

<sup>117</sup> Como sostuvo la Corte Suprema de Pensilvania y recuerda M. C. Nussbaum: “Supóngase entonces que admitimos el testimonio de que el acusado se enoja fácilmente, es violento y vengativo; ¿a dónde nos llevaría? ¿Son estas excusas suficientes o siquiera atenuantes de un crimen? Por cierto que no, porque son el resultado de una falta de autocontrol, del hecho inexcusable de no haberse procurado una educación”, *vid.* Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, cit., p. 34.

<sup>118</sup> Sobre la concepción integradora de las emociones, González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 53 y ss., 77 y ss., y 148 y ss.

<sup>119</sup> González Lagier, D. *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 127 y ss.



## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

diferentes elementos del delito: a la capacidad de acción, a la imputabilidad y a la culpabilidad en sentido estricto. Puede dar lugar a una eximente completa o incompleta, o a una atenuante cualificada. Incluso puede tenerse en cuenta por la vía de una atenuante analógica (artículo 21. 7ª del Código penal español) cuando no concurrieran los requisitos para su apreciación como eximente incompleta ni como atenuante del artículo 21. 3ª (“obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad”).

La regulación del artículo 20. 6º del Código penal, que declara exento de responsabilidad penal a quien “obre impulsado por miedo insuperable”, capta solo el estado emocional no patológico que interfiere en el proceso de motivación del autor y, consecuentemente, en su libertad de decisión. Pero el miedo puede presentarse de forma intercurrente con una anomalía o alteración psíquica, o dar lugar a un trastorno mental transitorio, completo o incompleto.<sup>120</sup>

La doctrina penal tradicional ha diferenciado las situaciones de ausencia de acción, en las que el sujeto no actúa sino que es actuado (*non agit sed agitur*), de las situaciones en las que el sujeto coaccionado, sin embargo quiere (*coactus tamen voluit*). A estas últimas se ha venido refiriendo el llamado miedo insuperable previsto en el artículo 20. 6º del Código penal, en el entendimiento de que bajo un miedo intenso, *insuperable*, el sujeto mantiene un residuo de voluntad que le permitiría optar entre posibilidades diversas de acción. El sujeto, a pesar de la interferencia del miedo en su proceso de motivación, sin embargo, quiere. Dado que el miedo es una realidad psicológica graduable, podría haber, sí, situaciones de miedo intenso

que paraliza, en las que el sujeto quedara petrificado, aterrorizado, y que podrían llegar a excluir la acción. Pero cabrían otros supuestos, los captados por la fórmula del artículo 20. 6º, en los que, siendo el miedo insuperable, subsistiera la capacidad de acción.

No vamos a discutir aquí la justificación filosófica del miedo insuperable,<sup>121</sup> sino que queremos fijarnos en el miedo desde una perspectiva psicológica. Los estudios de psicología describen los diferentes comportamientos de miedo que pueden ser desencadenados por una situación o estímulo. Sabemos que diferentes sujetos reaccionan a los estímulos de forma diferente, en función de ciertas disposiciones neurofisiológicas y del aprendizaje a través de las relaciones interpersonales. Sabemos que en la forma e intensidad de la respuesta influye el grado de maduración del sujeto, sus frustraciones, la capacidad para la solución de conflictos, sus condicionamientos anteriores, etc. Sabemos que situaciones diferentes pueden originar una emoción idéntica en una persona determinada. Y sabemos también que un mismo sujeto puede reaccionar de manera diferente ante un estímulo según cual sea su estado psicofísico actual.<sup>122</sup> El miedo es una emoción básica o primaria que puede estar ligada a estímulos desencadenantes muy variados. Desde el punto de vista del proceso emocional, señalan Carpi/Guerrero/Palmero, “la emoción de miedo se produce cuando existe un estímulo, evento o situación que, tras la valoración realizada por un individuo —sea consciente o no consciente—, resulta significativamente relacionada con la amenaza física, psíquica o social al organismo así como a cualquiera de las metas valiosas que este persigue; o, lo que es lo mismo: relacionada con la posibilidad más o menos probable y certera

<sup>120</sup> Sobre la problemática relación de la eximente de miedo insuperable con las restantes eximentes del Código penal, Higuera Guimerá, J.-F., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 105 y ss., Cuerda Arnau, M. L. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 158 y ss., Quintanar Díez, M. *La eximente de miedo insuperable*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 129 y ss., Varona Gómez, D. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares, Granada, 2000, pp. 268 y ss. Acerca de la diseminación del miedo por los diferentes elementos del delito, Alonso Álamo, M. “El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito”, *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ed. Universidad de Salamanca, 2007, pp. 31 y ss.

<sup>121</sup> Al respecto, destacando su justificación ligada al valor de libertad, Varona Gómez, D. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, cit., pp. 7 y ss., especialmente, pp. 57 y ss.

<sup>122</sup> Sobre todo ello, Delay, J./Pichot, P., *Manual de Psicología*, 5ª ed., traduc. por Montserrat Valle, L., Barcelona, 1976, pp. 117 y ss. y 133 y ss.



de que perderá algo importante para él. Así, el proceso de valoración asociado a esta emoción tiene, por un lado, connotaciones de pérdida y de ocurrencia futura y, por otro lado, tiene características de inmediatez”.<sup>123</sup> Los mismos autores nos informan de que los defensores de la existencia de emociones básicas proponen para su caracterización criterios basados en la expresión, en la respuesta fisiológica y en la valoración relacionada con una meta.<sup>124</sup> La mayor o menor intensidad del miedo, la incapacidad de controlarlo, están en función de factores neurobiológicos y del aprendizaje de acuerdo con el cual el sujeto, ante la percepción del estímulo, realiza la evaluación y valoración.

El requisito de la insuperabilidad del miedo, del artículo 20. 6º del Código penal, debe interpretarse a la luz de lo que acabamos de decir. El miedo debe ser insuperable para el sujeto en cuestión (no para el hombre medio situado en el lugar del autor), pudiendo variar enormemente de unos sujetos a otros la posibilidad de superar el miedo en función de factores neurobiológicos, del aprendizaje, etc., e, incluso, en cada sujeto puede variar dependiendo del estado psíquico-físico del sujeto al tiempo de percibir el estímulo desencadenante. Tal interpretación, que se opone a las tesis objetivistas,<sup>125</sup> es conforme con la estructura de la emoción de miedo, con el juicio individualizador de culpabilidad y

el concepto personal de culpabilidad que aquí se mantiene, y con la intelección de la exigente de miedo insuperable desde la perspectiva del principio de la inexigibilidad de una conducta distinta a la realizada y adecuada a la norma.

- b) La circunstancia atenuante de “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad” (artículo 21. 3ª del Código penal) presenta una formulación legislativa estructuralmente semejante a la del miedo insuperable. Exige la presencia de causas o estímulos poderosos, y que estos produzcan arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad. La fórmula, que en lo fundamental procede del Código penal de 1848,<sup>126</sup> evidencia la sabiduría del legislador histórico al conectar las emociones a poderosos estímulos previos. A diferencia del miedo que exime de responsabilidad, la atenuante tercera contempla emociones y pasiones desencadenadas por estímulos poderosos que, sin embargo, no llegan hasta el punto de afectar plenamente a la capacidad de comprensión del sujeto o de autodirigirse normalmente, lo que, de producirse, podría fundamentar la apreciación de un trastorno mental transitorio.<sup>127</sup> La circunstancia requiere, eso sí, una afectación de la capacidad de culpabilidad de cierta entidad.

<sup>123</sup> Carpi, A./Guerrero, C./Palmero, F., “Emociones básicas”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., p. 242.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 233, y pp. 238 y ss. sobre el proceso de valoración y el valor adaptativo de las emociones.

<sup>125</sup> Rechazamos las teorías objetivas que sostienen que la insuperabilidad del miedo debe establecerse con arreglo al criterio del hombre medio situado en el momento de los hechos y en las circunstancias del autor. Acerca de las diferentes teorías y a favor también de las tesis subjetivas, Quintanar Díez, M. *La exigente de miedo insuperable*, cit., pp. 58 y ss. y 94 y ss.

<sup>126</sup> El Código penal de 1848 establecía en su artículo 9. 7ª: “la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación”. En 1883 se añaden los estados pasionales en el artículo 9. 8ª del entonces vigente Código penal (“la de obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación, u otro estado pasional de semejante entidad”), al tiempo que se suprimen la atenuante de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido (artículo 9. 5ª), y la de vindicación próxima de una ofensa grave (artículo 9. 6ª). Referencias histórico-legislativas en Palomo del Arco, A. “Los estados pasionales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, VII, 1995, pp. 178 y ss., Cortés Bechiarelli, *Arrebató u obcecación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 37 y ss. y 81 y ss., Matallín Evangelio, Á., *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 49 y ss.

<sup>127</sup> Trastorno mental transitorio que asimismo puede apreciarse como incompleto por la vía del artículo 21. 1ª. Si a ello añadimos que emociones y estados pasionales pueden fundamentar también la apreciación de la atenuante como muy calificada, podemos convenir en que a efectos penales las emociones y las pasiones son susceptibles de apreciación escalonada, gradual, en atención a su intensidad y al grado de afectación de la capacidad de culpabilidad del agente, *vid.* Carmona Salgado, C. “Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 441 y ss., nota 13. En relación con los celos, por ejemplo, el Tribunal Supremo distingue en sus sentencias entre la celopatía inserta en el síndrome paranoico que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, y la celotipia o reacción vivencial desproporcionada que puede dar lugar a una atenuante pasional simple o calificada, también según su intensidad. Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 que cita otras.

El arrebato (emoción de corta duración, efímera) y la obcecación y otros estados pasionales (entendidos como emociones intensas de más o menos duración) han de proceder de estímulos intensos, poderosos, que afecten a la capacidad de culpabilidad del agente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo habla de que “el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo”.<sup>128</sup> El grado de afectación que cause un estímulo depende en alta medida, como sabemos, de la evaluación-valoración que efectúe el sujeto del objeto, lo cual está mediatizado por todos los factores, congénitos y adquiridos en el proceso de aprendizaje, que concurran en el sujeto al tiempo del hecho. Las emociones no son irracionales. Cuando hablamos de la racionalidad de las emociones lo entendemos en el sentido de Solomon antes mencionado<sup>129</sup> de que las emociones siguen el patrón regular de la propia “personalidad”. No lo entendemos, por tanto, en el sentido de que sean razonables con arreglo a criterios externos, esto es, que no sean repudiadas por la norma socio-cultural imperante. Tampoco en el sentido de que sean indispensables para la toma racional de decisiones.<sup>130</sup>

Como ya quedó dicho, constituye un error conceptual y metodológico hacer depender la apreciación de la atenuante —como viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo— de que los estímulos que desencadenan la emoción o la pasión no estén en contradicción con el orden de valores dominante en la sociedad. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 confirma la desestimación de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación, tanto por vía directa como por analogía, sosteniendo que “los estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social”, y que “es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales

estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante”. Recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de noviembre de 2015 reafirma el rechazo de la atenuante argumentado que “estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal”.<sup>131</sup>

Podría cuestionarse la actual formulación legislativa de la atenuante. Podría plantearse *de lege ferenda* la restricción de la atenuante excluyendo la apreciación de emociones y pasiones que pugnen con las valoraciones sociales dominantes o exigiendo, por ejemplo, la provocación previa por parte de la víctima, haciendo recaer el peso de la atenuante en el factor desencadenante de la emoción más que en la emoción misma.

Sin embargo, la evolución legislativa ha ido por otro camino. Es interesante recordar que en 1983 se suprimen la circunstancia atenuante de “haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido”, y la de haber ejecutado el hecho “en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados”; y que en aquel momento se consideró que tales circunstancias —a las que se añadía la de “obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebato u obcecación”— eran en alta medida tautológicas (como rezaba la Exposición de Motivos de la L.O. 8 de 25 de junio de 1983 que las suprimió) y se

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 que cita otras.

<sup>129</sup> Solomon, R. C., en ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.), cit., p. 334.

<sup>130</sup> En el sentido de Damasio cuando dice que “determinados aspectos del proceso de la emoción y del sentimiento son indispensables para la racionalidad”, Damasio, A. R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit. p. 10.

<sup>131</sup> Sobre la doctrina jurisprudencial, Salvador Concepción, R., “Análisis jurisprudencial de la atenuante de arrebato en el delito de violencia doméstica”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12/2012, y antes, con especial atención a la exigencia de cierta intensidad en los estímulos y a su carácter ético o al menos abyecto, *vid.* Palomo del Arco, A. “Los estados pasionales”, cit., pp. 200 y ss.

debían simplificar en torno a los “estados emotivos”. Desde luego, no parece aconsejable una vuelta a aquellas circunstancias y, menos aún en los términos en que estaban formuladas. Pero tampoco parece aceptable *de lege lata* restringir el ámbito de la vigente circunstancia de arrebató, obcecación y otros estados pasionales exigiendo por vía interpretativa que respondan a estímulos adecuados a lo tolerable socialmente. Esto debería precisarlo la ley, una ley que hoy se conforma con que los estímulos sean poderosos, lo que debe entenderse como capaces de producir en el sujeto concreto la emoción o la pasión que le incapacita, siguiera sea parcialmente, para comprender el significado antijurídico de su comportamiento o para autodirigirse según dicha comprensión.

- c) La cuestión se plantea en términos algo diferentes en la circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios del artículo 22. 4ª del Código penal (“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”).

De un lado, la fórmula legislativa no contiene una referencia expresa a una emoción sino que descansa exclusivamente sobre los motivos que han impulsado al sujeto a la acción. Sabemos que en el comportamiento motivado intervienen factores diversos (biológicos, cognitivos, ambientales...) y que el comportamiento motivado va precedido de la evaluación-valoración del sujeto. Sabemos también que el comportamiento motivado se inicia por un estímulo. En el origen de los motivos discriminatorios puede hallarse un sentimiento de odio. Pero la ley nada dice acerca del sentimiento o de la emoción subyacente al comportamiento motivado, de manera que nada impediría apreciar la circunstancia en situaciones en que no concurriera el odio sino, por ejemplo, un sentimiento

de asco. No obstante, el reconocimiento legislativo de la agravante está estrechamente vinculado al auge del discurso del odio<sup>132</sup> y —hay que añadir tras la reforma de 2015 que incorpora las razones de género— al auge del derecho penal de género.

Por otro lado, la agravante plantea problemas especiales desde una perspectiva político criminal. Partimos de que el legislador penal debería abstenerse de regular circunstancias agravantes fundadas en emociones o sentimientos del autor. Dado que los sentimientos son inciertos, dependientes de valoraciones personales del sujeto, están condicionadas por la biología y la biografía, y solo se pueden llenar de contenido a través de la experiencia, siempre distinta, de los otros, el legislador no debería acudir a los mismos para *agrar* la culpabilidad sino, a lo sumo, para excluirla o atenuarla. Ahora bien, el artículo 22. 4ª no contempla una emoción o un sentimiento. Como queda dicho, no hace gravitar la circunstancia sobre el odio u otras emociones o sentimientos, sino sobre los motivos del autor, concediendo eficacia agravatoria a motivos reprobables que pueden responder a razones diversas. Es, por tanto, lo reprochable de un proceso de motivación que discurre con arreglo a pautas valorativas que el derecho rechaza lo que fundamenta la agravación de la responsabilidad. Pero, al igual que hemos dicho a propósito de los sentimientos, el legislador también debería abstenerse de agravar la culpabilidad y la pena en atención a los motivos del autor, por muy reprobables que estos sean. Desde una perspectiva político criminal, es cuestionable que por razones de culpabilidad se pueda desbordar el marco de la pena fijada en atención a la gravedad del injusto.<sup>133</sup> Díaz López propone una sugerente interpretación de la agravante de obrar por motivos discriminatorios, que posibilitaría su comprensión desde la perspectiva de la agravación de la culpabilidad, sosteniendo que su fundamento radicaría no en la mayor responsabilidad penal

<sup>132</sup> Vid. así, Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 242 y ss.

<sup>133</sup> Vid. *supra* 6. También Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 193.

por una culpabilidad que se añade al desvalor del injusto, sino en que, al tratarse de un motivo inaceptable para el ordenamiento jurídico, se le atribuye al sujeto todo el injusto, lo que significa que la circunstancia operaría como una especie de causa de justificación a la inversa: no hay para el sujeto justificación o disculpa (lo que no impide que pueda tener reducida la imputabilidad).<sup>134</sup> Sin embargo, el examen del derecho positivo muestra que hay supuestos en que por razones de culpabilidad se establecen penas que desbordan las señaladas atendiendo a la gravedad del injusto. Sucede así, como ya hemos visto, en los tipos penales que contienen elementos típicos subjetivos atinentes a la culpabilidad.<sup>135</sup> Por tanto, la exigencia político criminal de que la pena no desborde, por razones de culpabilidad, el marco de la gravedad del injusto, no se cumple en el derecho positivo. En rigor, si se quiere ser respetuoso con dicha exigencia el legislador debería abstenerse de contemplar motivos y emociones como *agravantes* de la culpabilidad incluso si el autor mantiene en alta medida el control o dominio sobre los mismos. Esto implicaría reformular la agravante ahora descansando, no en los motivos del autor, sino en el peligro adicional para la igualdad, es decir en el ataque a un bien jurídico que se añade al ataque al bien jurídico protegido en el tipo delictivo que venga en aplicación (el mayor desvalor de resultado).<sup>136</sup>

A diferencia de lo que observamos en la regulación del arrebató, obcecación y otros estados pasionales, en la que la ley se limita exigir que procedan de causas o estímulos poderosos, pero sin concretar estos (estímulos que, por ejemplo, pueden consistir en una emoción como los celos), en la formulación de la agravante de discriminación la ley sí da pautas o concreciones de los motivos que llevan a la acción: motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza

o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Tales concreciones pueden responder a sentimientos, como el odio, pero también a “razones de género”, etc. Con tal descripción, el juicio desvalorativo del legislador acota el ámbito de lo reprochable. Podemos decir que el legislador incorpora la norma sociocultural imperante (reconocida incluso constitucionalmente) de la no discriminación y del interés a ser tratado como igual. En ello difiere la formulación de la agravante de la atenuante 3ª del artículo 21 a propósito de la cual ya hemos señalado que no hay base legal que permita restringir la apreciación del arrebató o del estado pasional a los casos en que el estímulo que los desencadena sean conformes con los valores éticos o culturales dominantes. En los motivos discriminatorios no es el proceso emocional del sujeto cuanto el proceso motivacional y los motivos reprochables el objeto de la regulación. Ello explica que se tomen en cuenta criterios de racionalidad externa, objetiva.

Pero el proceso de motivación es eminentemente individual. Por ello el juez ha de atender, en el juicio individualizador en el que la culpabilidad consiste, a la posibilidad del sujeto de hacer suyos los criterios de racionalidad externa, esto es, al grado de internalización de los valores imperantes que el sujeto haya podido alcanzar en su personal proceso de aprendizaje.

- d) Son varias las consecuencias que cabe extraer *de lege ferenda* del examen de la regulación legal de motivos y emociones. Sintéticamente cabe destacar:

Que a efectos de la relevancia penal de una emoción es decisiva la evaluación-valoración del estímulo por el sujeto, y ello está en relación con el carácter, en el que concurren factores biológicos, neurofisiológicos, ambientales, desempeñando el proceso de aprendizaje un papel esencial.

<sup>134</sup> Vid. Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, cit., pp. 386 y ss. Peñaranda Ramos, E. Prólogo a Díaz López, J. A. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, cit., pp. 20 y ss.

<sup>135</sup> Sobre ello, *supra* 4.2.

<sup>136</sup> Alonso Álamo, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, p. 51.

Que, dada la dimensión cognitivo-evaluativa de las emociones entendida desde la perspectiva de la valoración del agente, si se quiere restringir el alcance de una emoción exigiendo que el estímulo que la desencadena sea conforme con las valoraciones culturales y éticas dominantes, ello ha de contemplarlo expresamente la ley. No es cuestión que pueda quedar en manos del juez.

Que motivos y emociones (en su caso: debidamente delimitadas con elementos incorporados a la regulación) deberían contemplarse legislativamente solo para atenuar o excluir la culpabilidad, nunca para agravar, si se acepta que por razones de culpabilidad no puede imponerse una pena superior a la que corresponde imponer en atención a la gravedad del injusto, y se constata, en el caso de las emociones, su carácter íntimo e incierto.

## 8.2. Emociones y libertad de la voluntad: ¿desatando el nudo del mundo?

Destacada la significación positiva de las emociones en la toma racional de decisiones (Solomon, Slovic) pero también su significación negativa por cuanto pueden limitar o excluir la capacidad del sujeto de comprender el injusto o de autodirigirse de acuerdo con tal comprensión, importa volver sobre la cuestión fundamental de la existencia del libre albedrío y, más precisamente, sobre la relación de las emociones con la libertad de la voluntad.

González Lagier plantea la cuestión de si somos responsables de nuestras emociones, como cuestión distinta a la de si somos responsables por las acciones que realizamos bajo el influjo de una emoción. A su juicio, para sostener que somos responsables por nuestras emociones es necesario que las podamos controlar y que podamos convenir en que las emociones pueden ser objeto de normas. Ambas cuestiones son respondidas afirmativamente por el citado autor. Un estado emocional, afirma, es un estado de cosas

parcialmente dentro del control del agente, si bien el control de las emociones es indirecto y “menos fiable” que el de las acciones. Él mismo sugiere vías para el posible control de las emociones, tales como la revisión de nuestras creencias, la manipulación del contexto y la revisión de nuestros deseos y fines,<sup>137</sup> esto es, la educación emocional. Si a ello se añade que las normas penales contemplan las emociones y les atribuyen eficacia eximente, atenuante (y agravante, lo que a nuestro juicio no es tan aceptable) se comprende que dicho autor acabe concluyendo que hay responsabilidad emocional, toda vez que las emociones limitan el control de nuestras acciones pero pueden ser educadas.<sup>138</sup>

Dejando aparte la cuestión de la posible circularidad de un argumento que se apoya en la existencia de normas que contienen emociones para afirmar que las emociones pueden ser objeto de normas, cuando se habla de responsabilidad emocional en los términos que acabamos de exponer, la cuestión se plantea en un nivel intermedio (llamémosle nivel 2), situado entre la cuestión de la responsabilidad por las acciones que se basan en emociones (que sería el nivel 3) y la cuestión de si las emociones están determinadas a nivel neurológico (nivel 1). Es precisamente en este primer nivel en el que ahora queremos fijar la atención.

La cuestión es si la base neural de las emociones determina de tal forma la voluntad que, con independencia de que las emociones sean educables a través del proceso de aprendizaje, fuera preciso convenir en la inexistencia de la libertad de la voluntad.

Esto es lo que sostiene Roth cuando afirma que la voluntad “está completamente determinada por factores neurobiológicos, genéticos y del entorno, así como por las experiencias psicológicas y sociales positivas y negativas, en particular las que se producen en etapas tempranas de la vida, que dan lugar a cambios estructurales y fisiológicos en el cerebro”, y que hay que rechazar el libre albedrío en sentido fuerte (la libertad de la voluntad) y aceptar a lo sumo el libre albedrío en sentido débil (la libertad de actuación): el hombre solo es libre en el sentido de que “puede actuar en función de su voluntad consciente

<sup>137</sup> González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 126 y ss. y 129 y ss. Acerca de las dificultades para colocar la expresión de las emociones bajo el control de la voluntad y las explicaciones desde la perspectiva de la selección natural, vid. Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, cit., pp. 532 y ss.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 148 y ss., todo ello en el marco de una concepción compleja de las emociones, ni puramente mecanicista, ni puramente cognitivo-evaluativa sino que participa de ambas, de las teorías mecanicistas y de las cognitivo-evaluativas, vid. también *loc. cit.*, pp. 49 y ss.



## Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

e inconsciente”.<sup>139</sup> O cuando afirma que no hay decisiones puramente racionales sino que lo que llamamos toma racional de decisiones se lleva a cabo “en el marco de un procesamiento límbico emocional”,<sup>140</sup> por lo que, en definitiva, no hay libertad de la voluntad y solo cabría hablar de libertad de actuación.

Sin embargo, que las emociones tengan una base neural no implica la inexistencia de la libertad de la voluntad. Si bien es cierto que, como dice Roth, nadie, “ni los filósofos, ni los psicólogos, ni los neurobiólogos, pueden explicar cómo funciona el libre albedrío en el sentido fuerte”,<sup>141</sup> en el estado actual de la ciencia tampoco hay base, parece, para negar su existencia.

Ya hemos dicho que, de acuerdo con Moya, las emociones son estados mentales mixtos, esto es, se nutren de propiedades representacionales, analíticas, y de propiedades cualitativas o fenoménicas (*qualia*).<sup>142</sup> Por cuanto son poseedoras de propiedades representacionales (comportan la percepción, la valoración de objetos por el sujeto con la participación de creencias, deseos, etc., y tendencia a la acción), las emociones son estados mentales que se hallan en el centro de la discusión del problema mente-cuerpo. Por cuanto son poseedoras de propiedades cualitativas o fenoménicas, el control de la expresión de una emoción es problemático, pero la posibilidad no está del todo excluida;<sup>143</sup> ello es compatible con que haya respuestas emocionales que escapen al control consciente del individuo.<sup>144</sup> Además, la experiencia emocional es esencialmente íntima, individual. Solo podemos

saber lo que otro *siente* proyectando nuestra propia experiencia, necesariamente distinta, sobre ese otro.<sup>145</sup> Podemos hablar de la emoción de otro pero no podemos experimentar la emoción de otro.<sup>146</sup> Damasio habla de las dificultades para saber qué son los procesos neurales por los que *sentimos* una emoción y de su relación con el complejo problema de la conciencia.<sup>147</sup> Se comprende que, al referirse al problema de los *qualia* (la experiencia del color, del calor, del dolor, del ruido...), Edelman y Tononi lo consideran como quizás el “más desalentador” de los problemas de la conciencia. Sin embargo, le otorgan un valor fundamental cuando se refieren a la difícil tarea de “desatar el nudo del mundo”.<sup>148</sup> No nos corresponde entrar en la cuestión de cómo surgen los *qualia* a partir de ciertos tipos de actividad cerebral.<sup>149</sup> Según Edelman y Tononi, los *qualia* que experimenta cada persona descansan en el propio fenotipo, en la propia corporeización y “si bien podemos construir una teoría científica sensata de la conciencia que explique cómo la materia se convierte en imaginación, esa teoría no puede reemplazar la experiencia: ser no es describir”. Hay algo singular y distinto, que escapa a la descripción de los procesos neurológicos y que permite decir que ni todo es descripción, ni somos prisioneros de la descripción.<sup>150</sup> Igualmente cabe decir que la libertad de la voluntad existe aunque no sepamos cómo surge, y que esa existencia es real aunque enigmática.

Podría verse algo de voluntarismo en la defensa del libre albedrío, voluntarismo denunciado por Belmonte

<sup>139</sup> Roth, G., “La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío”, en *El cerebro: Avances recientes en neurociencia*, Rubia, F. J. (ed.), Editorial Complutense, Madrid, 2009, p. 114.

<sup>140</sup> *Ibidem*, cit., p. 114.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>142</sup> Moya, C. J., *Filosofía de la mente*, cit., pp. 17 y ss.

<sup>143</sup> S. Pinker plantea la cuestión desde la perspectiva de la selección natural, preguntándose si hay algo en las expresiones emocionales que de forma inherente haga costoso colocarlas bajo el control de la voluntad, *vid.* Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, cit., pp. 532 y ss.

<sup>144</sup> Recordemos que también el subproceso evaluativo puede ser consciente y no consciente, *vid.* Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., p. 39.

<sup>145</sup> Con base en las investigaciones de Wittgenstein y de Kenny, señala Castilla del Pino: “cuanto digamos acerca del sentimiento de otro, de su mera posesión, del grado con que lo experimenta, no pasa de ser una inferencia inmediata y, en consecuencia, una serie de conjeturas nunca resoluble”, *vid.* Castilla del Pino, C., *Teoría de los sentimientos*, 6ª ed., Tusquets, Barcelona, 2001, pp. 26 y ss.

<sup>146</sup> Como dice Castilla del Pino, hablar de lo que se siente es “hablar de lo que se piensa acerca de lo que se siente”, Castilla del Pino, C., *Teoría de los sentimientos*, cit., p. 65.

<sup>147</sup> Damasio, A. R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit., pp. 154 y ss.

<sup>148</sup> Citando la afortunada expresión de Schopenhauer para referirse a la relación mente-cuerpo, que a Edelman y Tononi gusta recordar, *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 14, 191, 193 y ss.

<sup>149</sup> *Vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 195 y ss.

<sup>150</sup> *Vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 264 y ss. sobre “Gerald Edelman y la cartografía del reingreso”, *vid.* Searle, J. R., *El misterio de la conciencia. Intercambios con D. C. Dennett y D. J. Chalmers*, cit., pp. 45 y ss.



al tiempo que señala que la total libertad de decisión se ve contradicha por datos científicos que evidencian, por ejemplo, inmadurez “en el desarrollo cortical de los circuitos de control de conductas impulsivas en los adolescentes, o conductas descontroladas por alteración de áreas corticales específicas”.<sup>151</sup> En situaciones patológicas, de deficiente desarrollo evolutivo, o de deficiente proceso de aprendizaje, la libertad de decisión, y, en las situaciones más extremas, la libertad de la voluntad, pueden estar excluidas o limitadas. Esto no puede ser cuestionado, como tampoco que las neuropruebas hayan de tener cada vez más importancia en el ámbito del proceso.<sup>152</sup> Pero de ello no se deriva la inexistencia de la libertad de la voluntad. Antes bien, hay razones para sostener —más allá de todo voluntarismo— que en situaciones ordinarias, en el caso normal de la racionalidad, se abren brechas entre los estados mentales y la acción y que allí emerge el libre albedrío,<sup>153</sup> y razones para sostener que la libertad de la voluntad se manifiesta cuando se trata de desatar “el nudo del mundo”.

---

<sup>151</sup> Belmonte, C., *Desenmarañando el cerebro. Los caminos de las neurociencias*. Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Madrid, 2014, p. 20.

<sup>152</sup> Sobre las “neuropruebas”, recientemente, González Lagier, D., “Neuropruebas” y filosofía”, *Jueces para la democracia*, nº 84, 2015, pp. 67 y ss. Ya Hassemer señalaba que el Derecho penal, “su ciencia y *praxis*”, nunca ha rechazado los conocimientos de las ciencias naturales sobre el objeto “culpabilidad”, *vid.* Hassemer, W “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *cit.*, p. 12. Destacan también la importancia de la confluencia del Derecho y las Neurociencias en “cuestiones generales de prueba”, Pardo, M. S./Patterson, D., “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, traduc. por Coca Vila, I., y García Bel, M., *InDret*, 2/2011, p. 3.

<sup>153</sup> Searle, J. R., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *cit.*, pp. 27 y ss. y 83 y ss., él mismo, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, *cit.*, pp. 33 y ss.





## Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa con valor sustantivo en el proceso penal mexicano



Rodolfo Félix Cárdenas

*Catedrático de Derecho Procesal Penal.  
Escuela Libre de Derecho*

**RESUMEN:** *En este artículo se habla de la importancia de las pruebas demostrativas, así como las normas que las regulan y los elementos que los conforman para que sean parte de un juicio y poder tener un mejor proceso.*

**PALABRAS CLAVE:** *Evidencia y prueba, acreditación y autenticación, apoyo visual.*

**ABSTRACT:** *This article deals about the importance of demonstrative proofs, as well as their regulative norms, and their shaping elements, in order for them to be part of a trial, and to have a better process.*

**KEYWORDS:** *Evidence and proof, accreditation and authentication, visual support.*

**Sumario:** *1. Importancia del establecimiento de los hechos y del conocimiento de las normas que regulan la prueba. 2. Evidencia y prueba. 3. La pertinencia. 4. Acreditación o autenticación; 4.1. ¿Qué es acreditar o autenticar?. 5. Evidencia demostrativa; 5.1. Evidencia demostrativa o apoyo visual; 5.1.1. Fotografías como apoyo visual; 5.1.2. Apoyos pedagógicos generados por computadoras, como apoyo visual; 5.2. Evidencia demostrativa con valor sustantivo; 5.2.1. Fotografías con valor sustantivo; 5.2.2. Rayos X, escáneres, tomografías y resonancias magnéticas; 5.2.3. Fotografías posadas; 5.2.4. Películas, videos y grabaciones de sonido. 6. Bibliografía.*

Rec: 10/09/2018 | Fav: 21/09/2018

La presente disertación busca ofrecer al foro jurídico penal mexicano un visión sobre un particular aspecto del derecho probatorio en México: la prueba demostrativa.

Esta no solo es poco comprendida por los operadores, sino que es muy frecuente incurrir en confusiones conceptuales que conllevan a su injustificable rechazo por parte de los juzgadores en merma del derecho de libertad probatoria que asiste a las partes.

También puede ser que la prueba no se utilice o no lo hagan adecuadamente, ya sea porque no se comprende y/o no se conoce cómo hacer uso de ella, sin dejar atrás que —en no pocas ocasiones cuando se autoriza su utilización en juicio— se haga caso omiso de la exigencia mínima de verificar previamente su *pertinencia*.

### 1. Importancia del establecimiento de los hechos y del conocimiento de las normas que regulan la prueba

Nada ocupa en todo proceso un lugar tan central como la prueba, aun cuando su producción<sup>1</sup> y uso sean tan solo una de las partes en el complejo proceso del ejercicio litigioso.

En cualquiera de las fases del proceso en que las partes litigan, dos son los aspectos centrales que hay que tener presentes: 1) establecer los hechos y 2) conocer qué normas regulatorias de la prueba —lo que se denomina como reglas probatorias— deben ser invocadas para soportar la posición que se argumenta.

Esto es así pues solo con el conocimiento de esas normas aplicables a nuestro caso es que se puede proyectar el impacto que tendrán las mismas respecto de los hechos establecidos.

En otros términos, las partes que litigan deben tener un conocimiento claro de las normas regulatorias de la prueba, pues solo de esta manera pueden

proyectar su eficaz aplicación en los hechos establecidos que vendrán a constituir lo que será el tema de debate para su acreditación en juicio.<sup>2</sup>

Sin conocimiento y/o sin la comprensión de las normas, la fijación de los hechos para la propia teoría del caso puede caer en no encontrar congruencia, ni la mejor comunicación entre ambos. Es decir, si se conocen los hechos, pero no las normas reguladoras de la prueba o bien, se conocen, pero no se comprenden y tampoco se sabe cómo es que las mismas operan o se ejecutan, se estará inhabilitado para construir su caso y, por consiguiente, para un ejercicio efectivo de contradicción, ya sea de acusación o de defensa.

Esto explica el porqué para las partes que litigan es un tema central de su atención el establecimiento de hechos que son *favorables* a su teoría del caso, sobre todo si entendemos que cada quien presenta la teoría de *su caso*.<sup>3</sup> Pero, establecer los *hechos favorables* para ello implica que estos y consecuentemente la prueba de los mismos que se proyecta en el ejercicio litigioso desde su diseño inicial como parte de su ofrecimiento y admisión, hasta su producción en juicio, buscan que pueda alcanzar un nivel de influencia o de convicción en el tribunal de enjuiciamiento para asumir el fallo que dictará. Es por ello que, en la práctica forense, las partes que litigan dedican mucho tiempo y esfuerzo generando y analizando la evidencia para establecer *hechos favorables* para su teoría, lo que solo puede alcanzarse a través de conocer y comprender no solo las normas reguladoras de la prueba, sino cómo es únicamente que la prueba se produce.<sup>4</sup>

El manejo de las normas reguladoras de la prueba permite a las partes que litigan poder proyectar las controversias que probablemente se suscitarán al debatir sobre la *admisibilidad* de los medios probatorios, como de las evidencias reales o materiales; o bajo cierto supuesto, las evidencias demostrativas que harán parte de su ofrecimiento en la etapa intermedia, pero también lo que podría convertirse en un

<sup>1</sup> El artículo 20 constitucional en su apartado A, fracciones II y III, se refiere al *desahogo* de la prueba. Utilizo la palabra *producir* en su lugar, pues partiendo del entendido que no existe prueba antes de juicio —salvo excepción— esta debe nacer frente al tribunal de enjuiciamiento observando los ritos procesales para ello. Y ello conlleva su producción acorde a las reglas probatorias previstas para ello.

<sup>2</sup> Ello, sin perjuicio de que la defensa opte por un ejercicio pasivo, pues aun cuando así sea, conocer y manejar las normas probatorias será lo que le permitirá ejercer control sobre la prueba de la acusación.

<sup>3</sup> Sobre los distintos conceptos de la Teoría del Caso. Vid. Moreno Holman, Leonardo. *Teoría del Caso*. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (dir. Alberto Binder). Ediciones Didot. Argentina 2012, pp. 27 a 29.

<sup>4</sup> Lilly, Graham C. *An Introduction to The Law of Evidence*. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul Minn. 187, pp. 1 a 2.

problema de *admisibilidad* en juicio.<sup>5</sup> Esto, como se ha dicho, parte de los hechos establecidos que apoyan la teoría del caso propio y mantiene, o así debiera ser, esa conexión con la evidencia que invoca cada parte como aquella que hace parte de su caso.

Conocer las normas que regulan la prueba permite a las partes que litigan, no solo asegurar un efectivo ofrecimiento de medios de prueba, como de *otros elementos probatorios favorables* a su teoría del caso, sino estar preparados para defenderlo frente a las posibles solicitudes de *exclusión probatoria* que provengan de la contraria. Pero, también, para ejercer control frente al ofrecimiento que haga la contraria de los medios de prueba y de *otros elementos probatorios* con los que pretenda sustentar su teoría del caso. Lo mismo puede afirmarse respecto *del juicio*, de las peticiones de *exclusión probatoria* de la prueba o de la defensa frente a dichas solicitudes.<sup>6</sup>

## 2. Evidencia y prueba

En un proceso penal como el acusatorio en México, antes del juicio —salvo excepción— no existe prueba.<sup>7</sup>

El legislador mexicano en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) utiliza distintos términos al referirse al ámbito probatorio con antelación al juicio. Habla así de: datos de prueba,<sup>8</sup> elementos de prueba<sup>9</sup> o de indicios, elementos materiales probatorios, evidencia, evidencia física o material, objeto,

instrumento o producto del hecho delictivo.<sup>10</sup> Estos, sin perjuicio que procesalmente tengan asignado un concepto propio, lo cierto es que como se ha dicho, ninguno se considera prueba.

A pesar de que en un acusatorio la prueba por excelencia es la declaración de personas, principalmente testigos, y de que todo aquello que pueda proporcionar información útil al proceso que no sea prueba testimonial también puede ser prueba, aunque no pueda producirse *por sí misma*, sino a través de un testigo idóneo que le *acredite* o *autentique* —tal es el caso de documentos, evidencia real o material, evidencia demostrativa con valor sustantivo y cualquiera otra que no viole derechos fundamentales—, el legislador nacional proporciona una definición de lo que considera *medios de prueba* en la que identifica o trata como tales, no solo los que propiamente así se consideran, sino a *todo elemento* que es fuente de información que permita reconstruir los hechos en el caso particular.<sup>11</sup>

En este sentido, pueden ser tenidos como *medios de prueba* propiamente dichos, la testimonial, la pericial y la confesión rendida con el cumplimiento de todo requisito para su validez y cuya producción tiene lugar mediante la declaración del testigo, del testigo experto, o del imputado o acusado.

Por otro lado, es dentro de la referencia a *elementos de prueba* que también utiliza, que quedan incluidas las llamadas: evidencia real o material (un arma de fuego recolectada en el lugar de intervención; un cadáver); la evidencia documental<sup>12</sup> (una carta; una

<sup>5</sup> La admisibilidad de la que se ocupa la audiencia intermedia no es la misma que debe ser analizada en el juicio. Aquella está dirigida a depurar lo que las partes pretenden que vaya a juicio con vocación de convertirse en prueba. Esto es, su objeto no es la prueba, sino la evidencia con vocación de convertirse en prueba, mientras que, la segunda, se pronuncia sobre la prueba. Ambas existen y surten sus efectos en distintos momentos del proceso.

<sup>6</sup> *Vid.* artículo 354 primer párrafo última parte del CNPP.

<sup>7</sup> *Vid.* artículo 20 constitucional apartado A, Fracción III; 259 tercer párrafo y 320 ambos del CNPP.

<sup>8</sup> En el artículo 261 segundo párrafo del CNPP, el legislador define lo que entiende por dato de prueba como: la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

<sup>9</sup> El artículo 261 del CNPP refiere a los medios o *elementos de prueba* como toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos, y no obstante que parece equiparar ambos conceptos, puede sostenerse que no es así, pues el mismo legislador en diversos preceptos utiliza el concepto de elementos de prueba claramente diferenciado del de medio de prueba; así, por ejemplo, en los artículos 109, Fracción XIV del CNPP (Derechos de la víctima u ofendido) en que se refiere a *elementos de prueba pertinentes*; el diverso 169 I CNPP (Peligros de obstaculización del desarrollo de la investigación), que refiere a *elementos de prueba*; el 227 segundo párrafo (Cadena de custodia) que alude a *elementos materiales probatorios*.

<sup>10</sup> Véanse los artículos 227 y 228 del CNPP.

<sup>11</sup> En el artículo 261 segundo párrafo CNPP el legislador define lo que entiende por medios de prueba como sigue: Los *medios o elementos de prueba* son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

<sup>12</sup> Aunque la prueba documental se considere un medio de prueba, ya que, en un acusatorio como el mexicano, ningún documento se desahoga ni por propia naturaleza, ni se puede producir en juicio sin ser acreditado o autenticado por un testigo idóneo. Entonces, para nosotros los documentos no subsisten en sí mismos como prueba, sin un testigo que los acredite.

## Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa

escritura pública); la evidencia demostrativa —cuando esta tiene valor sustantivo—<sup>13</sup> (una fotografía que muestra el momento de comisión del delito), así como otro tipo de evidencias que las partes podrían utilizar siempre que no afecten derechos fundamentales (por ejemplo, experimentos, inspección judicial).<sup>14</sup>

Distinguir entre *medios de prueba* y *elementos de prueba* permite a las partes no solo tener claridad respecto de las normas que regulan la prueba, sino en la elaboración y conducción de su estrategia para ofrecerlas y argumentar su *pertinencia*; asimismo, para resistir los ataques frente a la solicitud de su exclusión, pero también para ejercitar sus peticiones de exclusión probatoria respecto de las ofertadas por el contrario. *Los medios de prueba, así como los elementos de prueba deben ser ofrecidos por separado y así admitidos, para que su producción pueda tener lugar en juicio.*

Estos *elementos de prueba* que refiere el legislador procesal penal, que son *otros elementos probatorios* distintos de los *medios probatorios* propiamente dichos, y estos últimos en realidad pueden ser tratados bajo un único concepto que permite distinguir con nitidez lo que no es prueba y que existe antes de juicio, de lo que es prueba y nace en juicio.

Este concepto es el de *evidencia*, ya que, en un lenguaje acusatorio como el que puede utilizarse en el proceso penal mexicano, antes de juicio y antes de que la prueba sea producida, todo aquello que puede aportar conocimiento respecto de los hechos, como de la probable responsabilidad del imputado o

acusado es justamente eso: *evidencia*, pues la prueba no es sino el resultado de la evidencia, siendo la evidencia el medio para realizar la prueba.<sup>15</sup>

Así, cuando en juicio se han cumplido las reglas para su producción y el tribunal de enjuiciamiento *declara su admisibilidad* como prueba y la incorpora al proceso, la *evidencia se convierte en prueba* y se detona el *principio de comunidad de la prueba*, al ser ingresada al proceso para ser valorada, pudiendo las partes hacer uso de la misma para el interés de su caso.<sup>16</sup>

Así, por ejemplo, un indicio como lo fue un arma de fuego recolectada en el lugar de intervención es evidencia que aporta conocimiento relacionado con la muerte de Pedro y la probable responsabilidad de Juan de quien se dice le disparó, pero no será prueba hasta que se escuche a Juan en juicio, el arma sea identificada, se acredite que fue utilizada para matar a Juan y se acredite que fue Pedro quién la accionó para ello. A su vez, dicha arma podrá ser ya objeto de valoración y prevalerse de la misma las partes.

### 3. La Pertinencia

En un modelo adversarial como el mexicano, son las partes las que se obligan a hacerse de las pruebas que habrán de presentar para su teoría del caso,<sup>17</sup> como a realizar su correcto ofrecimiento y producción. Esto no quiere decir, aun en el caso de defensas afirmativas,<sup>18</sup> que el Ministerio Público pierda la carga de probar.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> La evidencia demostrativa tiene valor sustantivo cuando, sin perjuicio de la declaración de un testigo que la acredite y que resulta indispensable, tiene valor independiente por mostrar en sí algún dato sobre el delito.

<sup>14</sup> *Ibid.* artículo 388 CNPP.

<sup>15</sup> Garner, Thomas J. y Andersen, Terry M. *Criminal Evidence. Principles and Cases*. Seventh Edition. Wadsworth Cengage Learning, United States, 2010. p. 66.

<sup>16</sup> Tirado Hernández, Jorge. *Curso de Pruebas Judiciales. Parte General*. T. I. Ediciones Doctrina y Ley LTDA Bogotá, 2006, p. 219, refiere que consiste en que la prueba no pertenece y solo beneficia a quien la aporta o a quien la introduce, sino que luego de aducida pasa a ser integrante de la comunidad procesal. Esto es, que la prueba aportada por una parte puede resultar favoreciendo o beneficiando al adversario.

<sup>17</sup> Respecto del deber de la defensa de obtener las pruebas para su caso, el artículo 117, fracción VI del CNPP dispone como una de las obligaciones del defensor: Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa. Como se refiere en Broun, Kenneth S, *et al*, *McCormik on Evidence*. Sixth Edition. Thomson West 2006, § 184, en las reglas de evidencia, la verdad importa. Para facilitar el juzgamiento basado en una fiel comprensión de los hechos, el sistema de prueba presupone que las partes deben presentar a la Corte o al jurado toda la evidencia soporte las cuestiones que deberán ser decididas (traducción del autor).

<sup>18</sup> Se considera una defensa afirmativa aquella en que la defensa argumenta la existencia de una causa de exclusión del delito, por lo que se obliga a probarla sin que ello implique que el Ministerio Público pierda su deber de probar más allá de duda razonable el delito imputado y la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, aun cuando la defensa alegue que Juan mató a Pedro en legítima defensa y quede a cargo de la misma acreditar esos extremos, esto no releva al Ministerio Público de probar la muerte de Pedro causada por Juan.

<sup>19</sup> Acorde a los artículos 20, apartado A, fracción V y 21 constitucionales, el Ministerio Público tiene —salvo delitos de acción privada— la carga de probar, debiendo cumplir con un estándar de más allá de la duda razonable como lo dispone el artículo 402 tercer párrafo CNPP para lograr un fallo condenatorio.



Asiste a las partes un *principio de libertad probatoria* que implica que cada una puede probar su caso como lo quiera, siempre que los medios probatorios y los elementos de prueba que ofrezcan para ello sean en principio *pertinentes*, pero a la vez sean producidos en juicio, según las normas probatorias aplicables, y admitidos e incorporados de esa manera como pruebas.<sup>20</sup> Por ello, las partes están impedidas de llevar a juicio como prueba cualquier cosa que consideren les asiste a su teoría del caso, pues es el mismo sistema el que limita esa libertad probatoria bajo ciertos condicionamientos (por ejemplo, cuando la prueba obtenida es ilícita).

Esto quiere decir que la ley restringe la *admisión* de los medios probatorios y otros elementos de prueba, es decir, la evidencia, a todo aquello que es *pertinente*. Lo que no lo es, no se admite.

La *pertinencia* es un requisito indispensable, aunque no suficiente para la *admisión* de medios de prueba y elementos probatorios —documentos y evidencia real o material y, en ocasiones, evidencia demostrativa— que ofrezcan las partes en la etapa intermedia.<sup>21</sup> De hecho, la prueba sobre la *pertinencia* es el punto de partida para decidir sobre su *admisibilidad*. Esto quiere decir que, si no existe *pertinencia* en la evidencia que se ofrece, esta no se admite. Por ello, el primer *test* —aunque no el único— que se debe cumplir para la *admisibilidad* de los medios de prueba y otros elementos probatorios es que se justifique el porqué son *pertinentes* a los hechos en controversia, ya sea para probarlos o desacreditarlos, y ello supone un *test* sobre el valor probatorio que dicha evidencia aportaría.

En otros términos, *pertinencia* es la que arroja luz sobre los hechos en controversia, es decir, la que tiene algún valor probatorio para establecer o inferir hechos en controversia.<sup>22</sup>

Este requisito indispensable para la admisibilidad de medios de prueba, como de otros elementos de

prueba, se manifiesta inicialmente en la etapa intermedia, que es la prevista para depurar los hechos y la prueba que se pretende vaya a juicio,<sup>23</sup> siendo el momento natural para que dicho ofrecimiento verdaderamente tenga lugar, la audiencia intermedia.<sup>24</sup>

El CNPP no proporciona un concepto de *pertinencia*, pero el mismo y sus elementos pueden ser extraídos de la interpretación que se haga a la ley. En su artículo 346, el CNPP prevé las causas de exclusión de los medios de prueba para la audiencia de debate, lo que supone su previo ofrecimiento por las partes en la audiencia intermedia y el debate argumentativo que justifique por qué deben ser admitidos —por ello el legislador se refiere a haber escuchado a las partes— como otra condición previa a pronunciarse sobre su exclusión. Con una clara falta de técnica, el legislador utiliza un lenguaje en sentido negativo del que se extrae la noción de *pertinencia* al referir lo que se ha de excluir de ser rendido en la audiencia de juicio serán los medios de prueba *que no* se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para establecer los hechos controvertidos. La exclusión de la evidencia ofrecida es sobre su admisión, no sobre su ofrecimiento.

De ello, tenemos que el que la evidencia sea *pertinente* quiere decir que debe tener relación directa o indirecta con los hechos del proceso que tienda a *acreditar* o *desacreditar*, en forma directa o inferencial, el hecho principal —*factum probandum*— o los hechos accesorios —indicios— por los que se sigue el mismo, como la probable responsabilidad del acusado.

En otros términos, la *pertinencia* de la prueba se contrae a que el hecho que se pretende demostrar con ese medio tenga relación con los hechos que se debaten o discuten en el proceso, o sea, el tema probatorio.<sup>25</sup> No es necesario que la evidencia ofrecida acredite, sino que basta con que de forma probable pueda acreditar o desacreditar los hechos a los que

<sup>20</sup> Vid. los artículos 356 y 357 CNPP.

<sup>21</sup> La pertinencia es también un requisito que debe satisfacer la prueba en juicio para ser admitida e incorporada al proceso como tal.

<sup>22</sup> El CNPP en su artículo 346 fracción I, inciso b) considera impertinente la evidencia que no se relaciona con los hechos controvertidos.

<sup>23</sup> Vid. artículos 334 a 347 CNPP.

<sup>24</sup> Si bien, conforme al artículo 335, fracciones VII, VIII y X del CNPP, el Ministerio Público aduce en su escrito de acusación los medios probatorios y la evidencia real o material que pretende llevar a juicio, en verdad, el ofrecimiento de los mismos cobra lugar y solo tiene sentido en la audiencia intermedia en que el mismo es reiterado, pero debiendo sustentarse su pertinencia con sumisión al debate contradictorio con la defensa. Para esta, acorde al artículo 340, fracciones I y II del CNPP, dicho ofrecimiento, si bien puede acontecer mediante escrito antes de la audiencia intermedia, en realidad es práctica común y estratégicamente más correcto que se lleve acabo en la propia audiencia intermedia de forma oral, sustentándose ahí su pertinencia.

<sup>25</sup> Vid. Caicedo Suárez, José Hilario. *El Proceso Penal Acusatorio en Colombia*. Universidad Libre. Bogotá, 2015. p. 359.

está dirigida, pues es claro que al no exigirse un estándar probatorio en condena de más allá de la duda razonable, lo que se busca es que la evidencia tenga una tendencia a hacer más o menos probable el hecho que quiere acreditar o desacreditar. Estos hechos no pueden ser cualquiera, sino hechos que tienen consecuencias legales en el caso, de ahí que hechos que no las tienen *carecen de pertinencia* (por ejemplo: si el auto de Juan estacionado en vía pública es robado mientras este visitaba a su amante; ninguna *pertinencia* tiene que su novia le dejara la cara marcada de lápiz labial mientras Pedro robaba su auto, para el proceso del ladrón Pedro detenido por robo de dicho vehículo).

Si bien, la evidencia se ofrece para acreditar o desacreditar tales hechos, en realidad ambos, recaen sobre las *proposiciones fácticas* respecto de las cuales la evidencia ofrecida está dirigida a acreditar o desacreditar. Siendo así, cuando se ofrece una evidencia para acreditar las circunstancias anteriores, posteriores y concomitantes a los hechos —lo cual es usual en los ofrecimientos de medios de prueba que realizan los ministerios públicos—, ello carece de *pertinencia*, pues en su ofrecimiento debe hacerse precisión sobre la relación probatoria de la evidencia que se ofrece con los hechos, esto es, debe precisarse el objeto de su ofrecimiento para poder decir sobre su *pertinencia*.

La evidencia debe tener valor probatorio respecto de los hechos en controversia para ser *pertinente* y, por tanto, admisible. De ahí que, si la evidencia carece de valor probatorio para acreditar o desacreditar el hecho en controversia al que se dirige, no será *pertinente*.

La *pertinencia* tampoco es una característica inherente a la evidencia, sino que existe como una relación entre la evidencia y la *proposición fáctica* que se debe probar. Entonces, no habrá *pertinencia* si la evidencia ofrecida no tiene relación probatoria con la *proposición fáctica* a la cual se dirige, como tampoco si esa *proposición fáctica* no necesita de ser acreditada o desacreditada.<sup>26</sup>

Para que exista *pertinencia*, la *proposición fáctica* a la cual se dirige la evidencia debe tener relación con la ley penal sustantiva que se aplica al caso, esto es, debe tender a establecer la existencia o inexistencia más o menos probable de alguno de los elementos relacionados con la acusación o la defensa que derivan o se interrelacionan con dicha ley sustantiva penal,<sup>27</sup> o lo que es lo mismo, debe existir una relación probatoria entre la evidencia que es ofrecida y la *proposición fáctica* a la que se dirige de acuerdo con la ley penal que aplica.

Por ejemplo: si se acusa un delito equiparable al abuso de confianza por ilegítima retención y se ofrece como medio de prueba un contrato de compra-venta, este documento es inconsecuente para acreditar el elemento de la retención ilegítima por el comprador, pues en el caso el retenedor posee la cosa a título de dueño, por lo que dicha evidencia debe ser excluida; o si se ofrece una evidencia para acreditar que Juan agredió a Pedro apuñalándolo por la espalda porque lo confundió con Ricardo, a quién quería matar. Dicha evidencia debe ser excluida, pues el error en la persona no elimina el carácter doloso de la conducta de Juan, por la muerte de Pedro, a quién no conocía por confundirlo con Ricardo.

A su vez, la credibilidad de los testigos siempre es *pertinente*.<sup>28</sup> El aspecto que soporta la credibilidad de los testigos es evidente, pues lo que se espera en un juicio es que ingrese información verdadera y útil y no información constreñida bajo interés (como por ejemplo: motivada por razones de odio, venganza, recompensa, amor, etcétera) o sustentada en deficiencias del testigo (como por ejemplo: algún tipo de disminución o incapacidad en sus sentidos; incapacidad para recordar; errores de percepción, etcétera).

Respecto a la *utilidad* del medio probatorio o elemento probatorio ofrecido, como otra exigencia del legislador mexicano para no excluir su admisión,<sup>29</sup> además de su *impertinencia*, esta atiende al carácter *superfluo* que la evidencia puede tener.

<sup>26</sup> Vid. para el Derecho anglosajón de los Estados Unidos, Waltz, Jon R. y Park, Roger C. *Evidence. Cases and Materials*. Updated Tenth edit. Foundation Press. Thomson West, 2005. p. 75.

<sup>27</sup> Lilly, *ob. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>28</sup> Chiesa, Ernesto. *Derecho Probatorio. Repaso Intensivo para la Reválida Estatal*: 2014. (revisión y actualización Prof. Vivian I. Neptune Rivera). Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Fideicomiso para la Escuela de Derecho. p. 7.

<sup>29</sup> Artículo 346 segundo párrafo CNPP en su parte conducente dice: "...medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles..."

Esto ocurre si se considera que existe suficiente evidencia para acreditar cierto hecho, deja de ser útil otra evidencia con la que se pretende probar lo mismo. Por ejemplo: en un delito de fraude en el que la conducta engañosa ha precedido a la operación pactada; si se ha ofrecido y admitido para acreditar esa relación el contrato que le dio origen, como la testimonial de quienes lo suscribieron, y documentos que acreditan transferencia de pago; resulta *superfluo* que se ofrezca además una prueba pericial sobre las firmas de dichos testigos siendo que estos declararán en juicio sobre esa operación y se manifestarán sobre el aludido contrato, que a la vez será prueba en juicio; o en juicio que esa pericial sea producida si sus firmas y el contrato ha sido identificado y reconocido por aquellos.

Lo mismo acontece cuando la prueba en juicio está de más, al buscar abundar sobre lo que ya está suficientemente establecido o demostrado. Por ejemplo: que ante el tribunal se hayan producido pruebas periciales como en topografía y criminalística, y documentales —plano, fotografías— para acreditar la existencia del lugar de los hechos; sus características; lo que le rodea, etcétera, y se quiera aún producir una inspección judicial que no arrojaría mayor información. El hecho que se quería demostrar ya estaría suficientemente probado y, por lo mismo, la práctica de la inspección judicial resultaría inútil por *superflua*.<sup>30</sup>

Para el legislador mexicano, una de las causas para excluir evidencia en la audiencia intermedia es su

*impertinencia*, la cual se presenta en distintos supuestos:

- 1) Si los medios probatorios y otros elementos de prueba ofrecidos por las partes no se refieren a los *hechos controvertidos*<sup>31</sup> entre las partes, que no pueden ser otros que los que han sido objeto de la investigación y que, al menos hoy, para el proceso penal mexicano son aquellos precisados en el auto de vinculación a proceso.<sup>32</sup> Por ejemplo: las partes acuerdan que Pedro disparó sobre María con la pistola calibre .38 súper que se recolectó en el lugar de los hechos, entonces, la defensa de Pedro no podría pretender ofrecer como medio probatorio la prueba pericial en balística para acreditar el estado de uso del arma.
- 2) Será también impertinente la evidencia que no tiene valor inferencial o probatorio para establecer el hecho que se pretende probar. Por ejemplo: si se ofrece como evidencia un mechón de cabello rubio como el del posible delincuente Juan, cuando Juan es afroamericano y su cabello es negro y rizado. No existe ni evidencia directa, ni se puede inferir que Juan haya sido el ladrón, entonces el medio probatorio así ofrecido es impertinente.
- 3) Cuando lo que se pretende probar es inconducente.<sup>33</sup> Por ejemplo, si Juan suplica a su ami-

<sup>30</sup> *Ibid.* los comentarios de Tirado Hernández. *ob. cit.*, pp. 250 a 253.

<sup>31</sup> Artículo 346, fracción I, inciso b) CNPP. *Vid.* Blanco Suárez, Rafael, et al. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. 4ta. Ed. LexisNexis. Chile. 2006. p. 123, que consideran a la prueba manifiestamente impertinente cuando se refiere a hechos o circunstancias que nada tienen que ver con aquellas que son objeto de controversia por los intervinientes y de interés para el tribunal encargado de resolver el conflicto penal.

<sup>32</sup> Artículo 19 constitucional. Esta es una de las incongruencias de la normativa mexicana en tanto el auto de vinculación a proceso no es algo que se justifique conforme a la sistemática del proceso, pues entre otras razones, hace incongruente el que deba desplazarse el ejercicio de la acción al judicializar el caso y no así en el escrito de acusación, lo que para efectos del análisis de pertinencia haría más congruente la fijación de los hechos que deberían ser aquellos por los cuales se acuse y no, los que se fijen en el auto de vinculación a proceso.

<sup>33</sup> Chiesa... *Derecho Probatorio*. p. 7., al referirse a que el hecho que se pretende probar sea incosecuente, lo hace respecto de uno de los elementos de la noción de la relevancia, esto es, la materialidad. El mismo Chiesa en, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Vol. II. Reimpresión. Forum 2008. pp. 39 y 40 y nota a pie 53, sobre el concepto de materialidad (materiality), refiere su difícil traducción al castellano y lo destaca como un término no aceptado en castellano, sugiriendo que el mismo puede ser sustituido por el de relevancia (subrayado añadido). Acorde con McCormik on Evidence, *idem*, existen dos componentes para que la evidencia sea relevante: que sea material y su valor probatorio. La materialidad se refiere a que exista correspondencia entre la evidencia y el caso. Mira a la relación entre las proposiciones para cuya prueba fue ofrecida la evidencia y las cuestiones en el caso. Si la evidencia es ofrecida para auxiliar a acreditar una proposición que no es algo cuestionable en el caso, la evidencia es inmaterial (traducción del autor). Fisher, George. *Evidence*. Second Edition. Thomson/Foundation Press, 2008, p. 18, refiere para los Estados Unidos, que una evidencia sea *relevante*, quiere decir dos cosas: primero, que debe ser *material*, es decir, que debe soportarse sobre un hecho que es consecuente con la determinación de la acción y, segundo, que la evidencia debe tener una tendencia a hacer más o menos probable el hecho, que lo sería sin esa evidencia, siendo en el common Law este concepto el que toma el nombre de relevancia (traducción del autor). *Vid.* Sobre la inclusión del término *relevancia* dentro del más amplio *pertinencia*, véase con anotación al Derecho de Puerto Rico, Batista Ortiz, Elpidio. *El Abogado Defensor Puertorriqueño*. Situm, 2007, pp. 247-248, la palabra inmaterial es una acepción forense anglicana e incorrecta en español, cuyo sentido en inglés es para

go Pedro que le dispare porque ya no aguanta vivir más sin su novia que le ha dejado y Pedro le mete tres tiros privándolo de la vida. La conducta aparentemente piadosa de Pedro no es sino un homicidio. Así, Pedro no podría pretender ofrecer como medio de prueba para acreditar que nunca quiso matar a Juan y que por ello no es homicida, la grabación de la voz de Juan que realizó Pedro en su teléfono móvil cuando los hechos sucedieron, pues dicha grabación es inconducente para acreditar que el homicidio no existió. O, si el padre acusado de haber violado a su hija menor de 12 años ofrece como elemento de prueba una cartita que ella le escribió, autorizándolo para llevar a cabo ese acto, esa evidencia es impertinente, ya que tiende a demostrar que la niña consintió, cuando su consentimiento es irrelevante según la ley penal.

Dado que al acudir a una audiencia intermedia —salvo excepción— no existirá prueba, sino que las partes deberán hacer su ofrecimiento de medios de prueba y otros elementos probatorios ante el Juez de Control tales como evidencia real o material, documentos, evidencia demostrativa con valor sustancial y otro tipo de evidencias, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Para resolver sobre la *pertinencia* de los mismos, son tres los elementos que el juzgador habrá de considerar: **1)** la argumentación de las partes sustentando la *pertinencia* de la evidencia que ofrece o la *impertinencia* de la que solicita su exclusión —de ahí que el legislador refiera a la obligación del juez de haber escuchado a las partes—; **2)** la observancia de las reglas probatorias y **3)** la ley sustantiva

penal aplicable al caso.<sup>34</sup> En el juicio, también la *pertinencia* debe quedar colmada para que se admita la evidencia como prueba y se incorpore al proceso de esa manera.

Como se dijo, la *pertinencia* es un requisito indispensable pero no suficiente para admitir los medios de prueba como los elementos probatorios que las partes ofrecen en la audiencia intermedia. Existen entonces casos en los que, a pesar de que la evidencia posee valor probatorio para la controversia, esta es excluida en su admisibilidad porque la exclusión se sustenta en disposiciones constitucionales o legales.<sup>35</sup> Se trata de excepciones bajo las cuales, aun siendo la evidencia ofrecida *pertinente*, no es admisible. Este es el segundo nivel de análisis que debe ser atendido para el ofrecimiento de medios de prueba y de otros elementos probatorios en la audiencia intermedia.

Dichos supuestos se sustentan: **a)** en razones de exclusión probatoria cuyo fundamento es una disposición constitucional o una disposición legal; **b)** en supuestos que obedecen a criterios sustentados en el poco valor que puede tener la evidencia respecto de los supuestos bajo los cuales se excluye, y **c)** por razones de protección a la víctima de conductas sexuales.

#### *a) Razones de exclusión probatoria sustentadas en una norma constitucional o legal.*

El constituyente permanente ha previsto, como un principio que rige en el proceso penal mexicano, que no se concederá valor a ninguna prueba obtenida violando derechos fundamentales.<sup>36</sup> Esta cláusula contempla la base normativa de la llamada prueba ilícita,

significar que la prueba ofrecida está dirigida a probar algo que no está propiamente en controversia o que no tiene relación con la credibilidad de un testigo, por lo que el término “material” ha sido abandonado por las Reglas de Evidencia de Puerto Rico incorporando su contenido en la definición amplia de la Regla 18, pues los términos relevante-irrelevante y material-inmaterial son diferentes, ya que una prueba puede ser relevante (primer aspecto de la pertinencia) y ser aún así inmaterial (segundo aspecto de la definición de pertinencia, que atañe a: relación con una cuestión en controversia o con la credibilidad de algún testigo declarante). De ahí que ambos conceptos queden subsumidos bajo el nombre común de pertinencia y así, cuando se dice que una prueba es impertinente, se incluyen ambos conceptos (subrayado añadido).

<sup>34</sup> Así por ejemplo, si lo que se pretende es acreditar el derecho de propiedad del arrendador respecto de un inmueble dado en arrendamiento en una acusación por delito de despojo que formula a su inquilino porque no le devuelve el inmueble frente al retraso de pago de una renta; siendo que el despojo protege como bien jurídico la posesión, no habría pertinencia desde el Derecho Penal Sustantivo para la admisión del medio de prueba que pretende acreditar el derecho de propiedad. La pertinencia no solo tiene relación con el Derecho Procesal aplicable, sino también con el Derecho Sustantivo.

<sup>35</sup> En los Estados Unidos, las Reglas Federales de Evidencia. Fed.R.Evid. 42, prevén dicha exclusión al establecer: All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution...by act of the Congress (or) by these rules ...Evidence which is not relevant is not admissible. Vid. WALTZ/PARK, *idem*, sustentan dicha exclusión siempre que exista una base clara en la ley que excluya esa admisión.

<sup>36</sup> Artículo 20 Constitucional apartado A, fracción IX y, 97 y 357 parte primera del CNPP.

cuya consecuencia es no otorgar valor probatorio a la prueba obtenida violando directa o indirectamente derechos fundamentales.<sup>37</sup> Se trata de prueba prohibida.

El texto constitucional posibilita poder invocar la exclusión de medios de prueba, evidencias y/o elementos materiales probatorios frente a la violación de derechos fundamentales en que la autoridad incurra. Por ejemplo, derivado de evidencia que se obtiene estando una persona detenida ilegalmente o de registros ilegales en domicilios o confesiones obtenidas sin presencia de abogado defensor o bajo coacción sea cual fuere esta, etcétera.

Bajo este supuesto, podrá conocerse u obtenerse evidencia relacionada directa o indirectamente con los hechos en controversia y, por ello, ser considerada *pertinente* por su valor probatorio al caso. No obstante, la *pertinencia* no basta, pues si bien es un requisito indispensable para la admisión de la evidencia, también lo es que no es suficiente para alcanzar esa

admisión, pues para ello es necesario que además no exista causa alguna por la cual deba ser excluida. Al respecto, el CNPP excluye la admisión de medios de prueba obtenidos violando derechos fundamentales.<sup>38</sup>

Por otro lado, el CNPP busca preservar que lo que se ha producido como prueba en juicio observe los ritos legales para ello, pues de lo contrario, la prueba admitida de esa manera se considera ilegal y así no es susceptible de valoración.<sup>39</sup> Según las normas que rigen la prueba, en caso de que el órgano jurisdiccional declare la nulidad de un medio probatorio y/o de un elemento material probatorio, estos no pueden ser utilizados ni invocados en el proceso.<sup>40</sup> Tampoco se podría ofertar la información surgida de salidas alternas fracasadas ni de un procedimiento abreviado fallido,<sup>41</sup> ni ofrecer ni llevar a cabo la lectura e incorporación de registros de la investigación y documentos que den cuenta de actuaciones de la Policía o el Ministerio Público en la investigación, salvo por excepción.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Sobre dicha cláusula y la admisión de la teoría de la prueba ilícita por violación directa o indirecta —fruto del árbol envenenado— es ilustrativa la Tesis de la Primera Sala del máximo Tribunal cuyo rubro es: PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. Amparo Directo en Revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Novena Época. Registro: 161221. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXIV, Agosto de 2011, Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CLXII/2011. Página: 226. Igualmente, sobre el estatus que precedió en la normativa nacional de corte acusatorio en los distintos códigos procesales penales de las entidades federativas que la regularon, véase Félix Cardenas, Rodolfo, en el Prólogo a la 1ª edición mexicana de la obra de Miranda Estrampes, Manuel. *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*. UBIJUS, 2013; así como la sería crítica a la reciente doctrina que ha asumido el Poder Judicial de la Federación en México, como se aprecia de la tesis con rubro PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. Amparo en Revisión 338/2012. 28 de enero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de la Rea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Mena. Ponente: Alfredo Gutiérrez Mena. Secretaria Karla I. Quintana Osuna, y la diversa PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO. Época: Décima Época. Registro: 2010454. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo IV. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: 1.5o.P. 42 P (10a.). Página: 36, del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, pues, no obstante que el legislador constituyente ha previsto para el Derecho mexicano una cláusula cerrada que impide la invocación y aplicación de las llamadas excepciones al fruto del árbol envenenado. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 2015, estando ya vigente el texto de la fracción IX del Apartado A, del artículo 20 constitucional que niega otorgar valor a cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, unánimemente reconoció que, sin perjuicio de considerar ilícita la prueba así obtenida, ello encontraba límites que harían que esa exclusión fuera inoperante; refiriendo como tales al vínculo atenuado, a la fuente independiente y al descubrimiento inevitable con exigencia de la aplicación del estándar para cada una de esas excepciones en cada caso concreto y, el referido Noveno Tribunal Colegiado de Circuito parafraseando el Caso Wong Sun vs. U.S. (1963), introdujo sin justificación al ordenamiento mexicano la distinta excepción de *conexión de antijuridicidad*; crítica que se recoge en el Capítulo de Introducción de Miranda Estrampes, Manuel. *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*. UBIJUS. 2017, y en Félix Cardenas, Rodolfo. Prólogo a la 2ª edición mexicana de la obra en cita.

<sup>38</sup> Artículo 346, fracción II CNPP. Véase igualmente el artículo 357 parte primera del CNPP, que niega el valor probatorio a la prueba, si se ha obtenido violando derechos fundamentales.

<sup>39</sup> Artículo 357 CNPP.

<sup>40</sup> Artículo 97 CNPP. A su vez, el artículo 346, fracción III CNPP, considera como una causa de exclusión de los medios de prueba, cuando han sido declarados nulos. *Vid.* Blanco Suárez *et al.*, *ob. cit.*, p. 124, son pruebas o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, por lo que se entien que se requiere de una resolución judicial previa que haya declarado nula la diligencia en la que se obtuvo la evidencia.

<sup>41</sup> El artículo 384 CNPP prohíbe invocar, leer, admitir o desahogar como medio de prueba al debate cualquier antecedente realcionado con una suspensión condicional de proceso, un acuerdo reparatorio, o procedimiento abreviado.

<sup>42</sup> Artículo 385 CNPP.



## Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa

El CNPP excluye la admisión de dichos medios de prueba, pues sin ello contravendría las disposiciones relativas al desahogo de la prueba.<sup>43</sup>

*b) Razones de exclusión probatoria basadas en criterios sustentados en el poco valor que puede tener la evidencia respecto de los supuestos bajo los cuales se excluye.*

A pesar de que en el caso en realidad dichas evidencias, no obstante ser *pertinentes*, se excluyen más bien en razones inspiradas en no retardar el curso del proceso (se trata de supuestos de prueba acumulativa, esto es, que se consideran sobreabundantes<sup>44</sup>) que el legislador refiere respecto de la prueba documental y testimonial, pero también a diversos medios de prueba del mismo tipo, que no sean testimonial, ni documental. Agregando para todos ellos que acrediten lo mismo, *ya superado, en reiteradas ocasiones*.

La regulación es desafortunada, pues si el medio probatorio apenas se ofrece para su admisión, no pudo ya haber superado en reiteradas ocasiones lo que con el mismo se pretende acreditar. Se confunde aquí la exigencia de *utilidad* de la evidencia, necesaria para ser tenida como *pertinente* y que, como se ha dicho, se relaciona con lo *superfluo* de la misma, con el verdadero fin de esta exclusión, que es evitar dilaciones en juicio al permitir que evidencia *pertinente* no sea admitida. Y es que lo que se busca es que no se ofrezcan en demasía medios probatorios del mismo tipo para acreditar o desacreditar el mismo hecho.

Si existe sobreabundancia, el juzgador dispondrá que las partes reduzcan el número de testigos o documentos ofrecidos para acreditar el mismo hecho o

circunstancia a probar, quedando en las mismas seleccionar qué medios de prueba o elementos de prueba serán mantenidos en su ofrecimiento.<sup>45</sup>

Igualmente, se busca para evitar un efecto dilatorio, no admitir la prueba referente a hechos que son del todo conocidos (son los casos en que su admisión se considera innecesaria<sup>46</sup>) y, por ello, al ser de conocimiento público carecen de *pertinencia* para el tribunal.<sup>47</sup> El CNPP prevé dicha exclusión probatoria al ser los medios de prueba o los elementos de prueba ofrecidos innecesarios por ser hechos públicos, notorios o *incontrovertidos*.<sup>48</sup>

*c) Por razones de protección a la víctima de conductas sexuales.*

Por último, el legislador excluye los medios de prueba que se ofrezcan sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, en caso de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual.

No solo se busca evitar la exposición de las víctimas de estos delitos en la sala de audiencias, sino que se parte de la premisa que el consentimiento otorgado por una persona para relacionarse una ocasión sexualmente con otra no es evidencia digna de ser atendida en una época en la cual se puede presumir que una mujer libremente escogerá sus parejas y rechazará a otras sobre la línea de altos estándares que no se pueden generalizar.<sup>49</sup>

En este tipo de delitos, el legislador limita la prueba dirigida a acreditar la conducta sexual anterior o posterior de la víctima —por ejemplo, que ejerce la prostitución—, lo que quiere decir que excluye la

<sup>43</sup> Artículo 346, fracción IV CNPP, con relación a los diversos 384 y 385 del CNPP.

<sup>44</sup> El artículo 346, fracción I. a) CNPP, considera que el medio de prueba es *sobreabundante*: por referirse a diversos medios de prueba el mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones. Blanco Suárez *et al*, *ob. cit.*, p. 123, la prueba es superabundante y/o dilatoria si se trata de medios probatorios ofrecidos por los intervinientes que, a juicio del tribunal solo tienen por finalidad alargar el curso del procedimiento, sin que su rendición constituya un aporte real a la formación de la convicción del tribunal.

<sup>45</sup> Artículo 340 penúltimo párrafo CNPP.

<sup>46</sup> El artículo 346, fracción I. c) CNPP, considera que el medio de prueba es *innecesario*: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos.

<sup>47</sup> *Vid.* Blanco Suárez *et al*, *idem*.

<sup>48</sup> Nuevamente, se aprecia confusión en el legislador, pues si los hechos no están en controversia se excluyen por impertinentes.

<sup>49</sup> *Vid.* Park, Roger C., Leonard, David P. y Goldberg, Steven H. *Evidence Law. A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*. Second Edition. Thomson West. 2004, pp. 152 y 153, refiriendo ello, como parte de un movimiento de reforma impulsado por grupos mujeres y oficiales de la ley, y que en casi todos los Estados y el Congreso de los Estados Unidos se adoptó en los años 70 la llamada legislación del escudo protector contra violaciones “rape shield legislation” que limita el uso de evidencias de relaciones sexuales previas, en casos de agresiones sexuales (traducción del autor).



prueba de su comportamiento sexual, como de su reputación sexual para acreditar o inferir que en la ocasión de los hechos motivo de acusación habría consentido su realización. Sin embargo, ello no quiere decir que la prueba en estos casos esté vedada, solo está limitada bajo los referidos supuestos, siendo procedente la misma para acreditar que en el hecho particular se trató de una relación sexual consentida. De hecho, las defensas más comunes en casos como estos son el consentimiento de la víctima o el error en la identificación del agresor.

Se acepta la evidencia respecto de la existencia de una relación previa sostenida entre la víctima y el acusado —como matrimonio, concubinato, noviazgo, etcétera— que acreditará su pasado sexual con el acusado, no con terceros (en ocasiones ello podría permitir inferir el consentimiento en la relación sexual), como también la evidencia es admisible si se ofrece para acreditar otros aspectos tales como explicar las consecuencias físicas de la violación (por ejemplo: que la víctima esté golpeada y pinchada por suministro de droga al ser violada y el acusado no use drogas); la presencia de semen en la víctima (por ejemplo, para acreditar que no pertenece al acusado a través de la práctica de prueba pericial); prueba de embarazo (por ejemplo, para acreditar que el acusado no fue quién le preñó producto de la violación acusada y, por ello, que él no la violó, ya sea por el tiempo de evolución que tiene el embarazo que coincida con que el acusado se encontraba en otro lugar en la fecha de los hechos o el tipo de sangre del producto del embarazo no acredite la paternidad del acusado); enfermedad venérea (por ejemplo, para acreditar que la víctima la tiene al ser contagiada con motivo de la violación que acusa y el acusado no); evidencia para acreditar la existencia de un motivo para fabricar el hecho (por ejemplo, para extorsionar al acusado, o para generar una coartada), etcétera.<sup>50</sup>

#### 4. Acreditación o Autenticación

Toda evidencia para poder ser admitida en juicio como prueba y así incorporada, además de contar con pertinencia debe ser *previamente autenticada*.<sup>51</sup> El legislador mexicano optó por utilizar el término acreditada (acreditación) en lugar de la traducción del vocablo *authentication* (autenticar) que se utiliza en el Common Law.<sup>52</sup> De esta manera, decir que la evidencia debe ser *acreditada* corresponde con decir que debe ser autenticada; en otros términos, acreditar y autenticar refieren a lo mismo.

El artículo 383 del CNPP, referente a la *incorporación* de la prueba, establece en su segundo párrafo que: solo se podrá *incorporar* a juicio como prueba material o documental aquella que haya sido *previamente acreditada*. Y el diverso 387 titulado “Incorporación de prueba material o documental *previamente admitida*” dispone que: solo se podrán incorporar la prueba material y la documental *previamente admitidas*, salvo las excepciones previstas en este código.

De estos preceptos se extraen dos aspectos de la mayor importancia: el legislador refiere y distingue correctamente los actos de *incorporación* de la prueba y el de *admisión* de la prueba. La *admisión* se traduce en la declaratoria judicial que constata que a juicio del juzgador la evidencia que se produce en juicio por una de las partes ha sido debida y suficientemente acreditada o autenticada y, por consiguiente, que procede declarar su admisión como prueba en juicio. La acreditación o autenticación es un requisito de o para la *admisibilidad* de la evidencia como prueba en juicio; mientras que la *incorporación* es un acto subsecuente o posterior a dicha declaratoria de admisión que la materializa y que permite que la prueba sea incorporada al acervo probatorio ingresado así al proceso, autorizando a las partes su uso en juicio bajo el *principio de comunidad de prueba*, pero principalmente su valoración.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> *Vid.* como una referencia importante, sobre el desarrollo y alcances de este tipo de regulación en los Estados Unidos, Park/Leonard/Goldberg, *ob. cit.*, pp. 153 a 155.

<sup>51</sup> Autenticar no es sino una traducción del idioma inglés de la palabra *authentication*, utilizada en el ámbito probatorio que implica un proceso que debe de cumplirse a través de una serie de preguntas adecuadas que muestren al juzgador que la evidencia que se presenta *es lo que se dice que es*.

<sup>52</sup> *Vid.* Park/Leonard/Goldberg, *ob. cit.*, p. 559.

<sup>53</sup> En las regulaciones que se contenían en los códigos procesales penales de corte acusatorio que tuvieron vigencia en distintas entidades federativas antes del CNPP y aún en los que hoy por razón de temporalidad de los hechos delictivos siguen aplicándose, no existía referencia a la declaratoria de admisibilidad de la prueba en juicio, sino que solo existía alusión al término incorporar.

En las regulaciones que se contenían en los códigos procesales penales de corte acusatorio que tuvieron vigencia en distintas entidades federativas antes del CNPP y aún en los que hoy por razón de temporalidad de los hechos delictivos siguen aplicándose no existía referencia a la declaratoria de *admisibilidad* de la prueba en juicio, sino solo al término *incorporar*.

Ello conllevó a que en la práctica procesal, producida la prueba, la parte a cargo se limitara a solicitar del tribunal su *incorporación* como prueba y, de no existir oposición fundada, el tribunal se pronunciaba en una especie de fórmula sacramental diciendo: “se tiene por incorporada a juicio”.

Esto transcurría como si se tratara de la culminación de un trámite y como si se presumiera una declaratoria de admisibilidad previa inexistente, a pesar de ser esta declaratoria necesaria e imprescindible a la que debía ser atendida por el tribunal, ya que es sobre la base de la *admisibilidad* de la prueba y de su consecuencia —su incorporación como tal al proceso— que se endereza toda objeción para buscar la exclusión probatoria, o en su caso, la limitación de la evidencia que se pretende se incorpore como prueba a juicio.<sup>54</sup>

En realidad, un buen número de las partes litigantes y juzgadores eran ajenos a este particular y trascendental control que se ejerce a través de una objeción en materia probatoria. Quizá ello era debido, no solo a la deficiente preparación en el ámbito de la teoría de las objeciones, sino al hecho de que con mucha frecuencia solía confundirse la *admisibilidad* de los medios de prueba ofrecidos en la etapa intermedia con la *admisibilidad* —no incorporación— de la prueba en juicio.<sup>55</sup> El CNPP es hoy claro al dar fundamento a este tipo de objeciones al establecer en la parte final del párrafo primero de su artículo 354 como obligación del juzgador en su actuación en juicio que: resolverá las objeciones que se formulen *durante el desahogo de la prueba*.<sup>56</sup>

De esto se tiene que las partes, conforme a las reglas probatorias del CNPP y tras haber cumplido con la acreditación exigible según sea el elemento material probatorio o evidencia física o documental cuya admisión como prueba en juicio se pretenda, deben solicitar del juzgador *que les sea admitida* como prueba y por consiguiente *así sea incorporada* y, de considerar que se ha acreditado o autenticado suficientemente y habiendo escuchado a la parte contraria sin que medie objeción fundada, deberá declarar su *admisión* en el juicio como prueba y, por consiguiente, su incorporación como tal.

Frente a una manifestación del tribunal en juicio que omita pronunciarse sobre la *admisibilidad* de la prueba, las partes que litigan deben ejercer control solicitando del tribunal que realice esa declaración y así obtenerla. Una fórmula muy simple y elegante distinta de impetrar frontalmente al tribunal para que lo haga cuando ha dicho que la evidencia se tiene por incorporada como prueba, sin haber declarado su *admisión*, es dirigirse al mismo en los siguientes términos: “Señoría, entonces, ¿esta defensa (Fiscalía) debe entender que el documento ‘X’; la pistola ‘Y’; la videograbación contenida en el DVD ‘Z’, se tiene por *admitido* (a) como prueba?”. El tribunal se pronunciará asintiendo.

#### 4.1. ¿Qué es acreditar o autenticar?

El legislador mexicano en el CNPP considera ilegales aquellas pruebas que no son incorporadas al proceso conforme a sus disposiciones. Esto quiere decir que para que una evidencia pueda alcanzar en juicio la categoría de prueba, debe producirse según las reglas probatorias que le son aplicables para que, siendo así, pueda admitirse e incorporarse a juicio con carácter de prueba, pues de lo contrario, su *admisión* e

<sup>54</sup> La admisibilidad de medios de prueba —no de prueba— en la etapa intermedia se rige particularmente por lo previsto en el artículo 346 del CNPP y es previa a juicio. La admisibilidad de la prueba —no de medios de prueba— en juicio se rige por las reglas que regulan la prueba y su producción precisamente en juicio.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, piénsese en que la Policía ha penetrado a un domicilio sin orden judicial de cateo y extraído del mismo una evidencia documental que el Ministerio Público pretende sea admitida como prueba en juicio y así incorporada. La defensa conoce de esa intromisión ilegal y, sobre la base de la admisibilidad de la prueba, objeta su admisión dado su carácter de prueba ilícita, llevando a cabo esta acreditación. El resultado será que el tribunal en juicio se pronuncie excluyendo dicho documento.

<sup>56</sup> De hecho, el principio general que regula esta posibilidad de control se prevé en el artículo 6 del CNPP (Principio de Contradicción).

*incorporación* aludidas la tornarían en prueba ilegal, conllevando ello la prohibición de su valoración.<sup>57</sup>

Por ello, es preciso que para alcanzar esa *admisión e incorporación* de la prueba en juicio, esta —además de ser pertinente— deba ser acreditada o autenticada. Ello se cumple a través de un proceso que se desarrolla por medio de preguntas que se consideran idóneas, formuladas a una persona con capacidad para identificar la evidencia e informar al tribunal sobre la misma.<sup>58</sup> Entonces, la vía más adecuada para cumplir con ese proceso es a través del interrogatorio directo, aun cuando nada impide que pueda serlo a través de un examen cruzado o contrainterrogatorio. Quién hace las veces de la persona interrogada recibe el nombre de testigo de acreditación o de autenticación, pues al ser que la evidencia real o material, o la documental, o la evidencia demostrativa con valor sustantivo deben ser autenticadas o acreditadas si se han de convertir en prueba en juicio y, como ineludiblemente ello debe producirse a través de la declaración de alguien, ese alguien es quién la acreditará o autenticará. De ahí que sea identificado como el testigo de acreditación. Esto quiere decir que, al menos en el proceso penal mexicano acorde a las reglas del CNPP, ninguna evidencia puede producirse como prueba en juicio sin testigo de acreditación.<sup>59</sup>

Pero, para ello, debe primero entenderse: ¿Qué quiere decir que una evidencia para convertirse en prueba en juicio deba ser previamente acreditada o autenticada? En otros términos: ¿Qué quiere decir acreditar o autenticar?

Las declaraciones de testigos, sea cual fueren estas, no requieren de ser autenticadas o acreditadas, ya que es su propia declaración la que proporciona la información al tribunal que habrá de valorar. Sin embargo, si las partes han ofrecido evidencia como documentos, objetos tangibles, demostrativa con valor sustantivo, si se quiere producir como prueba en

juicio, estas evidencias exigen de ser acreditadas o autenticadas.

El problema de la acreditación o autenticación se reduce a una sola pregunta: ¿Es la prueba lo que la parte que la propone dice que es? La pregunta toma distintos significados dependiendo de su naturaleza y del propósito de quien la ofrece, pues ciertamente la acreditación o autenticación, dependiendo el tipo de evidencia, tendrá una exigencia mayor o menor.

Esto quiere decir que no todas las evidencias se autentican o acreditan igual. Por ejemplo: en un caso de posesión de cocaína, una correcta *autenticación* requiere que un paquete sin descripción que contiene polvo blanco y que ha sido ofrecido por el fiscal como evidencia es el mismo que se recogió del acusado y que después se sometió a análisis químico que mostró ser cocaína. O, que en el caso de amenazas enviadas por correo o por llamada telefónica, exige acreditar que el acusado escribió la carta que contiene las amenazas o que su voz es la que corresponde con las llamadas. De una fotografía o un video, se requiere evidencia que acredite que la fotografía o cinta representa seguramente el objeto o el hecho que se quiere con ello probar.

Entonces, si existe evidencia de que el polvo blanco encontrado es cocaína, ello carece de *pertinencia* si no hay evidencia que el acusado poseía esa droga; como no la habrá sin evidencia que el acusado fue el autor de la carta o de las llamadas que refirieron las amenazas. La *acreditación o autenticación* es una condición de la *pertinencia*.<sup>60</sup>

Estas evidencias, para ser autenticadas o acreditadas, requieren de otra evidencia extrínseca para ello. Se necesita así de la declaración de un testigo o de un perito que la identifique e informe sobre la misma al tribunal.

Actualmente, en México, el CNPP no admite evidencias que no requieren de otra extrínseca para ser autenticadas o acreditadas. Ello fue algo previsto en

<sup>57</sup> El artículo 357 del CNPP dispone Legalidad de la prueba: La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales; o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

<sup>58</sup> En ocasiones, la acreditación o autenticación exige de la intervención de distintas personas para darse por satisfecha y, con ello, permitir, hasta que así acontezca, la admisión e incorporación de la prueba a juicio.

<sup>59</sup> Ello, incluso, en el caso de las excepciones a la prohibición de prueba de referencia que se contienen en el artículo 386 del CNPP en las que, si bien el legislador ha autorizado en esos supuestos la incorporación de los registros previa lectura, ello no quiere decir que deba omitirse su acreditación o autenticación a través de quién los recibió —por ejemplo del policía entrevistador o el Ministerio Público— o de quien esté en condiciones de acreditarlos, pues la Cláusula de Confrontación no puede ser evadida en perjuicio de la parte contraria, aun cuando la exigencia de acreditación bajo estos supuestos sea menor.

<sup>60</sup> Fischer, *ob. cit.*, pp. 805 y ss.

los códigos procesales penales acusatorios de distintas entidades del país que aceptaban la posibilidad de evidencias que no requerían de otra evidencia extrínseca para su acreditación, al reconocerse en las mismas la cualidad de *auto-autenticarse*.

Se encontraban aquí distintas clases de documentos como documentos públicos; los que procedían de fedatarios; periódicos, entre otros.<sup>61</sup> Esas normas probatorias propias de la prueba de documentos fueron malamente abandonadas en el CNPP en el que, por igual, se exige de autenticación o acreditación a todo tipo de evidencia, incluidas las ya referidas para cuyo caso pareciera no corresponder el mismo tratamiento.<sup>62</sup>

La *autenticación* es un proceso para que un documento, una evidencia real o material, una evidencia demostrativa con valor sustantivo, pueda ser admitida como prueba en juicio y pueda concluirse que ese documento, ese objeto, esa evidencia demostrativa con valor sustantivo son auténticos.

Así, ver cumplido el proceso de *acreditación* o *autenticación* para admitir los documentos ofrecidos por las partes, como los objetos y, en su caso, la evidencia demostrativa con valor sustantivo como pruebas en juicio, es labor del tribunal de enjuiciamiento, pero que se consideren auténticos queda en el terreno de la valoración.

En otros términos, la admisión como prueba en juicio y su incorporación al proceso de las evidencias previamente acreditadas o autenticadas equivale a decir que, *prima facie* el tribunal las tiene admitidas como acreditando lo que la parte que las ofrece *dice que son*; pues cuestión distinta será que a estas les otorgue el valor probatorio que la parte que les ofreció pretenda. Así, en términos acusatorios, decir de

una evidencia que se ha acreditado o autenticado no quiere decir que sea auténtica mientras ello no se refleje en su valor que haga de la misma el tribunal de enjuiciamiento.<sup>63</sup>

Incluso, la *autenticación*, según el objeto de que se trate, exige de determinadas preguntas; sin embargo, cualquier declaración de un testigo para autenticar evidencia debe implicar que explique el porqué el objeto es lo que se dice que es. Así, la declaración del testigo sirve para autenticar el objeto y lograr que el juez lo admita como evidencia, pero también para proporcionar información que persuada para tener ese objeto como auténtico o que del mismo se puedan extraer inferencias importantes para los hechos en nuestro caso. Esta es la parte más importante de haber logrado su admisión como prueba, pues incide ya en su valoración.<sup>64</sup>

Decía que establecer las bases suficientes para que una evidencia sea admitida e incorporada como prueba en juicio, tiene que ver con la categoría de evidencia que se pretende incorporar. Establecer bases suficientes quiere decir que, a través de preguntas adecuadas a la persona idónea, se proporcione la información suficiente y adecuada al tribunal que le demuestre que esa evidencia es lo que quién la ofreció dice que es, exigiéndose su identificación. Por ejemplo, que es la pistola recolectada en el lugar de intervención y no otra.

## 5. Evidencia demostrativa

En los casos que las partes litigan, estas presentan siempre como prueba algo que está relacionado con los hechos en controversia; sin embargo, puede ser

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en el Código Procesal Penal Acusatorio de Oaxaca, en su artículo 354, se decía: “Salvo prueba en contrario, *se presumirán como auténticos* los documentos públicos y, *por tanto, no será necesaria su ratificación*. También lo serán aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las facturas que reúnan los requisitos fiscales, las notas que contengan los datos del contribuyente y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad. En estos casos, quien objete la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar que no es auténtico”.

<sup>62</sup> *Vid.* el artículo 383 CNPP. Este precepto exige de absolutamente toda evidencia que se quiera incorporar como prueba a juicio, de su acreditación o autenticación.

<sup>63</sup> *Vid.* Park/Leonard/Goldberg, pp. 559 a 561. Corresponde a los jueces decidir si la autenticación es suficiente para admitir como evidencia el objeto y al jurado decidir si la evidencia es suficiente para decidir que el objeto es, de hecho, auténtico. Por ejemplo, se menciona: Un testigo declara acerca del conocimiento que tiene de la escritura del acusado y que, la escritura que obra en una carta pertenece a la del acusado, ello bastaría para que el juez tuviera por autenticada la carta y se permitiera su incorporación como evidencia, aun cuando el acusado presentara a un experto que dijera que esa no es su escritura. Corresponderá al jurado valorar entre ambos aspectos si esa escritura es o no del acusado.

<sup>64</sup> *Ibidem, ob. cit.*, p. 562 y ss.

que no sea así y que, en ocasiones, puedan utilizar un objeto, incluso, que no tiene conexión con el caso. Por ejemplo, en un caso en que la Policía nunca encontró la pistola utilizada en el asalto. El juez en el juicio podría autorizar a un testigo de hechos utilizar otra pistola similar para ilustrar su testimonio. Este artículo ayuda al testigo a ilustrar o demostrar su testimonio oral. Este tipo de evidencia es referida como demostrativa y su uso está limitado tan solo por la discreción del juzgador y por la imaginación del litigante.<sup>65</sup>

Existen dos clases de evidencia demostrativa: 1) la que se utiliza por las partes solo con fines ilustrativos y 2) la que tiene valor sustantivo. A estas las denominamos como evidencia *demostrativa ilustrativa*, que para nosotros es comúnmente referida como *apoyo visual* y evidencia demostrativa *con valor sustantivo*.

La evidencia demostrativa para ilustrar no es el objeto real y no tiene valor probatorio en sí misma. Sirve como un apoyo para comprender el testimonio, un documento o una evidencia real.

Saber diferenciar entre la una y la otra resulta importante en el ejercicio litigioso, como en la aplicación de las normas reguladoras de la prueba por todos los operadores, pues mientras la primera no es ni puede ser considerada como prueba, la segunda debe ser objeto de descubrimiento, como de ofrecimiento y admisión en la etapa intermedia para poder ser utilizada en juicio y, en su caso, admitida e incorporada como prueba para su valoración.

Esto no quiere decir que la una y la otra escapen o sea ajenas a la justificación de su *pertinencia* en juicio, con lo cual deben ser acreditadas o autenticadas por las partes, aun cuando no tienen la misma exigencia para ello. Aquí destaca nuevamente la importancia que tiene la *pertinencia* en materia probatoria, pues

aunque esté frente a un apoyo visual y no sea prueba, su uso debe estar precedido por su *pertinencia*.

## 5.1. Evidencia demostrativa ilustrativa o apoyo visual

La evidencia *demostrativa ilustrativa o apoyo visual*, sirve para ilustrar o clarificar el testimonio del testigo o un objeto. A diferencia de la evidencia real o material,<sup>66</sup> se distingue de esta en que el apoyo visual consiste en materiales tangibles que son utilizados solo con el propósito de ilustrar o explicar, sin que signifique que sean el objeto real, como el arma homicida o las herramientas utilizadas en un robo o la heroína asegurada por los agentes de narcóticos al detener al acusado.<sup>67</sup>

La *evidencia demostrativa ilustrativa o apoyo visual* no es evidencia que haya sido parte en los hechos del caso, pero que ilustra, clarifica, da color a la declaración del testigo. No tiene valor probatorio, pero asiste al testigo como una *ayuda visual* para explicar o clarificar su testimonio y, al tribunal, para su mejor comprensión.

En cambio, la evidencia real o material tiene valor probatorio cuando la misma se relaciona con la controversia y su admisión es condicionada a que quien la produce acredite que se trata de la misma que estuvo en su origen relacionada con el hecho. Sin embargo, puede ser que una evidencia real o material sea utilizada solo con fines demostrativos —como si se usa el arma recolectada únicamente para aclarar o ilustrar—, en cuyo caso su origen no es importante, pues lo que importa, si solo se usará para ilustrar, es que las propiedades o características del objeto sean suficientemente claras para asistir, sin engañar al juzgador para que comprenda un aspecto del caso.<sup>68</sup> Por

<sup>65</sup> Imwinkelried, Edward J. y Blinka, Daniel D. *Criminal Evidentiary Foundations*. Second Edition. LexisNexis. 2007. p. 144 (traducción del autor).

<sup>66</sup> Solorzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Tercera edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2010 p. 366 y nota a pie 142, refiere que se trata de objetos, elementos físicos distintos del documento, que se encuentran en el desarrollo de la investigación que realicen la Fiscalía o la defensa. Siendo que la Corte de Casación en su sentencia Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007, siguiendo al profesor Chiesa, ha señalado que: “por evidencia real se entiende la que queda naturalmente a manera de huella o rezago del delito, como un lago hemático, el cadáver, las armas de fuego, los vidrios destrozados, etc.”. Es posible que la evidencia real, el objeto, no necesariamente se relacione directa o indirectamente con el hecho, sobre ello, Graham, Michael H y Ohlbaum, Edward D. *Court Room Evidence. A Teaching Commentary*. Nita, 1997. p. 407, proporcionan el siguiente ejemplo de evidencia real que no es parte del hecho, como la bala extraída del arma del acusado que es sometida a balística y comparada con el proyectil extraído del cuerpo de la víctima.

<sup>67</sup> Waltz/Park, *ob. cit.*, p. 986. *Vid.* Mueller/Kirkpatrick. *ob. cit.*, pp. 1049 y 1050.

<sup>68</sup> Lilly. *ob. cit.*, p. 512. Es posible que una evidencia real o material pueda ser utilizada solo con fines ilustrativos.



ejemplo: una ropa puede ser *evidencia real*, si se acredita como la que la víctima portaba el día de los hechos que le fue desgarrada al someterla para robarle; o *evidencia circunstancial*, cuando la ropa de la víctima desaparecida es encontrada con perforaciones y sangre en ellas, permitiendo inferir que se encontraba lesionada desde ese momento; o puede ser utilizada como *evidencia propiamente ilustrativa* para ayudar a entender otra evidencia, particularmente testimonial.<sup>69</sup>

El concepto de evidencia *demostrativa ilustrativa* o *apoyo visual* se utiliza para indicar aquellos objetos tangibles, como mapas, diagramas, modelos, no directamente relacionados con la causa en litigio, pero a consecuencia construidos u obtenidos por las partes para *ilustrar* o demostrar sus contenciones fácticas o ayudar a comprender el caso.<sup>70</sup> En este sentido, existen básicamente dos tipos de evidencia demostrativa: 1) evidencia demostrativa *seleccionada*, como un ejemplar de escritura y 2) evidencia demostrativa *preparada* o *reproducida*, como un bosquejo o dibujo, un diagrama.<sup>71</sup>

Como el *apoyo visual* o *evidencia demostrativa ilustrativa* no es un medio de prueba o un elemento de prueba, no está sujeto a las reglas del descubrimiento probatorio, como tampoco debe ofrecerse como medio de prueba o elemento probatorio en la audiencia intermedia para poder ser utilizada en juicio.

Más bien, su uso en juicio encuentra fundamento en el principio de libertad probatoria, bajo el cual es entendido que las partes que litigan pueden probar su caso como lo quieran —claro está, con las restricciones legales existentes— y el mismo dependerá —como se ha dicho— de la decisión discrecional del tribunal de enjuiciamiento, principalmente de que su *pertinencia* para su uso sea avalada por este.

En otros términos, el que la *evidencia demostrativa para ilustrar* o *apoyo visual* no tenga la naturaleza de prueba, no quiere decir que si su uso en juicio es *pertinente* para que las partes logren mejor clarificar

o ilustrar la declaración de un testigo o perito, el tribunal de enjuiciamiento simplemente no permita su presentación, pues con ello limita sin mayor fundamento el ejercicio persuasivo y probatorio de la teoría del caso de las partes.

Es muy común el uso de este tipo de evidencia en juicio, así sea para ilustrar o explicar el testimonio de un testigo o de un experto, para presentar documentos complejos, voluminosos, así como para apoyar la presentación de la teoría del caso en el alegato de apertura, como en el de clausura.<sup>72</sup>

Por ejemplo: en la explicación de un complejo delito financiero, sin perjuicio de que la documentación que le soporta haya sido descubierta a la defensa, el experto de la Fiscalía podría explicar de mejor manera al tribunal de enjuiciamiento —sin perjuicio de que deba ser probado— las complejas operaciones realizadas, las numerosas sociedades creadas en México y el extranjero para ello, etcétera, valiéndose de un apoyo visual, como podría ser una presentación en Power Point. O, en un caso médico, una presentación de este tipo o un video que explique medicamente el padecimiento del acusado, sin perjuicio de la pericia médica, ilustran al tribunal sobre su impedimento para realizar la conducta imputada.

Lo anterior no es prueba, pero el auxilio que presta para clarificar y dar mejor comprensión a la explicación del experto es indudable. El uso efectivo de apoyos visuales, al contribuir para mejor ilustrar al tribunal de enjuiciamiento, abona en un mejor ejercicio de persuasión en la producción de la prueba.

La *evidencia demostrativa para ilustrar* o *apoyo visual*, no obstante carecer de valor probatorio, exige de ciertas bases —menos exigentes que si se tratara de una evidencia demostrativa *con valor sustantivo*— para poder ser utilizada en juicio. Son evidencias *demostrativas* que se utilizan para *ilustrar* o *apoyos visuales*: los modelos, mapas, croquis, diagramas, dibujos; incluso, en ocasiones las fotografías.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Chiesa, Ernesto. *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Reimpresión. Publicaciones JTS, Estados Unidos de Norteamérica, 2005. p. 969.

<sup>70</sup> Lilly. *ob. cit.*, p. 511.

<sup>71</sup> Waltz/Park, *idem*.

<sup>72</sup> Vid. McCormik on Evidence, §373.

<sup>73</sup> Chiesa... *Tratado. ob. cit.*, pp. 966 y ss. Observa que cuando la fotografía se utiliza como evidencia demostrativa ilustrativa, no se requiere más autenticación que el testimonio del testigo en términos que la fotografía representa adecuadamente la escena a la que se refiere su declaración. Destaca así que el Tribunal Supremo en Puerto Rico ha dicho que: “no hay problemas de autenticación” cuando la fotografía se utiliza para ilustrar otra evidencia, como el testimonio del fotógrafo en relación con una autopsia. Vid. McCORMIK on Evidence, § 215.





Su origen y el cómo fue creada no importan. Las bases para ser *acreditada* o *autenticada* que deben darse para este tipo de evidencia es más simple. El testigo debe mostrar que está familiarizado con lo que se representa. Por ejemplo, la imagen que aparece en la fotografía, lo que el diagrama muestra como la intersección de una calle, etcétera. Por tratarse de un *apoyo visual*, este debe ser de utilidad para ilustrar o clarificar el testimonio del testigo, siendo que cualquiera que conozca lo que el objeto, croquis o diagrama o la fotografía representa, y que ello es precisamente así, puede establecer esas bases. Por ejemplo: una persona ha visto el choque de autos en una avenida; bien podría, si se le muestra un diagrama o croquis de la avenida o una fotografía, reconocer lo ahí mostrado como el lugar del accidente. Por ello, no es exigible que el fotógrafo o la persona que elaboró el croquis o diagrama del lugar acuda a juicio a *autenticarlo* o *identificarlo*. La exigencia es igual en caso de modelos.

Si el *apoyo visual* es engañoso, su utilización puede ser objetada. Por ejemplo: si se trata de una fotografía tomada bajo diferentes condiciones de luz, podría aparentar que alguien estuvo en condiciones de observar a ese tiempo. Un diagrama no necesita estar a escala. Un diagrama que parezca estar realizado a escala pero no sea así, podría crear confusión en la apreciación de las distancias que muestra.<sup>74</sup>

Para ser *pertinentes* deben retratar en forma bastante precisa el significado de lo que se muestra con los mismos.<sup>75</sup> La única *acreditación* o *autenticación* que requieren es el testimonio de que el modelo, la maqueta, los croquis, etcétera, representan adecuadamente lo que el testigo intenta explicar.<sup>76</sup>

No se requiere de una precisión matemática en ellos, ni en el testimonio del testigo, pero si el *apoyo visual* adolece de precisiones y no aclara ni ilustra el

testimonio del testigo, el tribunal de enjuiciamiento puede no permitir su uso o incluso detenerlo.

### 5.1.1. Fotografías como apoyo visual

“Una fotografía o una imagen dice más que mil palabras”. Las fotografías —incluidas fotografías ampliadas,<sup>77</sup> fotografías a color— pueden ser utilizadas como simple *apoyo visual* para *ilustrar* la declaración del testigo, en cuyo caso, para ser acreditadas o autenticadas, requieren solo de la declaración del testigo que diga que lo que aparece en la fotografía representa la escena que él refiere en su declaración. No son en estos términos usadas como evidencia sustantiva y, por lo mismo, en tal caso no les aplican las reglas del descubrimiento probatorio ni del ofrecimiento de medios de prueba u otros elementos probatorios, como tampoco puede solicitarse de las mismas su admisión como prueba en juicio. Se prefiere el uso de fotografías en color, tanto como su color no haya sido artificialmente y de manera equívoca aumentado, que en blanco y negro.<sup>78</sup>

En el caso de fotografías ampliadas que, en lugar de la original, son ofrecidas como prueba —sin perjuicio de que su autenticación o acreditación exige que el testigo diga que la misma muestra de manera fiel lo que trata de referir— deben cumplir con otras bases que validen el proceso tecnológico empleado para esa ampliación.<sup>79</sup> No obstante, lo más común es utilizar la fotografía original que se ha ofrecido como elemento de prueba y que en juicio se produce y, en caso de ser necesario que su imagen se aprecie mejor por el tribunal de enjuiciamiento —pues en ocasiones los monitores no lo permiten— es procedente utilizar una ampliación de la misma para que sea debidamente apreciada y pueda ilustrar mejor al tribunal sobre

---

El testigo que establece las bases para autenticar la fotografía no necesita ser el fotógrafo, ni conocer nada acerca del tiempo, condiciones ni mecanismos usados para tomar la fotografía. En su lugar, el testigo solo necesita tener conocimiento personal de los hechos representados o la escena o los objetos fotografiados (Traducción del autor).

<sup>74</sup> Vid. Imwinkelried/Blinka. *ob. cit.*, p. 144. Park/Leonard/Goldberg. *ob. cit.*, p. 571. McCormik on Evidence. *ob. cit.*, p. 375.

<sup>75</sup> Por ejemplo, un mapa que se utiliza en juicio con el testigo con el fin de ilustrar la ubicación del lugar de los hechos y sus alrededores, no será pertinente en tanto o no se corresponda con el lugar o zona que se quiere ilustrar por ser incompleto, o bien, sea utilizado y en ello el testigo no haga un uso a través del mismo que permita al tribunal clarificar su declaración o ilustrarle sobre lo que declara. En estos términos, la evidencia será impertinente al carecer de relevancia y no susceptible de ser admitida ni incorporada como prueba.

<sup>76</sup> Chiesa... Tratado. *ob. cit.*, p. 968.

<sup>77</sup> En el caso de fotografías ampliadas que, en lugar de la original, son estas las ofrecidas como prueba.

<sup>78</sup> Waltz/Park. *ob. cit.*, p. 988.

<sup>79</sup> Imwinkelried/Blinka. *ob. cit.*, pp. 176 a 178.

## Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa

lo que el testigo refiere. Así, mientras esta es un mero *apoyo visual*, la original será prueba.

Si el uso de la fotografía es solo con *fines ilustrativos*, se exige sentar suficientes bases a través del testimonio de una persona o grupo de personas que posean conocimiento personal al momento de los hechos que se muestran en la instantánea, suficiente para soportar que la foto muestra o representa precisamente lo que el testigo refiere. El testigo identifica la fotografía como una correcta representación de los eventos o hechos que él observó.

No importa el tiempo que haya pasado entre el momento de la toma de la fotografía y cuando esta se utiliza en el juicio, si las condiciones de lo que la misma muestra no han cambiado; pero —dado que con la fotografía es difícil separar la ilustración que muestra de lo que se asevera por el testigo respecto de ella— el cambio de condiciones en la fotografía podría conllevar a su exclusión al convertirla en confusa o engañosa.<sup>80</sup>

Tampoco es necesario que el fotógrafo acuda,<sup>81</sup> pues, como se ha dicho, cualquier testigo que conozca lo que la fotografía representa la puede autenticar o acreditar. Las bases para ello son: a) que el testigo esté familiarizado con el objeto en escena que muestra la fotografía; b) que explique las bases del porqué está familiarizado con el objeto o la escena; c) que reconozca el objeto o la escena en la fotografía y d) que la fotografía sea fiel, justa, verdadera o buena imagen del objeto o la escena en el momento pertinente importante.<sup>82</sup>

### 5.1.2. Apoyos pedagógicos generados por computadoras, como apoyo visual

No cabe duda que el uso de evidencia generada mediante sistemas de cómputo se ha venido incremen-

tando en los últimos años. Ello, no solo porque ofrece una vía muy útil para la presentación y manejo de evidencia, sino porque la tecnología se hace cada vez más parte de las instalaciones y equipo en los tribunales, facilitando su uso.<sup>83</sup> Su propósito es ayudar al tribunal a comprender mejor otra evidencia admitida.

Una presentación por computadora en este sentido, no es prueba, sino que asiste a otra que si lo es para su mejor comprensión. Por ello, no se sujetan a las reglas del descubrimiento, ni del ofrecimiento, ni de admisión como prueba para ser utilizadas. En estos casos, su uso es solo para ilustrar la declaración del testigo experto.

De hecho, cuando este declara en juicio su manifestación se radica a un solo tiempo, pero la animación puede reunir todos los detalles y conllevar una mejor explicación (un testigo que ha presenciado un accidente puede declarar lo que vio al tribunal, pero puede ser asistido por una animación hecha por computadora que le ayude a ilustrar lo que quiere referir, para lo cual, no es necesario establecer ninguna base técnica, ni científica respecto de la programación del software empleado, basta que la presentación refleje fiel y justamente lo que el testigo quiere referir.<sup>84</sup>

Quedan aquí comprendidas las *imágenes estáticas o ilustraciones fijas* que son creadas e ingresadas a la computadora y que se proyectan en juicio en los monitores existentes o en pantallas por medio de un sistema de utilizado para ello —cañón o mediante la lectura de un archivo electrónico como un CD, DVD, USB, regularmente— pudiendo ser dibujos, objetos, escenas o mecanismos. Por ejemplo: una presentación preparada en Power Point contenida en un CD que presenta una imagen de una línea de tiempo para dar mejor claridad a la declaración del testigo respecto de cómo fue que los hechos sucedieron.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Graham/Ohlbaum *ob. cit.*, p. 414. Regla Federal de los Estados Unidos 403 y, Regla de Puerto Rico 19.

<sup>81</sup> Regularmente, se quiere que el fotógrafo acuda a juicio para identificar el material fotográfico, pero en ocasiones ello no es posible porque ya no es habido y sería un absurdo que ante ello la evidencia se perdiera. Por esta razón, es factible que a través de otro u otros testigos se pueda *acreditar o autenticar* la fotografía, siempre que ellos conocieren del lugar y/o escena captados, habiendo sido testigos del hecho que representa la foto y puedan declarar acerca de que esta muestra lo mismo que ellos observaron.

<sup>82</sup> *Vid.* Imwinkelried/Blinka. *ob. cit.*, p. 158.

<sup>83</sup> Así, los tribunales mexicanos cuentan en su mayoría con monitores de televisión, pantallas, equipos que proyectan acetatos y con apoyo de especialistas para auxiliar a las partes a efectuar proyecciones de evidencias. Incluso, se brindan facilidades a las partes de acceder a cualquier tipo de elemento necesario para ser utilizado en la producción de su prueba, como pizarrones, caballetes, etcétera.

<sup>84</sup> *Vid.* Imwinkelried/Blinka. *ob. cit.*, pp. 166 a 168.

<sup>85</sup> *Vid.* McCormik on Evidence. p. 375.

Igualmente, las *imágenes ampliadas* pueden utilizarse como *apoyo visual*; se presentan como imágenes estáticas, pero que pueden verse manipuladas con el uso de la computadora para efectuar ampliaciones, iluminación, acercamientos o alejamientos, marcar con colores, señalar con flechas, círculos o subrayados, partir la imagen en la pantalla, etcétera. La técnica empleada en su uso tiende a enfatizar de mejor manera, a través del uso de la computadora, lo que el testigo quiere decir, que cuando se utilizan otros recursos distintos de la computadora. Por ejemplo: se puede representar un párrafo importante de un documento, utilizando una imagen en computadora —incluso un programa que hace que la imagen resalte—, en lugar de colocar el documento para que se proyecte utilizando el proyector de acetatos, si lo hubiere; o en lugar de usar una ampliación del documento y hacer que el testigo subraye sobre ella.<sup>86</sup>

Se considera que se acreditan o autentican, si la imagen muestra lo que el testigo trata de describir. Si la imagen es engañosa, no es clara o no ilustra lo que el testigo quiere describir, su uso puede ser objetado y el tribunal de enjuiciamiento puede prohibir o detener su utilización.

Las *animaciones por computadora* igualmente se utilizan para *ilustrar* la declaración de un testigo. Son imágenes creadas que presentan una serie de imágenes estáticas que puede mostrar, en sucesión rápida, lo que crea la ilusión de movimiento, como una caricatura o historieta animada. Muchas de estas animaciones se ofrecen para *ilustrar* el testimonio sobre los hechos del testigo. Por ejemplo: mostrar la imagen de un objeto en rotación para que se mire desde distintos ángulos; o mostrar simplemente el movimiento de una persona caminando.<sup>87</sup> Estas imágenes no se utilizan con el propósito de simular o recrear el evento, pues, en tal caso, ya no serían consideradas como un mero *apoyo visual*, sino que *tendría tratamiento como una evidencia demostrativa con valor sustantivo exigiendo de mayores bases para su acreditación o autenticación*.

La declaración del testigo para acreditarlas o autenticarlas debe establecer que la animación es una justa y fiel representación de lo que el testigo trata de describir pues, se insiste, su uso es tan solo para ilustrar ese testimonio.<sup>88</sup>

Existen animaciones creadas por computadora, que lo que hacen es *simular o recrear* el evento que es la base de la disputa entre las partes. Estas se utilizan para ilustrar la opinión del testigo experto, por lo que se acreditan o autentican con la declaración del mismo, en el sentido que la animación muestra justa y fielmente su opinión.

El problema con ellas es que se exceden de ser meramente un *apoyo visual*, ya que los animadores incorporan información que proviene de las declaraciones o entrevistas, de referencias que les formulen otras persona —como un perito—, pero también de opiniones propias de los animadores que las elaboran y de los principios técnicos utilizados para cargar el software para generar la animación.

Debe tenerse cuidado de que, bajo el argumento de que su uso es meramente un *apoyo visual*, sean el conducto para que otra evidencia distinta con valor sustantivo y que potencialmente sea inadmisibles, se admita bajo el argumento de que se trata meramente de ilustrar o apoyar visualmente la declaración.<sup>89</sup>

No obstante, se podría acudir a una animación que explique desde la óptica del perito en criminalística su opinión, por ejemplo, cómo ocurrieron los hechos de acuerdo con las manchas de sangre que se observaron en el lugar. Distinto sería que, *reproduciendo* el evento, se represente en la animación algo que un testigo, que no le constan los hechos, dijo que sucedió. Si en la animación esa versión se incluye, se estará incorporando a través de la misma información prohibida, que es la que proviene de ese testigo cuya declaración en tal sentido debe ser rechazada por ser referencia prohibida.<sup>90</sup>

Las *representaciones visuales*, por su efectividad, deben ser objeto de limitaciones en su uso. Como se trata de evidencia demostrativa y es utilizada para

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> McCormik on Evidence. p. 376. Mueller/Kirkpatrick. *ob. cit.*, p. 1057, refieren cómo las Cortes en Estados Unidos son más receptivas a recibir esta evidencia para ilustrar o demostrar un principio general o una teoría que cuando se ofrecen como una recreación de un evento específico en cuestión.

<sup>88</sup> McCormik McCormik on Evidence. *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> McCormik on Evidence, *idem*.

ilustrar o aclarar el testimonio del testigo y/o para que el tribunal le comprenda o le comprenda mejor, de tal forma que son un vehículo para explicar dicho testimonio, su uso no puede sobrepasar ese límite para traducirse en sustituir el testimonio oral del testigo, esto es, que la representación se convierta en algo más que el testimonio oral del testigo.

### 5.2. Evidencia demostrativa con valor sustantivo

La evidencia demostrativa *que no es evidencia real* puede, sin embargo, tener *valor sustantivo independiente* del testimonio con el cual se relacione. Esta es la llamada evidencia demostrativa *con valor sustantivo* que no es utilizada solo para ilustrar, sino que tiene valor probatorio, aunque su producción en juicio exija de su *autenticación* o *acreditación* como se exige de toda evidencia cuyo propósito es que se convierta en prueba. Por tal motivo, está sometida a las reglas del descubrimiento probatorio, como a las del ofrecimiento de los elementos de prueba en la audiencia intermedia y, por consiguiente, a su admisión para poder ser producida en juicio. Las áreas dentro de las que se presenta la evidencia demostrativa *con valor sustantivo* son: fotografías, películas, videos y grabaciones de sonido; simulaciones o recreaciones por computadora; documentos; experimentos y prueba científica, como inspecciones.

Por ejemplo, una fotografía propiamente autenticada podrá ser recibida como *evidencia independiente* de lo que la misma muestra. Una cinta grabada podrá ser admitida como *evidencia independiente* sobre la conversación. Si estas piezas de evidencia demostrativa tienen *valor probatorio independiente*, las bases probatorias requieren algo más que, por ejemplo, un testigo que avale que la imagen en la fotografía es una justa y fiel representación de lo que describe.

La evidencia demostrativa *con valor sustantivo* debe ser *pertinente* y *acreditada* o *autenticada* en el juicio, pues se busca se convierta en prueba. Se trata no solo de que sea identificada por el testigo idóneo, sino que no sea excluida por aplicación de otras reglas probatorias y, de que, en su caso, se le otorgue valor probatorio de ser admitida como prueba en juicio y así incorporada al proceso.

En otros términos, las bases que se exigen —a diferencia de un *apoyo visual*— para su *acreditación* son mayores y más complejas, pues se trata de prueba. Para este propósito, esta disertación se centra en las fotografías, películas, videos y grabaciones de sonido *con valor sustantivo*.

Las bases o el fundamento que debe darse para este tipo de evidencia es más complejo, pues se trata de prueba, ya no de *apoyo visual*.

#### 5.2.1. Fotografías con valor sustantivo

Si una fotografía es capaz de agregar por sí misma información relevante más allá del testimonio del testigo, entonces la imagen que muestra posee información con valor sustantivo, y ya no, meramente para ilustrar (por ejemplo: la fotografía muestra el interior de una recámara en que aparece la víctima desnuda y siendo abusada sexualmente. Esta imagen por sí ya dice algo sobre la violación acusada; su valor es entonces sustantivo).

Ello no quiere decir, que la fotografía *con valor sustantivo* se convierta en prueba bastando para ello su simple entrega al tribunal o su exhibición. Debe ser igualmente *acreditada* o *autenticada*, ya sea, a través de la declaración de un testigo con exigencia de mayores bases para ello; o bien, si el testigo no existe, a través de un proceso distinto que responde a la llamada “teoría de los testigos silentes”.<sup>91</sup> Bajo estos, se exige evidencia para acreditar la fiabilidad del

<sup>91</sup> Suele llamarse también *centinelas silentes*. En Colombia, la Corte Suprema en la Sentencia de Casación No. 25920, de fecha 21 de febrero de 2007, ha dicho que: Un caso especial de evidencias filmicas se presenta cuando las imágenes se obtienen con medios audiovisuales (como cámaras de seguridad, cámaras de comunicadores sociales, filmadoras, sistemas computacionales, sistemas de video, cámaras fotográficas, etc., de servidores públicos o de particulares) que captan en tiempo real algún acontecimiento. Tales registros, siguiendo a CHIESA no son propiamente una evidencia real, sino que se toman a la manera de “testigo silente” en cuanto a la captación real de lo ocurrido. Tal es el caso de la fotografía o película del asalto de un banco tomada por la cámara correspondiente. En estos casos la autenticación se establece acreditando el proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o película bajo el sistema de las reglas de evidencia federales de los Estados Unidos y de Puerto Rico. Como se observa, para la *autenticación* de esos documentos no se requiere indefectiblemente que comparezca la persona que realizó la filmación o que operó los aparatos de registro audiovisual, sino que lo importante es determinar el origen o la procedencia del registro.

proceso fotográfico, incluido el tiempo y lugar de la toma de la fotografía. Además, se exige la descripción del proceso o sistema utilizado para producir el resultado y demostrar que ese proceso o sistema produce un resultado exacto, preciso. También, para validar el proceso de producción, se exige evidencia sobre la competencia del operador, las condiciones del equipo utilizado y que no han sido alteradas las condiciones del producto.<sup>92</sup>

Si lo que se ofrece como prueba —en lugar de la fotografía original cuya imagen tiene *valor sustantivo*— es una fotografía ampliada, debe acreditarse además el proceso para esa ampliación, pues en este caso es la ampliación en sí, la que se descubre y ofrece como elemento de prueba y no la fotografía original que amplía.<sup>93</sup>

### 5.2.2. Rayos X, escáneres, tomografías y resonancias magnéticas

Los Rayos X, escáneres, tomografías y resonancias magnéticas se consideran fotografías, aunque no se *acreditan* o *autentican* igual que una fotografía ordinaria. Estos pueden compararse como una fotografía de las partes internas que componen el cuerpo y aunque científicamente se reconoce que representan alguna parte interna del mismo —por ejemplo, huesos, órganos—, lo cierto es que esta no es visible para cualquiera.

De ahí que no toda persona podría declarar refiriendo con exactitud o precisión qué es lo que la imagen ahí captada representa. Por ello, exige de mayores bases, incluso, hasta distintas de las requeridas para *autenticar* o *acreditar* una fotografía común.

Para ello, tratándose de placas de Rayos X o similares, no basta que cualquier persona sin conocimientos especializados o la víctima simplemente diga “esa es la radiografía que fue tomada”, pues la imagen plasmada en la placa radiológica posee *información sustantiva independiente* de la declaración del testigo.

Entonces, se requiere para su *acreditación* o *autenticación* de probar el proceso de toma de esa placa radiográfica —qué tipo de estudio médico se tomó; si requirió o no de cierta preparación previo al mismo, etcétera—; también acreditar el equipo que se utilizó para conocer, no solo su estado de uso, sino, si con el mismo esas placas se pueden tomar; si no es un equipo que haya mostrado fallas, etcétera.

Igualmente, la capacidad en su manejo por quién lo operó, no solo conocer cómo se utiliza ese aparato; sus conocimientos técnicos para tomar la placa —por eso, debe ser un técnico especializado en radiología o similar quien la tome—; pero también, la interpretación médica de dicha placa —por ejemplo, por el médico radiólogo—; y que la placa pertenece a cierta persona. Esto demuestra que la exigencia para acreditarlas, habida cuenta de su *valor sustantivo independiente*, es mucho mayor que el de una simple fotografía ordinaria. Escáneres, tomografías y resonancias magnéticas siguen el mismo proceso para ser autenticados.

Las bases para ello pueden ser las siguientes: a) el operador es un técnico calificado en Rayos X; b) el operador filmó cierta parte del cuerpo de una persona en un cierto lugar y tiempo; c) el operador utilizó cierto equipo; d) el equipo estaba en buenas condiciones de operación; e) el operador utilizó un embalaje o registro para identificar la placa tomada; f) se realizó una correcta custodia de la placa tomada desde que esto ocurrió hasta el juicio; g) el testigo reconoce la placa tomada y, h) la placa tomada sea interpretada por el técnico especialista que podría ser el mismo que la tomó de estar capacitado o un médico radiólogo.<sup>94</sup>

### 5.2.3. Fotografías posadas

Tratándose de fotografías tomadas posando para obtener una representación de lo que se supone habría sucedido o, videocintas o películas así tomadas, se trata en realidad de reproducciones artificiales de escenas en las que aparecen gente, objetos, automóviles

<sup>92</sup> McCormik on Evidence, pp. 377 y 378.

<sup>93</sup> No resulta de utilidad hacer un descubrimiento y ofrecimiento como elemento probatorio de imágenes fotográficas ampliadas, cuando bien pueden ser utilizadas como apoyo visual de ser ofrecidos sus originales como elementos probatorios.

<sup>94</sup> Imwinkelried/Blinka. *ob. cit.*, p. 163.



etcétera que son colocados para ser fotografiados como estaba la escena al ocurrir los hechos.

Su *valor sustantivo* deviene de que, al reproducir la escena y colocar personas y objetos, ello se realiza basado en información que proviene de *referencia y opiniones que van más allá de lo de la declaración del testigo en juicio*.

Ello hace que esas fotografías no sean simplemente un *apoyo visual*, sino que su valor *sea sustantivo* y, por lo mismo, para *acreditarlas o autenticarlas* no baste simplemente que el testigo diga que lo que aparece en ellas es una fiel y exacta imagen de lo que expresa en su declaración.

Podrían ser admitidas, si describen las posiciones de personas y objetos como se refleja en un testimonio que *no está en disputa*. Al ser que frecuentemente se preparan basados en la versión de una de las partes, se consideran tendenciosas. El riesgo está en que el fotógrafo actúe con tendencia a enfatizar el testimonio del testigo de la parte que lo ha ofrecido y, con ello, mostrar de esa manera los hechos ocurridos y ello podría ser engañoso. Esto puede llevar a que el tribunal las excluya<sup>95</sup> y no permita su uso en juicio al considerarlas impertinentes.

#### 5.2.4. Películas, videos y grabaciones de sonido

La película o la videograbación pueden ser también *testigos silentes* del hecho, por cuanto realizan una captación real del hecho (las cámaras instaladas en bancos, centros comerciales, residencias que captan mediante fotografía o videograbación el momento del hecho delictivo, por ejemplo, del robo). Casos en los que el testimonio de un testigo de los hechos no es posible —pues se trata de un video o película o fotografía tomados por cámaras de vigilancia— sin testigo y sin fotógrafo.

Por ello, su *autenticación* exige la acreditación del proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o videograbó o filmó la imagen<sup>96</sup> y, de la cadena de custodia.<sup>97</sup> No es necesario que acuda como testigo el

empleado o representante del banco o empresa para esa *acreditación o autenticación*. Para establecer una adecuada base y *acreditarla o autenticarla*, el que la ofrece debe demostrar el proceso de cómo la cámara es activada; la escena fotografiada o grabada y la película procesada, lo que no le exime del deber de presentar como testigo en juicio a la persona idónea —por ejemplo: policía de investigación; investigador privado; perito en video forense— que la hubiere recolectado y revisado dicho proceso. Aunque no es necesario, la *acreditación o autenticación* puede ser realizada por el encargado de la operación del sistema.

Las películas, videos y las grabaciones de sonido con *valor sustantivo* representan eventos que acontecen fuera del tribunal, contando con un potencial poder persuasivo que se debe considerar, pues aquí sí se trata de pruebas.

De ahí que su *acreditación o autenticación* no sea la que se exige cuando su uso es simplemente para *ilustrar*. En este caso, la exigencia es mayor. Quedan aquí comprendidos los casos de: a) videocintas y filmes realizados sin seguir un guión, no planeados o improvisados; b) grabaciones que siguen un guión; c) reproducciones de grabaciones de videocintas y, d) grabaciones de sonido.

#### a) Videocintas y filmes realizados sin seguir un guión

Aquí, no se trata de simulaciones ni reproducciones de los eventos de la controversia. Con los mismos se presentan grabaciones que muestran lugares (ejemplo: destruidos, dañados, contaminados, con fuego, desolados, en fin); igualmente filmes de la Policía tomados después de la detención de una persona ebria o intoxicada, o de la práctica de la prueba del alcoholímetro; o videos tomados a la víctima que alega no poder caminar como producto de la lesión causada y que lo muestran corriendo, practicando deporte; videos tomados después de la escena del delito; videos

<sup>95</sup> McCormik on Evidence. p. 377.

<sup>96</sup> Son aceptadas como evidencia, bajo la llamada Teoría de la Autenticación de los Testigos Silentes (“silent witness theory of authentication”), cuando una adecuada base o fundamento se ha satisfecho. **Se trata de que el que ofrece la evidencia muestre el proceso de cómo la cámara es activada; la escena fotografiada o grabada y la película procesada.**

<sup>97</sup> Chiesa... Tratado. *ob. cit.*, p. 967. En el mismo sentido Fischer. *ob. cit.*, p. 823, quien los refiere además como testigos que hablan por sí mismos.



tomados por cámaras de seguridad que muestran el momento del asalto, etcétera.

Como se ve, estas grabaciones muestran imágenes que presentan información que *en sí misma* tiene valor probatorio, con lo cual son más que un mero *apoyo visual*. Deben ser *autenticadas* o *acreditadas* por quien tomó el video o filmó, o por un testigo que estuvo presente cuando se grabó o filmó, o bien por un testigo que percibió los eventos, por lo que no se requiere necesariamente para ello de la presencia y declaración de quién videograbó o filmó.

Si se trata de testigos silentes, la acreditación puede realizarse a través de quien recolectó la imagen o video grabados —por ejemplo: policía de investigación o investigador privado—, pero requerirá también de un perito competente —que normalmente lo es un perito en video forense o alguien entrenado en ello, como ciertos elementos de la Policía o ingenieros en electrónica— que explique el proceso para su producción.

Como es posible que este tipo de videograbaciones o filmes se puedan utilizar únicamente para *ilustrar* o como *apoyo visual*, para lo cual basta que el testigo diga que la escena se corresponde con lo que él mismo trata de describir.

Debe tenerse cuidado en que, bajo ese pretexto se quiera evitar haber cumplido con su descubrimiento y ofrecimiento, así como con las exigencias de su estándar de *acreditación* o *autenticación*, que es mayor al que en realidad se esté frente a una evidencia *con valor sustantivo*.

Si en juicio, una parte pretende usar este tipo de evidencia simplemente para *ilustrar*, la parte contraria y el juzgador deben estar atentos a que al ser presentada para su utilización no contenga *información sustantiva* pues, de ser así, debe negarse su uso o detenerse, siendo aquí la discreción del tribunal muy importante. Si la parte que pretende utilizar en juicio este tipo de evidencia duda sobre si se trata de un mero *apoyo visual* o *si tiene valor sustantivo*, mejor resulta descubrirla y ofrecerla como elemento de prueba que presentará en juicio.

Como los videos o filmaciones improvisadas contienen imágenes en movimiento, puede ser que el testigo que vio el evento contenido en ellas puede referirse quizá no a todo sino a una parte que fue lo que vio y, con ello, la información que vierta sea menor a la que existe en la escena grabada. Aquí destaca el porqué debe apreciarse, si la misma aporta *en sí valor sustantivo*.

Podría ser que quien tomó ese video o filmación muestre intencionalmente o no un particular punto de vista. Entonces, no bastará la sola declaración del testigo para *autenticarla* o *acreditarla*, será necesario acreditar el proceso de grabación como la producción de la grabación, pues es claro que la cámara no puede ser sujeta de contraexamen mientras que el que tomó las imágenes sí.<sup>98</sup>

## b) Videos o filmes que siguen un guión

En ocasiones, los videos o filmes no son improvisados, sino que son planeados, siguen un guión. Son grabaciones preparadas por quienes representan a la víctima que se le hacen en su vida diaria para mostrar al tribunal las consecuencias de la lesión que le fue causada (ejemplo: como se arrastra para desplazarse en su hogar; como es ayudado a tomar sus alimentos, vestirse, etcétera).

El propósito de quién hace la grabación y del lesionado, es mostrar los efectos del daño que sufrió, por ello, debe tenerse especial cuidado en su fidelidad.<sup>99</sup> Suelen *autenticarse* o *acreditarse* a través de un perito médico y, en todo caso, su uso en juicio está bajo la discreción del tribunal.

Es evidencia propia para acreditar la reparación de daño y, por consiguiente, deben ser descubiertos y ofrecidos como elementos probatorios para ello y por parte del fiscal, en el escrito de acusación; o bien, por la víctima en el plazo máximo que para ello le otorga el CNPP durante la fase escrita de la etapa intermedia.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> McCormik on Evidence. p. 379.

<sup>99</sup> McCormik on Evidence. p. 380. A este tipo de prueba se le conoce como *A day in the Life film*.

<sup>100</sup> Artículo 338 del CNPP. Llamo la atención del riesgo que importa la previsión del artículo 337 tercer párrafo última parte del CNPP que permite al Ministerio Público y a la víctima hacer entrega de sus informes periciales hasta tres días antes de la audiencia intermedia, pues ello les coloca en situación de poder perder la prueba respectiva ya que la misma debe ser descubierta, para el acusador, a más tardar con su escrito de acusación y para la víctima en el plazo de ofrecimiento con el que cuenta en la fase escrita de la etapa intermedia.

## c) Reproducciones de Grabaciones de Videocintas

Son casos de videocintas que no grabaron originalmente el evento, pero que representan la reproducción de una parte del mismo, utilizando personas reales en lugar de figuras animadas.

Es el caso de videograbaciones tomadas de partes de videos originales, que se suele presentar a fin de no utilizar la videograbación íntegra —que pudiera ser que no aporte nada en la mayor parte de su duración—, sino solo aspectos de ella.

Igualmente, pueden ser utilizados como *apoyo visual*, si es para ilustrar lo que el experto quiere referir, esto es, para ilustrar la opinión del perito acerca de que fue lo que sucedió. Por el contrario, si tienen *valor sustantivo en sí*, igualmente se *acreditan* o *autentican* con la declaración del perito, en el sentido que representan de una manera fiel y justa su opinión y que representan justamente la declaración en la que el experto basa su punto de vista.

Por contener valor sustantivo, se exige además de la acreditación del proceso de su reproducción.<sup>101</sup> Normalmente interviene para ello un perito en video forense.

## d) Grabaciones de sonido

Narraciones de eventos se ofrecen como parte de un video o filmación, generando la posibilidad de que mientras lo que muestra el video o filme sea admitido, la grabación del sonido no lo sea. En estos casos, se opta por eliminar el sonido.

La tecnología permite grabar comunicaciones de personas que son escuchadas, pero no vistas (por ejemplo, a través de cintas de grabación, mensajes de voz, máquinas contestadoras). La autenticación o acreditación de grabaciones de sonido y de conversaciones entre personas o por teléfono siempre inicia identificando a los participantes a través de sus voces.<sup>102</sup> Puede provenir de un testigo que escuchó las

voces cuando fueron grabadas, declarando que el sonido de esa grabación es un registro fiel de lo que el testigo escuchó.

A pesar de necesitar para ser producidas de la declaración de ese testigo, poseen *valor sustantivo en sí* por cuanto su contenido: como mensajes, conversaciones u otros sonidos. Por lo complejo que resulta identificar a quién llama de fuera, dados los avances tecnológicos, la *autenticación* o *acreditación* de ello no es similar.

Es posible acudir a métodos circunstanciales para identificar la voz, por ejemplo, la referencia a otros eventos en los que existieron conversaciones y que permiten identificar la voz de quién realizó la llamada;<sup>103</sup> o por declaración de un testigo que ha escuchado antes esa misma voz —por ejemplo, porque ha hablado antes telefónicamente con la persona a quién la atribuye y que conoce— y la puede reconocer como la voz de esa persona.

**Concluyo:** Conocer el concepto y el uso correcto de la evidencia demostrativa abona en una mejor práctica procesal y en la toma de decisiones judiciales más acertadas sobre la prueba de los hechos en controversia.

Tras 106 años de vida de la Escuela Libre de Derecho, con mi ingreso a esta destacada academia, hemos sido cinco los egresados de esta casa de estudios los que hasta hoy se han admitido como Miembros de Número. Don José Ángel Ceniceros, fundador y su primer presidente; don Francisco Javier Piña y Palacios (fundador y tesorero); don Juan José González Bustamante (secretario y vicepresidente de 1959 a 1962) que presentara el trabajo intitulado “Ensayo Sobre el Miedo en la Legislación Mexicana” que le contestara don José Torres Torija y mi maestro, quién fuera un ejemplo y guía a seguir, don Raúl F. Cárdenas Cordeiro que ingresara a la academia en el año de 1969 con el trabajo intitulado “Los delitos culposos” contestado por don Juan José González Bustamante.

Hoy, 38 años después de él, me corresponde al alto honor de ingresar a la misma en calidad de Miembro

<sup>101</sup> Vid. McCormik on Evidence. *passim*.

<sup>102</sup> Park/Leonard/Goldberg, *ob. cit.*, p. 584, refieren que algunas Cortes son menos rigurosas en la familiaridad requerida para que el testigo identifique la voz como de una persona; así, la declaración de un testigo en el sentido que la voz que escuchó por teléfono es la misma que escuchó un mes después de una persona, es suficiente para su identificación. Sin embargo, los expertos difieren sobre la validez de las características de la voz, e incluso, algunas Cortes han ordenado que sea utilizado un espectógrafo de sonido para identificar la identidad de las voces en una conversación.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

de Número. Agradezco a sus integrantes por haberme distinguido con su consideración para formar parte integrante de este selecto grupo de juristas. Al destacado jurista y procesalista don Sergio García Ramírez por haber aceptado dar respuesta a mi trabajo de ingreso y a todos los aquí presentes.

## 6. Bibliografía

- Carlos Roberto Solórzano Garavito. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. Tercera edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- Christopher B. Mueller B y Laird C. Kirkpatrick. *Evidence*. Third edition. Aspen Publishers, New York, 2003.
- Edward J. Imwinkelried y Daniel D. Blinka. Criminal Evidentiary Foundations. Second Edition. LexisNexis, 2007. p. 144 (traducción del autor).
- Elpidio Batista Ortiz. El Abogado Defensor Puertorriqueño. Situm, 2007.
- Ernesto L. Chiesa. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Vol. II. Reimpresión. Forum, 2008.
- \_\_\_\_\_. Derecho Probatorio. Repaso Intensivo para la Reválida Estatal: 2014. (revisión y actualización Prof. Vivian I. Neptune Rivera). Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Fideicomiso para la Escuela de Derecho.
- \_\_\_\_\_. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Reimpresión. Publicaciones JTS, Estados Unidos de Norteamérica, 2005.
- George Fischer. Evidence. Second Edition. Thomson Reuters/Foundation Press, 2008.
- Graham C. Lilly. An Introduction to The Law of Evidence. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul Minn.
- Jon R. Waltz y Roger C. Park. Evidence. Cases and Materials. Updated Tenth edit. Foundation Press. Thomson West.
- Jorge Tirado Hernández. Curso de Pruebas Judiciales. Parte General. T. I. Ediciones Doctrina y Ley LT-DABogotá, 2006.
- José Hilario Caicedo Suárez. El Proceso Penal Acusatorio en Colombia. Universidad Libre. Bogotá, 2015.
- Kenneth S, Broun *et al.* McCormik on Evidence. Sixth Edition. Thomson West 2006.
- Leonardo Moreno Holman. Teoría del Caso. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (dir. Alberto Binder). Ediciones Didot, Argentina 2012.
- Manuel Miranda Estrampes. Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. 2da. Edición. UBIJUS. 2017 (Capítulo Introductorio).
- Michael H. Graham y Edward D. Ohlbaum. Court Room Evidence. A Teaching Commentary. Nita, 1997.
- Rafael Blanco Suárez, *et al.* Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. 4ta. Ed. LexisNexis. Chile. 2006.
- Rodolfo Félix Cárdenas. Prólogo a la 1ª edición mexicana de la obra de Manuel Miranda Estrampes, Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. UBIJUS, 2013.
- \_\_\_\_\_. Prólogo a la 2da. edición mexicana de la obra de Manuel Miranda Estrampes, Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. UBIJUS, 2017.
- Roger C. Park, David P. Leonard y Steven H. Goldberg. Evidence Law. A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials. Second Edition. Thomson West, 2004.
- Thomas J. Garner y Terry M. Andersen. *Criminal Evidence. Principles and Cases*. Eleventh Edition. Wadsworth Cengage Learning, United States, 2010.

### *Legislación.*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto reformado el 18 de junio de 2008).
- Código Nacional de Procedimientos Penales (texto reformado el 17 de junio de 2016).
- Federal Rules of Evidence 2008-2009 Edition. Thomson West.
- Reglas de Evidencia Para el Tribunal General de Justicia, 1979. Lex Iuris. Puerto Rico.



## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

Juan Carlos Delgado Siles  
Ricardo Colin García  
Daniel Alexander Conde González

Universidad Autónoma del Estado de México  
Centro Universitario UAEM Texcoco,  
Estado de México, México  
Correo-e: jcarlos\_1721@hotmail.com

**RESUMEN:** El paradigma de las medidas de seguridad, entre las que se encuentran las Medidas Cautelares, reviste un cúmulo de factores que merecen tomarse en cuenta desde su génesis, a partir de una política criminal derivada de un derecho penal de expansión que ha creado instrumentos con carácter inocuizador y/o neutralizador dirigidos a los sujetos señalados como partícipes de un hecho delictivo, que se supone, podrían representar altos niveles de peligro que entorpezca al proceso, empero, también ha servido de base para la implementación de un derecho penal de riesgo, con el que se viola el principio de presunción de inocencia, y por consiguiente se observa que estos instrumentos coercitivos en poco o nada ayudan a la disminución de inseguridad en nuestro país y mucho menos a la erradicación de la delincuencia, de ahí la necesidad de un análisis de esta figura a partir de la potestad aseguradora del Estado para suministrarlas.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas cautelares, política criminal, derecho penal de expansión, presunción de inocencia, peligrosidad, pena anticipada, medidas de seguridad, derecho penal mínimo.

**ABSTRACT:** The paradigm of security measures, among which are the Precautionary Measures, has a cladding of factors that deserve to be taken into account since it is genesis, from it is assistance to Criminal Law derivative of a criminal law of expansion that have been created as instruments with an innocuous and/or neutralizer character, that supposed to could represent a degree of high hazard levels that hampers the process itself, has also served as the basis for the implementation of a Criminal Law of Risk, which it's violated the presumption of innocence and that doesn't help the decrease of insecurity in our country and much less to the crime eradication, hence the need for an analysis of this figure from the insuring power of the State to supply them.

**KEYWORDS:** Precautionary measures, criminal policy, criminal law of expansion, presumption of innocence, dangerousness, anticipated punishment, security measures, minimum criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Esencia punitiva del Estado. 3. Surgimiento de las penas y medidas de seguridad. 4. Necesidad de determinaciones objetivas en la imposición de las medidas cautelares. 5. Consecuencias de la aplicación de las medidas cautelares. 6. Legalidad vs. justicia en la aplicación de las medidas cautelares. 7. Tendencias de las medidas cautelares hacia un derecho penal de expansión. 8. Inhumanismo de las medidas cautelares. 9. Conclusión. 10. Bibliografía.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida.

*Beccaria*

## 1. Introducción

De competencia general y de interés limitado se observa el tema de las *medidas cautelares* en el sistema penal acusatorio en México, a partir de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, en considerable medida por la escasa notoriedad de los pronunciamientos al respecto y por el reconocimiento generalizado a grado aplaudible por parte de la sociedad, sobre la existencia de estos instrumentos, no solo en la praxis, sino también doctrinariamente debido a que “la concepción dogmática hoy dominante es, pues, de signo teleológico y consecuencialista, y asume una racionalidad valorativa”,<sup>1</sup> hincada sobre la necesidad de un derecho penal de peligrosidad y neutralización que como producto de una política criminal de carácter expansionista, se conduce y suministra por simple señalamiento engendrando toda acción punitiva, ajena a los postulados del derecho penal de culpabilidad, que lo transforman en un instrumento de guerra y violencia legítima por parte del Estado sobre la sociedad, anteponiendo cualquier instrumento de control de las acciones de los particulares *verbi gratia* con la imposición de medidas de seguridad de carácter asegurativo e inocuidador, visiblemente traducidas en penas o sanciones anticipadas carentes de toda comprobación, que quebrantan el fundamento limitador de las facultades coercitivas del Estado, no obstante que “Durante los últimos siglos el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) ha constituido para la doctrina mayoritaria en el ámbito jurídico

del derecho continental’ un límite al *ius puniendi*, tanto a nivel de creación como de aplicación de normas penales”.<sup>2</sup>

Así, como muestra de estas normas penales específicamente de carácter adjetivo, se advierte una novedad en el actual sistema de justicia penal con las medidas cautelares, como medidas de seguridad surgidas de una política criminal maximizadora del derecho penal, que emanan a la par de la venganza pública y/o aparición del Estado con su capacidad “para aplicar penas al autor de un delito”,<sup>3</sup> por consiguiente el *ius puniendi* o la facultad de tomar en sus manos la imposición de sanciones incluso anticipadas para supestando garantizar la administración de la justicia penal, después de todo, la aceptación del Estado como ente regulador del comportamiento del hombre que vive en sociedad, bajo su potestad coercitiva, lo legitima como “único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena”.<sup>4</sup>

De lo que se sigue que en la historia del hombre, en cuanto a la pena, siempre se han entendido que esta es “... un mal impuesto al delincuente en retribución al delito cometido”,<sup>5</sup> y sabemos que “desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable”,<sup>6</sup> aunque se entiende que la culpabilidad, por supuesto, debe satisfacer al “conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”,<sup>7</sup> no obstante que en la práctica es evidente que las penas descritas no solo son impuestas a quien comprobadamente haya cometido afectaciones a la sociedad o a los particulares, puesto que, de facto siempre se ha castigado o sancionado de forma adelantada, pues con la imposición de sus medidas de seguridad de carácter preventivo por mera sospecha o señalamiento, se da paso a la presunción de culpabilidad, motivo suficiente para castigar de forma adelantada, al amparo del ejercicio de “una función

<sup>1</sup> Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, Texto revisado y ampliado sobre el que se basó la ponencia presentada el día 20 de octubre del año 2001 en Córdoba (Argentina), con motivo de las jornadas internacionales en homenaje al profesor Claus Roxin. España, p. 4.

<sup>2</sup> Cárdenas Aravena, Claudia Marcela, El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios Año 15 - No 2, 2008, pp. 69.

<sup>3</sup> Quisbert, Ermo, “Historia del Derecho Penal A través de las Escuelas Penales y sus Representantes”, CED, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2008, p. 20.

<sup>4</sup> López Betancourt, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho Penal”, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 67.

<sup>5</sup> Jiménez Martínez, Javier, “La Estructura Normativa del Delito”, Editorial Flores, México, 2014, p. 1178.

<sup>6</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “Lecciones de Derecho Penal”, Editorial Oxford, México, 1999, p. 129.

<sup>7</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “Principios de Derecho Penal. La Ley y del Delito”, Editorial Sudamericana Buenos Aires, 1990, p. 352.



garantista frente a la aplicación de penas sin culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero no garantistas en un Estado de derecho”<sup>8</sup> aun con la instauración de instrumentos de control formal, dentro de las que se encuentran las medidas de seguridad de carácter asegurativo, conocidas en el ámbito penal como medidas cautelares, que pueden ser un instrumento efectivo en el tratamiento de las personas que son investigadas por sus supuesta participación en un hecho delictivo, pese a que, “... resultan uno de los ámbitos donde se refleja con claridad la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de derecho de respetar los derechos fundamentales del individuo sujeto a proceso”<sup>9</sup>, proclamados en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos bajo el aforismo de carácter supremo del *In Dubio Pro Reo*, respaldado por los artículos 14, párrafo segundo; 16, 19, y 21 en sus primeros párrafos, y 102, apartado A, segundo párrafo, de nuestra carta magna que de igual forma fundamentan y respaldan al principio de presunción de inocencia, en relación a lo dispuesto por los artículos 17, segundo párrafo, y 23, dándole carácter de mandamiento con jerarquía constitucional.

## 2. Esencia punitiva del Estado

En el afán de discernir la condición de las facultades del soberano con procedencia de una política criminal expansionista del derecho penal, se debe entender que es a partir de la evolución cognitiva del ser humano, en la cual este descubre la necesidad de convivir con sus semejantes, de forma aparejada, revelándose así la importancia de vivir en un estado armónico, no solo con su medio ambiente, sino con sus semejantes, lo cual lo obligó rousseauianamente “a encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda

fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y quede tan libre como antes”<sup>10</sup>.

De manera que, de forma subjetiva voluntariamente el hombre consiente, pone en manos de un soberano la facultad de ejercer acción en contra de aquellos que no se adaptasen a la sociedad misma, a través de la creación de instrumentos de control social paridos de una “ideología, de aceptación donde la sociedad recibe con beneplácito y por su bien, no solo las políticas del Estado sino de aquellos que desde altas esferas ejercen el poder político, económico y social”<sup>11</sup>.

Luego entonces, vemos que es a partir del surgimiento de esa política aristotélica en donde convergen las tres formas de ejercer el poder, en las que se encuentran, “a) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; b) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; c) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado”<sup>12</sup>, de donde emana la política criminal y principalmente de esta última, que le corresponde al Estado, siendo aquel la única entidad quien puede ejercer acciones coercitivas, hacia quienes se encuentren en la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, en atención a que solo este órgano máximo de gobierno será “aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima”<sup>13</sup>, con lo que reafirma su poder punitivo, a partir de su jurisdicción para prohibir y castigar las acciones u omisiones enmarcadas como tipos penales.

De ahí que, tanto los juicios generales de desvalor en comento, como las penas, son producto de una política criminal que envuelve al “conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo

<sup>8</sup> Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, España, p. 12.

<sup>9</sup> Chacón Rojas, Oswaldo y otros, “Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio”, Secretaría de Gobernación, México, 2008, p. 17.

<sup>10</sup> Rousseau, Jean Jaques, “Contrato social”, Ed. Espasa Calpe, España, 2007, p. 45.

<sup>11</sup> García Ramírez, Francisco J., “El control social sobre el individuo, la sociedad y el Estado, de la cohesión social a mundo neoliberal”, Ed. CESCIIUC, México, 2013, p. 36.

<sup>12</sup> Rivera Beiras, Iñaki y otros, “Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”, Ed. Anthropos, España, 2005, pp. 15 y 16.

<sup>13</sup> Weber, Max, “La política como Vocación”, Ed. Alianza, 2009, Traducido por Rubio Llorente Francisco, pp. 83-84.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”.<sup>14</sup> En aras de continuar con el equilibrio social que caracteriza a los sistemas democráticos, por la toma de decisiones comunes que puedan considerarse efectivos contra hechos delictivos cada vez más preocupantes, y por delinquentes cada vez más prolíferos, a los que se debe suministrar penas una vez que se haya comprobado su plena culpabilidad y participación en el injusto.

De ello resulta necesario admitir que por la descripción que precede, se entiende que todo sistema de gobierno, para su funcionamiento habrá de valerse de la tipificación de conductas que, por su antijuricidad, merezcan una vez desahogada la secuela probatoria, de una pena que cumpla con su objetivo, no solo en el ámbito de la prevención especial que con efectos retributivos recaigan directamente en quien infringe la norma, sino también con el de la prevención general que habrá de observar la colectividad.

Por tanto, con el reconocimiento de la complejidad social “en cuanto sistema, en la cual el hombre aparece situado ante el amplísimo horizonte de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para elegir, lo cual supone contingencia de riesgo”,<sup>15</sup> se admite también la necesidad de instrumentos coercitivos con los que debe contar la autoridad gubernamental para actuar ante desordenes, tanto colectivos como individuales, eso sí, en estricto apego a los derechos de los gobernados y siempre con pleno respeto a las garantías de las personas a un debido proceso, pues debe considerarse que:

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*dueprocessmodel*), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del sospechoso y considerar los derechos procesales como un necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado, por estimar los derechos de éste, consustanciales al derecho procesal y por tanto, irrenun-

ciables por el individuo a quien el Estado garantiza tales derechos a través de una tutela jurídica efectiva.<sup>16</sup>

De manera que para el logro de la efectividad planteada en ese modelo de presunción de inocencia, nuestro sistema social, ha transitado por una odisea dirigida hacia la concepción de un sistema penal que desafortunadamente, en la actualidad ha expandido su punición con acciones *ex ante*, a través de los instrumentos de carácter tanto correctivo, como preventivo comprendiendo mecanismos conocidos como medidas de seguridad, de la que se desprenden las medidas cautelares, mismas que merecen especial atención en el presente trabajo, pues deben considerarse como la base de cualquier historial en materia de procesos penales.

### 3. Surgimiento de las penas y medidas de seguridad

Para entender y de alguna forma justificar la necesidad de la existencia de las medidas de seguridad en la alquimia del derecho penal, vemos que en la historia del hombre, es desde su faceta de nómada, en donde la sociedad se regía por costumbres, era el alfa quien aislaba de los demás a quien osaba perturbar la paz del clan, prohibiéndole concurrir a determinadas reuniones que se llevaban a cabo, y aunque en este antecedente aún no se tenía una legislación como un “Derecho codificado”,<sup>17</sup> que sustentara dichas medidas, se pensaba que, de este modo se evitaba la sustracción de la persona a la que se le impondría un castigo para “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”,<sup>18</sup> con estas acciones, se impedía también que se causara un daño como “perjuicio, lesión, o detrimento que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión”<sup>19</sup> que pueda ser mayor al que se le presumía había cometido, y por tanto desde entonces se obligaba a la regulación

<sup>14</sup> Borja Jiménez, Emiliano, “Curso de Política Criminal”, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, p. 22.

<sup>15</sup> Montoro Ballesteros, Alberto, “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakob”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*. Vol.8. p. 366.

<sup>16</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia”, Ed. Anaya, México, 2015, p. 21.

<sup>17</sup> Marqués Romero, Raúl, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 2291.

<sup>18</sup> Beccaria, “Tratado de los Delitos y de las Penas”, Editorial Porrúa, México, 2016, p. 31.

<sup>19</sup> Nuñez Martínez, Ángel, “Nuevo diccionario de Derecho Penal”, Editorial Librería Maleja, México, 2004, p. 298.

de acciones punitivas de aseguramiento, aplicables a quien fuere señalado como presunto responsable del injusto.

La instauración de estas normas consuetudinarias en cuerpos normativos formales, se fue dando de forma sistemática de acuerdo al lugar y a la época, y uno de los más representativos, sin duda fue el de las doce tablas en el año 455 a.c., que “Constituye el texto jurídico, de esa época, más completo y trascendente, es decir, fuente de todo el derecho público y privado”.<sup>20</sup> De estos ordenamientos provenientes de Roma, donde el Estado como “comunidad política desarrollada”,<sup>21</sup> ya era participe en la solución de conflictos, destaca el nacimiento de la figura del “*addictus*”, en “referencia a encontrarse sujeto al cumplimiento de un estipulamiento, obligación o castigo impuesto”,<sup>22</sup> incluso como imposiciones preliminares.

De lo anterior se desprende que, estos castigos previos, impuesto por las autoridades, eran con el objetivo de seguir los ordenamientos jurídicos, que se cumplieran lo más ideal posible, respetando los derechos y consiguiendo acuerdos, so pena que, de no ser así, esta medida pasaba a segundo término con la sentencia, como “acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo”,<sup>23</sup> dando como resultado la emisión de una sentencia que diera fin al proceso que lo originó.

Luego entonces, de manera formal y legislativa, en cuanto a la codificación de las medidas de seguridad, vemos que:

Le corresponde al penalista zuriqués Carl Stooss el mérito de haber indicado ese camino. Su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893 no solo prevé como reacción al hecho la pena adecuada al hecho y a la culpabilidad, sino que contiene asimismo la novedad de las así llamadas medidas de seguridad según ello, los autores inimputables o seminimputables debían poder ser internados, cuando la seguridad pública lo exigiera; los

reincidentes múltiples debían ser colocados en custodia –en lugar de ser penados–, cuando el tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir; los delincuentes cuyos delitos se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad deberían poder ser enviados a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios.<sup>24</sup>

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que las medidas de seguridad desde un inicio tenían dos vertientes, debido a que por una parte se tendrían que diseñar instrumentos de carácter correctivo para aquellos inimputables que, por sus características cognitivas y volitivas, no eran susceptibles de que se les aplicara una pena, dentro de los que se encontrasen aquellos que padecieran un trastorno mental permanente o transitorio, y por otra parte, instrumentos de seguridad con carácter preventivo, con los que se asegurara el éxito del proceso sin que hubiese riesgo alguno en el transcurso de la secuela procesal, por lo que surgen desde aquellos momentos las llamadas providencias precautorias o medidas cautelares.

Antecedente ante el cual resulta evidente que las intenciones de las medidas cautelares tienen un fin, que es la prevención de riesgos en un proceso de carácter penal. Empero: el problema surge cuando nos percatamos que el derecho violado resulta ser un supuesto, toda vez que en este estadio procesal aún no se determina si la causa del proceso es real o simple y verdadera confusión.

De ahí que la constante aplicación de estas medidas, que se supone, orientan a prevenir la sustracción de la persona que se encuentra en calidad de investigada “respecto del cual existen indicios para creer que es responsable de un delito”,<sup>25</sup> sin siquiera haber desahogado prueba plena “que demuestra cabalmente un hecho”,<sup>26</sup> se toma como un total desorden procesal. Sin embargo, y a pesar de ello, el Estado con su multiplicada potestad punitiva tiene la facultad de imponer una o varias obligaciones al indiciado a fin de que no

<sup>20</sup> López Guardiola, Samantha Gabriela, “*Derecho Romano I*”, Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012, p. 76.

<sup>21</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 1556.

<sup>22</sup> Aced Penco, Ángel, “*Estudios Jurídicos de Aproximación de Derecho Latinoamericano y Europeo*”, Editorial Dykinson, España, 2014, p. 26.

<sup>23</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 920.

<sup>24</sup> Frisch Wolfgang, “*Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal*”, Revista Para El Análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2007, (3) (1-52) p. 5.

<sup>25</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 540.

<sup>26</sup> *Ibid.*

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

se sustraiga de la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”,<sup>27</sup> con lo que se da pie a toda una serie de transformaciones en el sistema penal como producto de una demanda social hacia un expansionismo del mismo.

Expansionismo penal que obedece a un sistema político-económico que dirige su política criminal con una “tendencia general maximalista representada por la creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.<sup>28</sup>

En ese orden de ideas, vemos que la transformación que sufrió la impartición de justicia penal tanto en su parte sustantiva como en su parte adjetiva, y en particular sobre la aplicación de medidas cautelares, no es nuevo y se reafirma su consolidación con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, con importantes cambios en la citada legislación, pero principalmente en nuestra carta magna, en su numeral 19 que en el segundo párrafo en donde se hace referencia a las providencias precautorias y en especial a la *ultima ratio* de estas, pues establece que:

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.<sup>29</sup>

Normatividad que se ratifica con el contenido del artículo 167 del Código Nacional De Procedimientos Penales que de forma literal establece que, se consideraran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguientes: homicidio, genocidio, violación, traición

a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, tráfico de menores y contra la salud. Es decir, con la comprobación de la existencia de premisas que dan fe de que verdaderamente existe un riesgo para los que están involucrados en una secuela procesal en particular y en especial en lo que reza el párrafo constitucional en comento en el que se pone en claro que habrá trato especial a delincuentes en potencia pues “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.<sup>30</sup>

#### 4. Necesidad de determinaciones objetivas en la imposición de las medidas cautelares

Bajo la tesis expuesta, es de considerarse que, se debe pugnar porque el proceso para emitir estas determinaciones este totalmente revestido por la comprobación de la culpabilidad del investigado y que ello sirva como condicionante que permita tener en igualdad de circunstancias a las dos partes en conflicto y una vez comprobada la responsabilidad imponerle la sanción correspondiente. De igual forma se debe pugnar porque, bajo esas circunstancias se podrá justificar la imposición de las medidas que permitan garantizar la sustracción del inculcado y/o la reparación de un bien jurídico protegido que haya sido afectado, a través de la “facultad que se le da consecuentemente a un tutor por el legislador, mediante la creación de tipos penales”.<sup>31</sup> Ahora bien, estos verbos rectores, deben consistir en “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reproachable y punible”,<sup>32</sup> puesto que, al materializarse se estaría ante un hecho delictivo merecedor de una sanción. Aunque desde una lógica elemental, vemos que no obstante a su potestad punitiva, el juzgador, no puede

<sup>27</sup> Marqués Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2258.

<sup>28</sup> Silva Sánchez, J.M., “*La expansión del derecho penal*”, Ed. EDISOFER, España, 2011, pp. 17-18.

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel y otros, “La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia”, Editorial Tirant Lo Blanch, México D.F., 2014, p. 330.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 168.

<sup>32</sup> Jiménez, Martínez, *op. cit.*, p. 558.

imponer una pena a una suposición, pues de todos es sabido que no debe haber pena; si no hay crimen *nulla poena, sine crimine*. O por lo menos no debe sumministrarse sanción real y/o personal alguna, a quién no se le haya comprobado su participación en un hecho delictivo, incluso, no tiene porqué imponerse actos de molestia alguno sin un sustento firme como lo exige el numeral 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.<sup>33</sup> Luego entonces, debe entenderse que las medidas cautelares contempladas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, son actos de molestia basados en supuestos de aplicación, por cierto obscuras, pues hasta ese momento procesal, no se cuenta con la certeza y veracidad de que el imputado haya cometido la falta o hecho delictivo del que se le investiga.

En suma, vemos que, estos actos de molestia atentan contra la presunción de inocencia, que en estricto apego a derecho habrá de ser superada solo “cuando consta prueba, de cargo suficiente, que demuestra los extremos facticos de la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del inculpaado, cuya carga corresponde a la parte acusadora”,<sup>34</sup> a quien desde luego, es visible que se le da más atención y el investigado es prácticamente ignorado. Luego entonces el procesado se encuentra en franca desventaja, pues no se le permite ser escuchado y vencido en juicio como lo marca nuestra misma carta magna en su artículo 14, que a la letra dice: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.<sup>35</sup>

## 5. Consecuencias de la aplicación de las medidas cautelares

Ante los evidentes desordenes en la aplicación de estas providencias precautorias, las preguntas obligadas son, ¿y si al término del proceso resulta que la sentencia le beneficia al sujeto y resultase que es absolutoria por no demostrarle su culpabilidad? Como suele pasar en muchas de las ocasiones, ¿qué hay de su dignidad?, ¿Qué hay de los días, las semanas, los meses e incluso los años que el individuo puede estar privado de su libertad ambulatoria, por ejemplo, como lo establece la fracción 14 del artículo 155 del código nacional de procedimientos penales?, y en el mejor de los casos ¿Qué hay de la garantía económica que tiene que exhibir un investigado para continuar su proceso sin que sea encarcelado?, analógicamente sería similar a dar un fuerte medicamento a una persona sana, sin realizar análisis o estudios. Imaginemos un mundo donde el medico determinara el tratamiento de severos padecimientos, sin contar con las pruebas suficientes: ¿y si generara algún daño irreparable de por vida a nuestra salud?, pues es lo que sucede día a día con la aplicación de las medidas cautelares que se aplican en el nuevo sistema penal acusatorio. De ahí que se hace evidente que desde siempre se ha llevado a cabo el ejercicio del proceso penal de forma desmedida con una aplicación que no corresponde a la realidad fáctica y se confirma que toda evolución o cambio respecto a la ley adjetiva en la materia, dejará de ser justa en tanto se apliquen sanciones anticipadas a la comprobación de la participación en un hecho delictivo.

Así, vemos que la anticipación de sanciones contradice la verdadera impartición de justicia en México, como un “sistema de enjuiciamiento que busca tutelar al inocente antes que castigar al culpable”<sup>36</sup> de la que presume el actual sistema de impartición de justicia con sus cambios a partir de las reformas del 2008. Transformación que, por cierto, trajo consigo la creación de nuevos tópicos penales en sustitución de las contempladas en el tan viciado sistema penal inquisitivo, en el que “Por lo general, el procedimiento

<sup>33</sup> Carbonell, Miguel y otros, *op. cit.*, p. 236.

<sup>34</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”, Editorial Anaya, México, 2015, p. 85.

<sup>35</sup> Carbonell, Miguel y otros, *op. cit.*, p. 210.

<sup>36</sup> Medina Peñalosa, Sergio, “Teoría del Delito en el Sistema Penal Acusatorio”, Editorial Rehtikial, México, 2015, p. 50.



## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

se iniciaba de oficio, si bien en ciertos casos, se podía introducir en él, como acusador, el procurador del rey o del señor a quien, conforme a normas de competencia, le correspondía el ejercicio de la acción”.<sup>37</sup> Así mismo la práctica de este sistema, supone la mitigación de las presiones internacionales hacia la defensa de los derechos humanos, como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”,<sup>38</sup> es decir, que estamos ante la presencia del reconocimiento de los derechos humanos de todo individuo, hasta antes de haberse comprobado su participación en una lesión a un bien jurídico tutelado. Por tanto, los derechos humanos suponen garantías suficientes para el ciudadano sujeto a un juicio de carácter penal, que estará seguro de que se le va a administrar un proceso justo en la acusación que pesa sobre él, con la utilización de mecanismos efectivos, pronto y expeditos.

No se contradice la existencia de penas como una “sanción impuesta a un individuo por contravenir las leyes penales establecidas mediante la sentencia que emite el órgano jurisdiccional competente después de cumplir con la etapas procedimentales”,<sup>39</sup> pero si estoy en desacuerdo con sanciones que se equiparan a una pena anticipada, que en el mejor de los casos complace a una de las partes y evidentemente el otro litigante acepta, no por reconocer su culpabilidad ya que no reúne “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”,<sup>40</sup> más bien, porque con ello se evita el calvario de ser sometido a un proceso engorroso que pone en riesgo su tiempo, su integridad e incluso su libertad por lo que, bajo esa tesitura, es de considerarse que la imposición de alguna de las medidas cautelares del artículo 155 del código nacional de

procedimientos penales no resuelve en nada al litigio, es decir, la “disputa o alteración al juicio”.<sup>41</sup>

## 6. Legalidad vs. justicia en la aplicación de las medidas cautelares

Vemos que a pesar de que las transformaciones del sistema penal, en el fondo pugnan por un estado de paz regido por “una concepción garantista en donde se busca proteger los derechos de la víctima y del ofendido, así como los derechos del imputado”,<sup>42</sup> de facto, nuestro sistema penal mexicano utiliza mecanismos que se encuentran apegados a la legalidad como “Principio constitucional por el cual los órganos de gobierno no pueden actuar más allá de lo que la Constitución y a ley les permiten”,<sup>43</sup> pero no necesariamente a la justicia como una “constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”.<sup>44</sup> Es decir, solo como un paliativo legal. De tal suerte que nuestra nación cuenta con un modelo de justicia mitigadora, que aplica medidas que no resuelven en mucho los problemas de fondo, y más bien, se tornan como imposiciones, para salir del paso a problemas que el Estado debería solucionar, sin molestarse en buscar otras alternativas.

Considero que en la evolución de una justicia penal real se requiere de alternativas que impliquen y aseguren la presencia del imputado durante la secuela procesal, sin que por ello necesariamente se tengan que privar de derechos y libertades. Y, en el mismo sentido, dejar la potestad del soberano para ejercer acciones coercitivas, única y exclusivamente para los casos en los que se ha comprobado la participación del hecho delictivo por parte del inculpaado y que, por consiguiente, son justificablemente merecedores de una pena.

De ello resulta necesario admitir que, en todo sistema de justicia, la pena debe verse estrictamente como

<sup>37</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 931.

<sup>38</sup> Carbonell, Miguel, “Los Derechos Humanos en México Régimen Jurídico y Aplicación Práctica”, Editorial Flores, México, 2015, p. 3.

<sup>39</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 759.

<sup>40</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, 1999, p. 234.

<sup>41</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2435.

<sup>42</sup> Esparza, Bernardino, “Análisis Jurídico-Operativo del Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Federal”, Editorial INACIPE, México, 2014, p.2.

<sup>43</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 598.

<sup>44</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2258.

una “Sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida”.<sup>45</sup> Con lo que estoy absolutamente de acuerdo y apoyo la imposición de las mismas, pero solo para los hechos que verdaderamente sean considerados sujetos de la imposición de un castigo que de modo justificado hayan transitado por un proceso apegado a lo dispuesto por nuestras leyes adjetivas en materia penal y principalmente a nuestra carta magna.

En este sentido nuestro órgano máximo de leyes es muy claro al contemplar el derecho de todo ciudadano a ser oído y vencido en un juicio y no imponer medidas que son directamente violatorias al principio de presunción de inocencia como “principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa la actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo”<sup>46</sup>. Tristemente en la praxis este fundamento en el sistema procesal ha sufrido un retroceso, pues los litigios penales se tornan autoritarios, plagados de oscuridad hacia la solución de problemas, con la aplicación de las medidas cautelares. Desde mi punto de vista, dichas medidas, son equívocas y erróneas, toda vez que, no puedes medir algo que no existe y si no existe la responsabilidad comprobada sobre un injusto, por lo tanto, no hay justificación para imponer pena, ni sanción alguna, pues bajo esa insistencia el aforismo *nulla pena sine crimine* es respaldado por el principio de retributividad, según el cual:

la pena es un castigo aplicable cuando se haya cometido un delito. Éste constituye la causa o condición necesaria y suficiente de la pena y ésta se configura como su efecto o consecuencia jurídica. La pena, entonces, no es un *prius*, sino un *posterius*; no una medida preventiva o ante *delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*, que puede exigir condiciones ulteriores, tales como la ausencia de eximentes y las condiciones objetivas de punibilidad y de procedibilidad, además de todo el resto de las garantías penales y procesales que condicionan la validez de la definición legal y la comprobación judicial del delito.<sup>47</sup>

Luego entonces, si no hay comprobación del hecho delictivo, no se puede hablar de una medida de proporcionalidad, dado que las personas que se encuentran en calidad de investigadas no pueden responder por el detrimento de un bien jurídico protegido, pues aún no se tiene la certeza de que sea él quien lo afectó y, por tanto, no se cuenta con la totalidad de los elementos de un hecho delictivo.

## 7. Tendencias de las medidas cautelares hacia un derecho penal de expansión

En efecto, los hechos delictivos que desafortunadamente forman parte ya de nuestra compleja sociedad contemporánea y que, por cierto, obligan a la sociedad misma a interactuar para subsistir, aumentan día a día considerablemente la posibilidad de que algunas de esas relaciones perturben la paz social y redunden en alteraciones lesivas que la convierten en una sociedad de riesgo, expuesta a complejos grados de inseguridad, así como a peligros constantes, no solo por ser víctimas de esas acciones lesivas, sino también por ser blanco fácil de alguna vinculación por simple sospecha y en consecuencia, “en la determinación de la peligrosidad está en juego la libertad de los ciudadanos”,<sup>48</sup> aun de aquellos hombres libres que se consideren peligrosos por solo encontrarse en el lugar indicado en el momento preciso de la comisión de un hecho delictivo, no obstante que, “el hombre libre y capaz no puede ser objeto de juicio de peligrosidad porque no es un momento o fuerza ciega de la naturaleza, sino un ser que se desenvuelve y actúa en un mundo lleno de valores, allí donde un cálculo de probabilidades no tiene derecho de ciudadanía”<sup>49</sup> de ello resulta necesario admitir que la sociedad subsiste con episodios frecuentes de violencia y con sensaciones generales de inseguridad e inevitables trances que antes no existían, haciendo imperiosa la necesidad de imponer medidas de seguridad que secunden a la administración de la justicia, y den confianza a los propios ciudadanos, sobre el actuar de sus autoridades, en la aplicación y suministro de medios legales

<sup>45</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 798.

<sup>46</sup> Aguilar García, Ana Dulce, “Presunción de Inocencia”, Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2013, p. 13.

<sup>47</sup> Nader Kuri, Jorge, “La Responsabilidad Penal de los Juzgadores”, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 15.

<sup>48</sup> Vives Antón, Tomás S., “La Libertad como Pretexto.”, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 39.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 40.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

que mantengan la armonía y paz social, pero aun así, el ambiente perplejo de inseguridad, que para nadie es ajeno de violencia y que se vive de forma inevitable, nos asecha con una conciencia generalizada sobre ello, de lo que sigue que “la violencia es un firme componente de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con nosotros, experimenta violencia y nunca está seguro frente a ella”,<sup>50</sup> pese a todo esto, “resulta más que dudosos que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente incontrolables”.<sup>51</sup>

Estos fenómenos que en la actualidad se tendrían que considerar por la sociedad mexicana como normales han servido de base para la implementación de un maximalismo penal como una supuesta “... reacción a la criminalidad, exigiendo el uso excesivo de las estrategias represiva y preventiva penal con una desmedida competencia del Estado a través de los mecanismos formales de control, pretendiéndose con ello la utilización ejemplarizante y simbólica del derecho penal.”<sup>52</sup>

Y es precisamente este expansionismo penal con el que se justifica la creación de nuevas figuras delictivas, así como el recrudescimiento de las penas, sin otro afán más que el de superponer un derecho penal máximo con ordenamientos “propios del estado absoluto o totalitario entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o “*totales*”, es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto carentes de límites y condiciones”,<sup>53</sup> con fines expansivos en forma indiscriminada al derecho que se administra en el actual sistema penal acusatorio, con la palpable “... existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la

restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.<sup>54</sup>

Argumento legislativo claramente encubado desde su lecho que apunta hacia el sacrificio de estas garantías y el consecuente florecimiento de la “«*antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja*», antinomia que se resolvería en el texto, según el propio legislador, «*dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*»”,<sup>55</sup> aun cuando que no se ve reflejada la verdadera aplicación de la justicia, que bien debería garantizarse con el suministro de un derecho penal mínimo, aun en la prevención de los delitos. De ahí que “Ferrajoli destaca que el derecho penal deja la libertad de elegir entre el delito y otra conducta, en tanto que la intervención disciplinaria *ex-ante* impide esa libertad y lo hace a costa de la libertad de todos.”<sup>56</sup> Con lo que se hace evidente que la intervención disciplinaria que se alude se torna en un proceso anticipado de juzgamiento, como neutralización de los posibles culpables de un hecho delictivo, no obstante que con estas acciones se deje de proteger y respetar los derechos de los sujetos que se encuentran relacionados en la supuesta comisión de un hecho delictivo y que constitucionalmente está “condicionado y limitado al máximo, [...] no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza”,<sup>57</sup> otorgando así, la seguridad y confiabilidad en el sistema penal actual, “El caso es que, en medida creciente, la *seguridad* se convierte en una

<sup>50</sup> Hassemer, Winfried, “*Crítica al Derecho Penal de Hoy*”, Editorial Ad-hoc, Argentina, 2003, p. 49.

<sup>51</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “*La Expansión del Derecho penal*”, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 36.

<sup>52</sup> González Rodríguez, Marta, “*El derecho penal desde una evaluación crítica*”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Cuba, 2008, p. 7.

<sup>53</sup> Ferrajoli, Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 104.

<sup>54</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 20.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Zafaroni, Raul Eugenio, “*En Busca de las Penas Perdidas*”, Editorial Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal, Buenos Aires, 1998, p. 108.

<sup>57</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 1995, p. 104.

pretensión social a la que se supone que el estado y, en particular el derecho penal deben dar respuesta”,<sup>58</sup> desde una concepción humanitaria para la cual fue creado el derecho en base a los postulados del ahora conocido como el padre del derecho penal, don Cesar de Bonesana que muy acertadamente pugnó porque fueran respetadas aquellas “condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.”,<sup>59</sup> y en conciencia de que serían sujetos del poder punitivo en caso de quebrantarla, pero de un quebrantamiento que comprobadamente haya lesionado los intereses de la sociedad y en consecuencia del pacto social.

Por tanto, y en caso de contravenir al pacto en comentario, el Estado bajo sus potestades retoma sus facultades que le permiten, con base en una política criminal, ejercer un régimen que obedece a un control social conflictual “en el marco de las coacciones, de tal manera que todas las agencias institucionales están al servicio de la violencia a fin de lograr el control de la sociedad”,<sup>60</sup> en el que se encuentran obligados a tratar en igualdad de circunstancias a las partes en un conflicto en particular, a efecto de que se pueda llegar a una verdad fáctica y poder emitir una resolución en estricto apego a la realidad circunstancial, respetando el orden procesal debido en sus “tres formas: cognición, conservación y ejecución. En esta división tripartita, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar (“conservación”)...”<sup>61</sup> que en conjunto deberían garantizar la verdadera protección de los involucrados en un proceso penal, aunque en realidad se refiera a una tutela proteccionista simulada de garantismo, que en esencia es más bien creadora de riesgos que obedecen a las exigencias de un modelo económico que se vale de una política

criminal de parcelamiento delincencial que distingue a los ciudadanos unos de los otros, catalogando a aquellos como enemigos de la sociedad que los hace blanco fácil de la adaptación de penas y medidas de seguridad (entre las que se encuentran las medidas cautelares), como medida de seguridad preventiva que en la práctica “pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito.”,<sup>62</sup> es decir, que se administran y se aceptan subjetivamente por la comunidad en general facilitando así al Estado “el abuso del derecho penal”, ‘*la banalización de la legalidad*’ o de ‘populismo punitivo’ [...] la dialéctica simplista del ‘o conmigo o contra mí’”.<sup>63</sup> Así pues, es que con este escenario

los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.<sup>64</sup>

Facilitando la configuración de un expansionismo del derecho penal, que acredita acciones punitivas e implementa instrumentos de sujeción penal como respuesta a las demandas sociales en referencia a la inseguridad y al mantenimiento de un estado de derecho, aunque, a decir verdad:

No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando el plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranqui-

<sup>58</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 40.

<sup>59</sup> Beccaria, *op. cit.*, p. 7.

<sup>60</sup> García Ramírez, Francisco Javier, “*El Control Social Sobre el Individuo, la Sociedad y el Estado*”, CESCIJUC Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídica y Criminológicas, México, 2013, p. 40.

<sup>61</sup> Calamandrei, Piero, “*Providencias Cautelares*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 34.

<sup>62</sup> Hassemer, Winfried, *op. cit.*, p. 52.

<sup>63</sup> González Cussac, José L., “*La Generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a legalidad penal y al principio de proporcionalidad*”, Consejo general del poder judicial, España, p. 230.

<sup>64</sup> Medina Cuenca, Arnel, “*Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el Siglo XXI*”, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2015, p. 153.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

liza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).<sup>65</sup>

Protección que pierde su eficacia en la observancia del empleo de medidas que poco tiene que ver con la aplicación de la justicia para las partes involucradas en un proceso penal en particular, principalmente en el albor de los mismos con la aplicación de medidas de seguridad como “medios asistenciales y de control, que se aplican por los órganos judiciales como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado en el Código penal a tenor de la ley a las personas criminalmente peligrosas para lograr la prevención especial”,<sup>66</sup> aunque, habrá que especificar tal denominación, pues visto desde un punto de vista positivista, en *stricto sensu*, y de acuerdo a Garofalo, el concepto hace alusión a dos elementos en específico, a saber, “la capacidad criminal, que define como perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal que hay que temer por parte del mismo, y la adaptabilidad social del delincuente”.<sup>67</sup> Lo que, por cierto, no le interesa al sistema pues este análisis pasa por desapercibido denotando el carácter retrograda con el que se imponen las medidas de seguridad, pues se basan en simples apreciaciones subjetivas para determinar la supuesta peligrosidad del investigado, no obstante, que se deba someter a una “situación de carácter subjetivo que debe deducirse de circunstancias objetivas, como los factores sociales concurrentes, y que permite prever con cierta fiabilidad si el sujeto volverá a cometer delitos en el futuro”,<sup>68</sup> lo que desde una óptica sencilla, expone que, penalmente a nuestro sistema, solo le basta con las apariencias subjetivas de peligrosidad para sujetar a las personas a un proceso penal, aun y cuando no se haya comprobado de forma fehaciente la verdadera culpabilidad, como en su momento lo postularon quienes pugnaron por una humanización del derecho penal, pues recordemos que en consecuencia a la odisea de oscurantismo por la que pasaba una sociedad extenuada por tanto despotismo, se obligaron a salir a la luz manifestaciones de inconformidad por parte de diferentes letrados,

que en conjunto dan pie al surgimiento de un periodo más humanitario en cuanto a las injusticias y al tratamiento de las personas que se encontraban sujetas a un proceso penal, entre los que podemos mencionar a: Charles Louis de Secondat, mejor conocido como el Barón de Montesquieu, Thomas Hobbes, John Locke, Francis Bacon, Jean Jacques Rousseau, Denis Diderot, François Marie Arouet más conocido como Voltaire o don Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Sus aportaciones influyeron considerablemente en la impartición de justicia, aun por encima del dogmatismo que para entonces estaba totalmente arraigado en la vida de la mayoría de los individuos.

## 8. Inhumanismo de las medidas cautelares

Como es de notarse, el actual sistema penal ha dejado de lado muchos de los postulados por los que tanto se ha luchado en la historia de la justicia penal, pues de acuerdo a lo anterior vemos, por ejemplo, que en pensamientos de Beccaria, no obstante, a reconocer la necesidad de crear sus *motivos sensibles* para que se sancionara a los que se encontraban en un supuesto de afectación a un derecho ajeno, don Cesar de Bonesana cuestionaba el derecho que tenía el soberano para la imposición de castigos, que a decir de este, no debían basarse solo en las políticas moralistas derivadas del mandato divino, pues las afectaciones debían demostrar que se había afectado de manera comprobada un bien particular, y de no ser así, estas acciones encontrarían resistencia, puesto que el ser humano había cedido por necesidad parte de su libertad, pero para que existiera una convivencia social armónica, no un abuso de poder. El también conocido como padre del garantismo constitucional, recalcó que los hombres cedieron parte de su libertad para que no existieran injusticias y que, “el agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posible forman el derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho, no derecho”,<sup>69</sup> aunque a decir de esto, las autoridades encontraron en la palabra derecho la

<sup>65</sup> Silva Sánchez Jesús María, *op. cit.*, p. 19.

<sup>66</sup> Mapelli Caffarena, Borja, “*Las Consecuencias Jurídicas Del Delito*”, Editorial Aranzadi, España, 2011, p. 358.

<sup>67</sup> Amunárriz, Isabel y otros, “*La Peligrosidad y Los Jóvenes Prostitución Toxicómanos Y Ebrios Habituales*”, Instituto Vasco De Criminología, 1976, p. 31.

<sup>68</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 126.

<sup>69</sup> Beccaria, *op. cit.*, p. 9.



palabra fuerza y es con el abuso de esta, que actúan para imponer justicia, con la imposición de medidas de seguridad equiparables a una pena anticipada, ajena totalmente a una verdadera administración e impartición de la justicia, pues “por justicia entiendo y solo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que pasan la necesidad de conservar ese vínculo son injustas por naturaleza”.<sup>70</sup> por consiguiente, y bajo la misma tesitura, se reconocía la inevitable existencia de los delitos e incluso su incremento de forma proporcional de acuerdo al aumento de la población y sus acciones humanas, no obstante a ello, se pronunciaba porque existiera una proporción entre los desórdenes sociales y las penas, y por su puesto, se pronunciaba también por la aplicación de las penas, pero de acuerdo al grado de afectación del bien jurídico protegido que *comprobadamente* hubiesen sido afectados, circunstancia que no siempre se ve en la realidad jurídica, pues la aplicación de las medidas de seguridad y las medidas cautelares se lleva a cabo de forma indiscriminada, de lo que se sigue que el derecho penal mexicano, da cuenta de un concepto de medida precautoria que en la praxis se equipara al de la pena anticipada, lo que contrasta de una verdadera pena que surgió de la fusión de distintas aportaciones históricas que deducen que es la sanción resultante de la culpabilidad comprobada en un hecho delictivo, aplicable como retribución objetiva al sujeto activo y con intenciones de educación e intimidación social hacia una prevención delictiva. Aun cuando de *iure* “la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza”,<sup>71</sup> empero, de quienes comprobadamente hayan materializado el hecho delictivo, de ahí que no se deba perder de vista el verdadero objetivo de las medidas de seguridad, tanto de carácter preventivo como de carácter correctivo.

A mayor abundamiento a lo anterior, vemos que el devenir de las providencias precautorias, que devienen de las medidas de seguridad, es resultado del

antagonismo protagonizado por las posturas de las escuelas penales unitarias y absolutistas, dado que para los relativistas o utilitarios es necesario el empleo de las penas para impedir la posible comisión futura de los mismos, ya sea a través de la intimidación social o la corrección específica de un delincuente en particular, con lo que se debería educar a la sociedad para una convivencia sana; de ahí que ante esa postura existan dos prevenciones, de lo que se sigue:

**La prevención general** se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena, puede infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito. En la *prevención general* se incluye también, y en primer término, por algunos autores modernos, *la función de ejemplaridad de La pena*. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de la ética social, realiza el Derecho penal una función pedagógica o formativa.

**Prevención especial** implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suele distinguirse en la escuela moderna aspectos de la advertencia o intimidación individual, corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible.<sup>72</sup>

Ahora bien, por su parte “Los representantes de las *teorías absolutas* creen que si se justificase la pena por sus efectos preventivos, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un desprecio a su dignidad humana”,<sup>73</sup> vislumbrando lo que pensadores como Kant y Hegel cimentaban respecto del castigo, que veían como una neutralidad absoluta, en donde aquel que hubiese cometido un mal tendría que ser castigado con otro mal, ya sea a través de la expiación o de la retribución, de lo que se desprende que esta posición sobre la defensa social se tornan represivas y no buscan la regeneración del delincuente. Ante la incompatibilidad de ideales de esas

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Jakobs, Gunter, “Sobre la Teoría de la Pena”, Editorial CARGRAPHICS, Colombia, 1998, p. 32.

<sup>72</sup> Quisbert, Ermo, *op. cit.*, p. 28.

<sup>73</sup> *Ibid.*

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

dos corrientes surge la necesidad de crear el sistema penal que retomara esencia de ambas, en consideración las acciones preventivas del delito y las medidas que ayudaran a prevenir las comisiones delictivas de los particulares, ubicados en una posición de peligro posible.

## 9. Conclusión

De esta forma la presente investigación expone el desvío que ha tenido la aplicación de las medidas cautelares que, en primer momento:

nacen de la necesidad de control de aquellas personas que habiendo cometido un delito no se les puede castigar con una pena por no ser culpables. Su diferencia nuclear respecto de otras consecuencias del delito de la que irradian todas sus características está en que las medidas se imponen a ciertos individuos que no son culpables, pero sí son peligrosos<sup>74</sup>

Empero que en la praxis estas medidas de seguridad se imponen a quien se encuentra en una simple hipótesis delincencial.

Vemos que el término fue acuñado en el monismo penal con las penas ya institucionalizadas y la novedad de las actualizadas medidas de seguridad, ambas como consecuencias jurídicas de delito, no obstante, saber que hubo diferentes aportaciones al respecto, se observa que estos instrumentos tienen sus orígenes:

A finales del siglo XIX, pero sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, los sistemas penales de las mayorías de los países fueron incorporando junto a las penas un consecuencia jurídica del delito que se conocía comúnmente con el nombre de medidas de seguridad. Aunque aparecen de forma embrionaria en los trabajos de Feuerbach y de Klein, los orígenes más recientes y ciertos de las medidas hay que situarlos en la *Scuola* positiva italiana.<sup>75</sup>

Misma que, por cierto, se en marcaba en el rango del extremismo hacia una imputación subjetiva, que plantea la postura en cuanto a “que el subdesarrollo intelectual, es causa del delito”,<sup>76</sup> con tintes filosóficos radicales y su también creada, por esta escuela, la llamada teoría de la locura moral que en su conjunto se enmarca en la fisionomía que:

versa sobre la apariencia externa del individuo. Establece que los rasgos congénitos podían significar criminalidad. Esta teoría hace que se juzgue con más severidad. En Italia ya corría el siguiente dicho: ‘Te veo, te miro, y te voy a juzgar’. En la biblia se hace referencia que los feos son los que más cometen delitos.<sup>77</sup>

De suerte que, esta escuela homólogo de *facto y de iure* las penas y las medidas de seguridad, cuando en realidad, estas se habían gestado para otro fin, puesto que, las medidas de seguridad, y específicamente las medidas de seguridad de carácter asegurativo, también conocidas como medidas cautelares, surgen como medio de aseguramiento para individuos que denotan conductas intolerables con fines de protección hacia los intereses de las víctimas y ofendidos y primordialmente para garantizar la efectividad de la administración de justicia, en un estricto apego a los principios generales del derecho, verbigracia el principio de presunción de inocencia, en el que:

bajo cualquier circunstancia, al acusado debe considerarse inocente hasta en tanto no exista sentencia ejecutoriada, con lo cual se abandonó cualquier práctica antigua de presunción de culpabilidad, aunado a que se considera al principio no solo como una garantía procesal, sino derecho humano de los sistemas democráticos a fin de limitar el monopolio legítimo de la fuerza, donde se garanticen mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia de los acusados e instrumento de defensa contra actos de órganos de procuración e impartición de justicia.<sup>78</sup>

De suerte tal que, con este panorama respecto de las medidas cautelares, se pone a la vista toda una serie

<sup>74</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 353.

<sup>75</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 353.

<sup>76</sup> Quisbert, Ermo, *op. cit.*, p. 60.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 31.

de anomalías que distan del verdadero objetivo para lo que fueron creadas, con el evidente atropello de los derechos y las garantías de los procesados, y que el Estado mexicano con su obediencia a otros intereses servilistas se ha encargado de crear bajo una política criminal expansionista cualquier tipo de instrumentos inocuidadores y se ha olvidado que este tipo de políticas no solo deben atender a:

la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los principios fundamentales que según la constitución y el código penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, de modo que también los grandes principios limitadores del derecho penal, como el de legalidad o el de culpabilidad, forman parte de la política criminal<sup>79</sup>

Y que deben ser observados junto con la presunción de inocencia en cualquier proceso de índole penal.

## 10. Bibliografía

- Acedo Penco, Ángel, *“Estudios Jurídicos de Aproximación de Derecho Latinoamericano y Europeo”*, Editorial Dykinson, España, 2014.
- Aguilar López, Miguel Ángel, *“Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”*, Editorial Anaya, México, 2015.
- Aguilar García, Ana Dulce, *“Presunción de Inocencia”*, Editorial Comisan Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2013.
- Amunárriz, Isabel y otros, *“La Peligrosidad y Los Jóvenes Prostitución Toxicómanos Y Ebrios Habituales”* Instituto Vasco De Criminología 1976.
- Beccaria, *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*, Editorial Porrúa, México, 2016.
- Borja, Jiménez, Emiliano, *“Curso de Política Criminal”*, Editorial Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, Piero, *“Providencias Cautelares”*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- Carbonell, Miguel y otros, *“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia”*, Editorial Tirant Lo Blanch, México D.F., 2014.
- Carbonell, Miguel, *“Los Derechos Humanos en México Régimen Jurídico y Aplicación Práctica”*, Editorial Flores, México, 2015.
- Cárdenas Aravena, Claudia Marcela, “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, Año 15 - No 2, 2008.
- Chacón Rojas, Oswaldo y otros, *“Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio”*, Secretaria de Gobernación, México, 2008.
- Demetrio Crespo, Eduardo, *“Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”*, España, 2001.
- Esparza, Bernardino, *“Análisis Jurídico-Operativo del Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Federal”*, Editorial INACIPE, México, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal”*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- Frisch, Wolfgang, *“Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal”* Revista Para El Análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2007.
- García Ramírez, Francisco Javier, *“El Control Social Sobre el Individuo, la Sociedad y el Estado”*, CES-CIJUC Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídica y Criminológicas, México, 2013.
- González Cussac, José L., *“La Generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a legalidad penal y al principio de proporcionalidad”*, Consejo general del poder judicial, España.
- González Rodríguez, Marta, “El derecho penal desde una evaluación crítica”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Cuba, 2008.
- Hassemer, Winfried, *“Crítica al Derecho Penal de Hoy”*, Editorial Ad-hoc Argentina, 2003.
- Jakobs, Gunter, *“Sobre la Teoría de la Pena”*, Editorial CARGRAPHICS, Colombia, 1998.
- Jiménez de Asúa, Luís, *“Lecciones de Derecho Penal”*, Editorial Oxford, México, 1999.
- Jiménez Martínez, Javier *“La Estructura Normativa del Delito”*, Editorial Flores, México, 2014.
- López Guardiola, Samantha Gabriela, *“Derecho Romano I”*, Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012.
- López Betancourt, Eduardo, *“Introducción al Derecho Penal”*, Editorial Porrúa, México, 2007.

<sup>79</sup> Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, España, p. 6.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

- Mapelli Caffarena, Borja, *“Las Consecuencias Jurídicas Del Delito”*, Editorial Aranzadi, España, 2011.
- Marquéz Romero, Raúl, *“Diccionario Jurídico Mexicano”*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- Medina Cuenca, Arnel, *“Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el Siglo XXI”*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2015.
- Medina Peñaloza, Sergio, *“Teoría del Delito en el Sistema Penal Acusatorio”*, Editorial Rehtikal, México, 2015.
- Montero Ballesteros, Alberto, “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakob”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*. Vol. 8.
- Nader Kuri, Jorge, *“La Responsabilidad Penal de los Juzgadores”*, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
- Núñez Martínez, Ángel, *“Nuevo diccionario de Derecho Penal”*, Editorial Librería Malej, México, 2004.
- Quisbert, Ermo, *“Historia del Derecho Penal A través de las Escuelas Penales y sus Representantes”*, CED, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2008.
- Rivera Beiras, Iñaki y otros, *“Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”*, Ed. Anthropos, España.
- Rousseau, Jaques, *“Contrato Social”*, Ed. Espasa Calpe, España, 2007.
- Silva Sánchez, Jesús María, *“La Expansión del Derecho penal”*, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- Vives Antón, Tomás S., *“La Libertad como Pretexto.”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Weber, Max, *“La política como Vocación”*, Ed. Alianza, 2009, Traducido, por Rubio Llorente Francisco.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *“En Busca de las Penas Perdidas”*, Editorial Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal, Buenos Aires, 1998.

## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal.\*

Patricia Esquinas Valverde

Profesora titular de Derecho Penal  
Universidad de Granada

**RESUMEN:** El principio de responsabilidad subjetiva, consagrado en los artículos 5, 10 y 14 del Código Penal español, supone la imposibilidad de castigar penalmente a un sujeto por una conducta o resultado lesivo que no haya realizado con dolo o por imprudencia. En la actualidad, dicho principio ha de ser reinterpretado a la luz de la teoría de la imputación objetiva y los requisitos que esta exige a la hora de imputar un comportamiento o resultado lesivo a un sujeto. En concreto, esa exigencia tradicional de dolo o imprudencia viene a resolverse ahora a través del cuestionamiento sobre si el sujeto concreto "ha creado un riesgo desaprobado y penalmente relevante", como primer requisito de la teoría de la imputación. De ese modo, aquellos casos en los que no pueda apreciarse dolo ni imprudencia constituirán, en verdad, ejemplos en los que no exista ni tan siquiera la creación de un riesgo desaprobado, de modo que la conducta ya no será típica, ni subjetiva ni objetivamente. Por consiguiente, afirmamos el carácter normativo, más que "objetivo" o "subjetivo", de la imputación al tipo, y al mismo tiempo, abandonando esa artificial distinción, proponemos un nuevo esquema de la tipicidad con una mayor economía en el número de niveles de análisis del delito.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad subjetiva, teoría de la imputación objetiva, creación de un riesgo desaprobado, objetivo/subjetivo, tipicidad.

**ABSTRACT:** The principle of subjective liability, as it is recognized in the articles 5, 10, and 14 of the Spanish Criminal Code, assumes the impossibility of criminally punish a subject for a conduct or an adverse effect that was not committed with intent nor imprudence. Nowadays, this principle must be reinterpreted in the light of the objective imputation theory, and from the requirements that it demands at the time of imputing a conduct of an adverse effect to a subject. Concretely, this traditional condition of intent or imprudence must now be resolved by questioning whenever the concrete subject "has created a criminal relevant and disapproved risk" as the first requirement of the imputation theory. Taking this into account, the cases in which it cannot be noticed intent nor imprudence will indeed constitute examples where not even the creation of disapproved risk exists, in a way in which the conduct will not be typical, nor subjectively nor objectively. Therefore, we affirm the normative status, more than "objective" or "subjective", of the imputation type, and at the same time, abandoning this artificial distinction, we propose a new scheme about the typicity with a major economy in the number of levels at the analysis of the crime.

**KEYWORDS:** Subjective responsibility, theory of objective imputation, creation of a disapproved risk, objective/subjective, typicity.

\* Este artículo se ha publicado con anterioridad en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, mayo 2016, pp. 185 a 236 (ISSN: 0210-4059).



## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

**SUMARIO:** 1. El significado clásico del principio de responsabilidad subjetiva. Su plasmación en el Código Penal de 1995. 2. Cómo se resuelven los casos fortuitos a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado a la acción (Roxin). 3. La introducción de elementos subjetivos en la valoración acerca del nivel del riesgo y la previsibilidad del resultado. 4. Por qué la teoría de la imputación objetiva es más bien de la imputación “normativa”, y la distinción entre “el tipo objetivo” y “el tipo subjetivo” ya no resulta útil en los delitos imprudentes ni en los dolosos; 4.1. ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor? 4.1.1. Réplica de Frisch y de Roxin; 4.1.2. Respuesta a la pregunta a); 4.2. Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser superflua? 4.2.1. Respuesta a la pregunta b); 4.3. Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir de la imputación objetiva o, más bien, del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo? 4.3.1. Por qué la teoría de la imputación objetiva se ha aplicado menos en relación a delitos dolosos (Frisch); 4.3.2. Postura más radical de Kaufmann: en los delitos dolosos, la teoría de la imputación objetiva es superflua; 4.3.3. Postura de Puppe: la imputación subjetiva contiene la imputación del resultado al dolo; 4.3.4. Reacción de Frisch a las críticas hacia “la creación de un riesgo desaprobado”; 4.3.5. Postura de Kindhäuser: en todos los delitos, tanto dolosos como imprudentes, la teoría de la imputación basada en el juicio de un espectador objetivo es disfuncional; 4.3.6. Punto de vista de Burkhardt (y de Kindhäuser): el criterio del espectador objetivo y su juicio acerca del peligro es prescindible y contrario al principio de economía en el análisis del delito; 4.3.7. Respuesta a la pregunta c); 4.4. ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad? 5. Propuesta para una nueva estructura de la tipicidad.

Rec: 25/05/2018 | Fav: 15/07/2018

## 1. El significado clásico del principio de responsabilidad subjetiva. Su plasmación en el Código Penal de 1995

El principio de responsabilidad subjetiva o “de dolo o culpa”, clásicamente vinculado al principio de culpabilidad entendido en sentido amplio y como límite al *ius puniendi* estatal,<sup>1</sup> supone la imposibilidad, en un

Estado de derecho, de responsabilizar por su acción o por el resultado producido a partir de ella a aquel individuo que haya ocasionado una u otro sin vínculo subjetivo alguno con tal acción o resultado.<sup>2</sup> Dicho vínculo subjetivo, en efecto, puede consistir en dolo (conocimiento y previsión de la acción y, en su caso, del resultado) o en imprudencia (previsibilidad y evitabilidad para el sujeto de la acción o del resultado). De

<sup>1</sup> Vid. Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, 10ª ed., 2015, pp. 135 a 137, marginales 64 y 70; también lo identifica como “principio de culpabilidad” Gimbernat Ordeig, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, ADPCP, nº 63, 2010, pp. 15 a 94 (54). Muy crítica con respecto a esta interpretación vid. Maqueda Abreu, M.L., “El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 25 de junio de 1983”, Cuadernos de Política Criminal, nº 31, 1987, pp. 185 a 261 (187 y 188): a su juicio, es cierto que tradicionalmente el dolo y la culpa han servido de sustento a la categoría dogmática de la culpabilidad y que, bajo esa concepción, su proclamación legal como fundamento necesario de la pena (así, en el actual art. 5 CP), representa una garantía de la vigencia de ese principio clásico de la culpabilidad, en su calidad de límite al *ius puniendi* estatal. Sin embargo, sigue Maqueda, una vez que consideramos el dolo y la culpa como formas del injusto típico, “su reclamo nada tendrá que ver con criterio culpabilístico alguno”, salvo que “se quiera ampliar desmesurada e impropia mente el alcance del principio de culpabilidad”, por ejemplo “diferenciando ficticiamente en su seno un significado político criminal que abarcaría aquellas consecuencias, y que nada tendría que ver, en cuanto a su contenido, con el concepto estrictamente jurídico-penal del mismo”. En nuestra opinión, sin embargo, ambos significados del principio de culpabilidad son compatibles.

<sup>2</sup> Por todos, Ramos Tapia, I., “Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, VVAA, dir. por Zugaldía Espinar, J.M., Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015, pp. 51 y 52.

ese modo, el vínculo necesario no existirá cuando el individuo en cuestión haya producido una acción o un resultado lesivo para un bien jurídico de un modo absolutamente desconocido, imprevisto e imprevisible y, por tanto, inevitable para él (llamamos a esta circunstancia también *error invencible de tipo o sobre los hechos*). En esas situaciones nos encontraremos ante los denominados “*casos fortuitos*” —a los que también podemos definir como “*cursos causales casuales*”—: a saber, se trata en general de aquellos acontecimientos debidos al azar o casualidad, a una fuerza mayor e incontrolable para el sujeto activo, a fenómenos naturales, a una constitución o comportamiento anormal de la víctima, etc.

En los tratados de derecho penal, podemos encontrar numerosos ejemplos de dichos “*casos fortuitos*”: así, citemos el supuesto del individuo que, con un coche recién comprado pero cuyos frenos, imprevisiblemente para él, no funcionan a causa de un defecto de fábrica, se precipita con el coche en marcha inevitablemente hacia la víctima (caso “*frenos averiados*”);<sup>3</sup> o bien el caso de aquel que, queriendo inocentemente

gastar una broma a un amigo en medio de una fiesta y desconociendo que este padece una insuficiencia cardíaca, le empuja por sorpresa a una piscina causándole la muerte por la impresión del contacto con el agua (caso “*piscina*”).<sup>4</sup> En estos y otros supuestos similares, pues, a los sujetos que aparentemente *han producido* mediante su acción el resultado lesivo no podrá exigírseles responsabilidad penal alguna, ya sea por lesiones o por homicidio doloso o imprudente, dado que no han actuado ni con dolo ni por imprudencia, siéndoles totalmente imprevisibles e inevitables tanto el peligro en realidad asociado a sus acciones como el curso causal que finalmente se derivó de las mismas.

Una plasmación legal de este principio de responsabilidad subjetiva y de prohibición de responsabilidad objetiva en Derecho Penal la hallamos en los artículos 5 (“*No hay pena sin dolo o imprudencia*”), 10 (“*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”) y 14.1 del Código Penal (“*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal*”).<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Extraído de Zugaldía Espinar, J.M. (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, VVAA, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, p. 101, así como de Ramos Tapia, “*Límites...*”, *cit.* (1ª ed., 2015), p. 51. Mucho antes también Kaufmann sugirió este ejemplo en, <*Objektive Zurechnung*> *beim Vorsatzdelikt?*”, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1985, pp. 251 y ss. (266). Asimismo, propone Burkhardt, B., “*Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la <confusión entre lo subjetivo y lo objetivo>*” (traducción de Pastor Muñoz, N.), en *El sistema integral del Derecho penal*, VVAA. (editado por Wolter, J. y Freund, G.), 2004, pp. 153 a 192 (180) el parecido “caso de la marta”, inspirado en una sentencia del BGH de 1996: sujeto que se sube a su automóvil para ir al trabajo y, tras recorrer 150 m. a velocidad moderada, llega a un “ceda el paso”, intenta frenar y constata horrorizado que los frenos no funcionan, atropellando así al conductor de un ciclomotor; ello sucede porque, sin saberlo el sujeto, la noche anterior una marta había mordido el manguito del freno que iba hasta la rueda trasera izquierda. Por otro lado, es preciso distinguir entre estos casos de curso causal y resultado imprevisible y aquellos otros supuestos en los que, más que ante un desarrollo fortuito, nos encontremos realmente ante una *ausencia de acción penal* en la conducta del sujeto. Así ocurrirá, v.gr., cuando esa fuerza natural o factor imprevisto por el individuo concreto que intervenga en el curso de sus hechos y lo lleve a provocar un resultado lesivo para un tercero resulte de tal entidad que anule en dicho sujeto toda posibilidad de ejercer una acción voluntaria y consciente (libre): por ejemplo, cuando el individuo se vea compelido a realizar un movimiento corporal por una fuerza mecánica (ej., un tranvía que lo empuje), animal (ej., una fiera que se abalance sobre él) o natural (ej., un rayo, una ola que lo derriben) que le hayan impedido materialmente dominar su propia conducta, de forma que no pueda decirse que su acción resulte *humana ni evitable*. Bajo tales premisas, por tanto, el comportamiento del sujeto quedará igualmente fuera del marco de la tipicidad penal, si bien por razones distintas y anteriores, en el análisis del delito, a las que explican los llamados “*casos fortuitos*”. Sobre ello, *vid.* por todos *Esquinas Valverde*, P., “*Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)*”, en *Lecciones de Derecho Penal...*, *cit.*, VVAA (dir. por Zugaldía Espinar), 2ª ed., 2015, pp. 94 y ss.

<sup>4</sup> Extraído de Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 101. Otros ejemplos posibles serían: 1) A comunica a su amigo B el fallecimiento por accidente de un familiar cercano de B, causando a este último la muerte por infarto con consecuencia de activarse una debilidad cardíaca no detectada (caso “*infarto por noticia*”); 2) el joven A, con la intención de prevenir un embarazo no deseado, pide a su novia B en el primer encuentro sexual de ambos que tolere el uso de preservativo, causando de esa forma a la chica una afección dérmica en su órgano genital, pues esta padecía sin saberlo una alergia aguda al látex (caso “*intolerancia al látex*”), etc.

<sup>5</sup> *Vid.* asimismo Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, *cit.*, p. 235, sobre el tratamiento del *caso fortuito* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 1983, la cual eliminó del art. 6 *bis* b) CPTR73 (antiguo art. 8.8) el requisito de que, para eximir de responsabilidad a un sujeto por un resultado causado fortuitamente, dicho resultado procediera de una acción inicial *lícita*. Bajo la regulación anterior a 1983, en efecto, respondía penalmente el que ocasionaba un resultado fortuito a partir de un curso causal iniciado doloso o negligentemente (*vid. infra*, nota 9). Pues bien, eliminado tal elemento de responsabilidad objetiva, el TS pasó a considerar el caso fortuito bien como una “*causa de inculpabilidad*” o bien, en una postura más avanzada y preferible (a juicio de *Maqueda* y también a nuestro juicio), como “*ausencia de injusto típico*”. Sin embargo, criticaba *Maqueda* (en 1987) que todavía se mantuviera en ese precepto un elemento de “*des-subjetivización*”, y era la exigencia de que dicho resultado fortuito se produjera, además de sin dolo ni culpa, “*por mero accidente*”, es decir, sin previsibilidad posible no solo para el sujeto concreto sino, en general, para cualquier

## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

**2. Cómo se resuelven los casos fortuitos a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado a la acción (Roxin)**

Una vez constatada la vigencia doctrinal y, como vemos, también expresamente legal de dicho principio, en la actualidad conviene interpretar el mismo de manera acorde con la teoría de la imputación objetiva (o “principio del riesgo”) formulada por Claus Roxin y desarrollada por muchos otros autores posteriormente. Se trata de un planteamiento que, desde hace más de 5 décadas, se ha introducido y asentado en el estudio de la tipicidad penal con la finalidad de explicar algunos de sus elementos más importantes (como son el tipo objetivo, la imputación de la acción peligrosa y el resultado al tipo, la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, etc.). De acuerdo con dicha teoría en su expresión más esencial, son necesarios tres requisitos a efecto de imputar un resultado de lesión del bien jurídico (o del objeto material, en su caso) a la acción (u omisión) de un sujeto:

- 1) Que dicha acción haya *creado un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, típicamente relevante* (en palabras de Roxin, “un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido”).<sup>6</sup> Este peligro tiene que haber sido previsible y evitable para un hipotético observador objetivo que hubiera podido valorar la situación *ex ante* (con carácter inmediatamente previo a esa acción) y en la misma posición del autor.
- 2) Que haya sido precisamente *tal riesgo el que se haya materializado en el resultado de lesión y*

no cualquier otro peligro concurrente en la situación e introducido por el azar, la víctima o un tercero.

- 3) Que *ese resultado* producido sea uno de los que el tipo penal infringido pretendía evitar, que quede *incluido dentro del “alcance del tipo”*.

A efectos de vincular esta teoría de la imputación objetiva con el principio de responsabilidad subjetiva, es especialmente el primer requisito de aquella (a saber, “la creación de un riesgo desaprobado”) el que resulta clave, como trataremos de explicar a continuación.

Comenzaremos indicando que, con objeto de valorar si en el caso concreto se ha creado ese riesgo desaprobado, la teoría de la imputación objetiva se apoya en otra fórmula científica surgida con anterioridad a ella en la historia de la dogmática sobre el tipo: se trata de la teoría *de la adecuación*.<sup>7</sup> Según dicha teoría, para saber si una acción ha ocasionado un riesgo superior al jurídicamente tolerado habrá que evaluar la peligrosidad *ex ante* y objetiva de tal acción, es decir, el grado en que esta es arriesgada o aumenta el peligro de lesión para el bien jurídico. Para ello ha de tenerse en cuenta lo que estimaría un espectador objetivo y prudente en el mismo momento de ejecución de la conducta, considerando también los *conocimientos específicos de la situación de los que dispusiera el autor concreto* al actuar. Se trata, por tanto, de un *pronóstico objetivo-posterior*: el juez ha de colocarse durante el proceso penal (tiempo posterior) “en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de

---

otra persona con una capacidad psíquica normal (imprevisibilidad *objetiva*), de acuerdo con la interpretación que de ello hacía el TS. A saber, exigía el Alto Tribunal que el sujeto concreto hubiera subestimado las posibilidades de causar el resultado debido a que, *normalmente*, esa acción realizada *no ofreciera la adecuada idoneidad generadora del resultado ocasionalmente producido*; en ese sentido, el resultado tenía que haber sido un *elemento fáctico estadísticamente anormal o, por lo menos, extraordinario, sin conexión lógica con la conducta desarrollada*. Para Maqueda (y para nosotros) esta interpretación es completamente rechazable, pues permitiría erróneamente dejar fuera del “caso fortuito” y castigar aquellos supuestos de imprevisibilidad subjetiva que sí fueran, en cambio, objetivamente previsibles. Y con ello, entiende esta autora, también se estaría considerando equivocadamente el caso fortuito como una causa de ausencia de culpabilidad o de ausencia de imputación objetiva, cuando, en cambio, solo se trataría de la negación del dolo y de la culpa. Por nuestra parte, de todas formas y como expondremos a continuación, sí consideramos que el caso fortuito supone la negación precisamente de la imputación objetiva (y del dolo y la culpa), aunque, al igual que Maqueda, rechazamos el criterio de la imprevisibilidad objetiva como requisito indispensable de dicho caso fortuito. En concreto, entendemos expresamente que la imputación “objetiva” no debe basarse en la previsibilidad objetiva del resultado, sino en la subjetiva.

<sup>6</sup> Cfr. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997, § 11. *La imputación al tipo objetivo*, p. 363 (marginales 38 y 39).

<sup>7</sup> Cfr. Roxin, *ibidem*, p. 360 (marginal 32). Este autor señala que el principio de adecuación es un elemento estructural importante dentro de la teoría general de la imputación, de la que forma parte (marginal 34).

un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y, además, del saber especial del autor”.<sup>8</sup>

De ese modo, cuando según tal perspectiva *ex ante* la conducta en cuestión *no* pareciera *adecuada* para producir el resultado, de modo que el devenir de este fuera totalmente imprevisible, *dicho resultado no* podría *imputarse* a la *acción* del autor. Es lo que sucedería si concurrieran en la situación causas preexistentes o sobrevenidas que resultaran desconocidas e imprevisibles para el sujeto (como una constitución anormal de la víctima,<sup>9</sup> un defecto de fabricación de un objeto, un comportamiento sorpresivo por parte de la víctima o un tercero, un fenómeno natural, etc.). Así pues, se observa cómo ese *principio de adecuación* y, por medio de él, el primer requisito de la imputación objetiva (es decir, la exigencia de que se haya creado un peligro superior al riesgo permitido) sirve para desestimar como irrelevantes de cara a la imputación del resultado aquellos supuestos que se presenten como casos fortuitos, debidos al azar, la casualidad o, en general, a circunstancias absolutamente imprevisibles e inevitables para quien actúa, de manera que en ellos queda excluida la presencia de dolo o imprudencia en quien “produce” tal resultado. En efecto, en estos casos se considerará que el autor creó un peligro

no superior al riesgo permitido, un peligro inferior al riesgo prohibido.

A continuación, trataremos de ilustrar esta argumentación de la mano de un ejemplo propuesto por Kindhäuser:<sup>10</sup>

A está conduciendo por una vía rápida dentro de la velocidad máxima tolerada (80 km/h) cuando, de forma totalmente imprevisible para él, un niño se arroja a las ruedas de su coche y resulta atropellado por la marcha del vehículo. Se determina que, de haber ido A conduciendo a 20 km/h en lugar de a los 80 km/h que le estaban permitidos, hubiera podido frenar y evitar el accidente. Yendo a esa velocidad más reducida, el conductor habría procurado tener una capacidad de acción más alta en la situación dada, ya que, según demuestra la experiencia, es posible que se produzca un comportamiento así por parte de los peatones (a saber, tirarse a la calzada sin precaución). Sin embargo, afirma Kindhäuser, jurídicamente no se espera de ese conductor que sea tan precavido, ya que las reglas del tráfico le permiten ir a cierta velocidad máxima y, de esa forma, le permiten tener menos capacidad de evitación de resultados en ese contexto: esto es lo que significa el concepto de “riesgo permitido”. Así pues, el ordenamiento jurídico se estaría contradiciendo si, por un lado permitiera al conductor

<sup>8</sup> En tal sentido afirma Roxin, *ibidem*, p. 367 (marginal 46) que el principio de la creación o el aumento del riesgo desaprobado coincide en lo sustancial con la teoría de la adecuación: “por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior en la forma en que se ha imputado en la teoría de la adecuación”.

<sup>9</sup> En todo caso, ha de procurarse no confundir los supuestos que estamos mencionando referidos a la constitución anormal de la víctima (como sucede con los ejemplos de “empujón a la piscina”, “infarto por noticia” o “intolerancia al látex”) con aquellos otros (sin duda también relacionados con el principio de responsabilidad subjetiva) que denominamos de *preterintencionalidad*: es decir, los casos que se producen cuando una acción inicial ilícita del sujeto acaba ocasionando un resultado lesivo más grave que el originariamente pretendido o previsto por él. En tales supuestos, de acuerdo con la legislación penal actualmente vigente, ese ulterior resultado ilícito causado por el individuo solo podrá imputársele penalmente cuando el mismo resultara, al menos, previsible y evitable para él desde una perspectiva anterior al momento mismo de la acción (*ex ante*); es decir, solo cuando se pueda atribuir dicho resultado al sujeto a título de *imprudencia*. Tal solución no coincide con la que, hace ya bastante tiempo, se extraía del antiguo art. 8.8 del CPTR73, citado *supra*, antes de su reforma por LO 8/1983, de 25 de junio (que dejó ese apartado sin contenido). En efecto, según dicho art. 8.8, aquel sujeto que *en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causara un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo*, quedaría exento de responsabilidad criminal; de aquí deducía la doctrina y jurisprudencia de la época, *a sensu contrario*, que si respondería criminalmente quien, al ejecutar un acto *ilícito sin la debida diligencia*, produjera de modo fortuito ese mal (ya se comentó esto *supra*, en la nota 5). Tal fórmula de responsabilidad *objetiva* se conocía entonces como principio del “*versari in re illicita*”. Actualmente, sin embargo, podemos considerar esta concepción como abandonada (sobre todo, teniendo en cuenta el art. 5 CP), de manera que queda excluida la responsabilidad objetiva para toda clase de resultados fortuitos, tanto para los precedidos por una acción *lícita* como para los que sigan a una acción *ilícita*. Por consiguiente, en aquellos casos en los que, a raíz de una *constitución anormal de la víctima*, a un acto inicial ilícito por parte del sujeto activo (doloso o imprudente) suceda un resultado fortuito, no previsible *ex ante* para dicho sujeto, tal resultado no se le podrá atribuir penalmente al mismo, debiendo responder únicamente del primer daño, previsto o previsible para él (por ejemplo, A, dando un empujón intencional pero leve a B —delito de lesiones leves del art. 147.3 CP—, ocasiona sorpresiva e imprevisiblemente que B, aquejado de un grave déficit en el sentido del equilibrio, se derrumbe de plano y se golpee en la frente, sufriendo la muerte). *Vid.* ampliamente sobre ello Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 137, 310 y ss. (en especial, marginales 73, 74 y 76); Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, *cit.*, pp. 196 y ss.; Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 53 y ss., 72 y ss.

<sup>10</sup> *Cfr.* Kindhäuser, U., “*Zum sogenannten, unerlaubte risiko*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2010, p. 404.



### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

incurrir en ese riesgo y, por otro lado, le imputara el daño ocasionado debido a esa incapacidad de evitación de resultados lesivos ocasionada por circular a la velocidad máxima permitida. En conclusión, A tan solo ha introducido con su acción un riesgo permitido; al mismo tiempo, eso significa que, para el ordenamiento jurídico, la causación del resultado mediante esa acción no le era previsible ni evitable; por consiguiente, si dicho resultado era imprevisible e inevitable, A ha actuado de forma no dolosa ni imprudente, de modo que no podrá exigírsele responsabilidad (o, en caso contrario, se trataría de una responsabilidad *objetiva*). En definitiva, el principio de adecuación, incorporado a la teoría de la imputación objetiva como uno de sus elementos, permite identificar aquellos casos de falta de dolo o imprudencia en los hechos como situaciones de “riesgo permitido”.

### 3. La introducción de elementos subjetivos en la valoración acerca del nivel del riesgo y la previsibilidad del resultado

Hemos observado cómo a la hora de valorar lo que resulta “*objetivamente* imputable” a la acción de un sujeto (según la teoría de la imputación *objetiva*) se trata en un primer paso de excluir aquellos cursos causales que resulten *casuales e imprevisibles* para dicho sujeto, los cuales serán los opuestos a *los cursos*

*previsibles* —imprudencia—, así como, en la mayor parte de los casos, los opuestos a los cursos *previsitos y los pretendidos* —dolo—. <sup>11</sup> Tal proceso supone, por tanto, introducir en el análisis de la imputación *objetiva* elementos *subjetivos*, relativos al estado de conocimientos y al estado anímico del individuo con respecto a su acción y al resultado de esta. Dicho de otra forma: la afirmación del *caso fortuito*, de lo que sea una causa *ex ante y objetivamente no adecuada* para ocasionar el resultado, por ser este *imprevisible e imprevisto*, se realiza precisamente negando el estado de imprudencia o de dolo en el sujeto concreto. Es decir, se realiza determinando que el resultado era un desenlace imprevisto e imprevisible para *ese autor*, a tenor de su situación en el momento de actuar y de los conocimientos de los que él disponía (y podía disponer). Así pues, para poder distinguir lo *objetivamente imputable de lo fortuito, casual e imprevisible* y, por tanto, *no imputable*, la teoría de la imputación objetiva, partiendo del principio de la adecuación, nos lleva a tener en cuenta e incluir en dicha valoración *elementos subjetivos* (los conocimientos del autor concreto en la situación específica). <sup>12</sup>

Del mismo modo pero a la inversa, se ha reconocido que la introducción de dichos elementos subjetivos en la valoración puede convertir en imputables al autor ciertos resultados que, si considerásemos solo el punto de vista de un observador puramente objetivo,

<sup>11</sup> Decimos “en la mayor parte de los casos” y no “en todos” porque pueden darse situaciones en las que el sujeto haya puesto en marcha de forma intencionada un curso causal que, de forma imprevisible, anómala y azarosa, conduzca al resultado precisamente ansiado por ese individuo pero, objetivamente y *a priori*, muy poco probable. Piénsese en el consabido caso del sobrino heredero que, soñando con que su tío fallezca y le deje en herencia su abultado patrimonio, le regala un viaje en transatlántico con la esperanza de que el navío naufrague y sus pasajeros perezcan, cosa que, sorprendentemente, sucede. De esa forma se habrá materializado el resultado deseado por el sujeto. Sin embargo, teniendo en cuenta el escasísimo control que este tenía sobre tal curso causal, lo cual convierte el “riesgo” introducido por él en “jurídicamente tolerado”, resulta absolutamente inviable imputarle la muerte de su tío.

<sup>12</sup> Ya lo indicaba Mir Puig, S., en “*Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*”, ADPCP, nº de Septiembre-Diciembre 1988, pp. 661 a 684 (661); así como en *Derecho Penal...*, cit., pp. 178 a 180: “el juicio de desvalor que permite la antijuricidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho Penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho”, y sobre todo, “no es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que maneja la moderna teoría de la imputación objetiva” (178). Consúltese también lo que afirma Kindhäuser, en “*Zum sogenannten...*”, cit., pp. 408 y 409: este autor se manifiesta en contra del criterio, esgrimido por la doctrina, de que ciertos comportamientos sean jurídico-penalmente irrelevantes por ser *socialmente adecuados*. Según Kindhäuser, aquellos ejemplos que se suelen mencionar para apoyar esta idea carecen de relevancia penal ya por otras razones (vinculadas precisamente al estado de conocimientos del sujeto concreto). Por ejemplo, cita el caso de aquel marido (X) que convence a su mujer (Y) para que realice un viaje en tren en lugar de en coche, dándose la circunstancia de que durante ese trayecto el tren es objeto de un atentado terrorista a causa del cual Y muere. En este caso la impunidad de X se explica únicamente por el hecho de que no ha actuado ni dolosa ni imprudentemente, pues ni conocía ni podía conocer el peligro que corría Y. Lo contrario pasaría, en cambio, si X conociera la existencia de los terroristas y fuera su cómplice, y ello con independencia de la supuesta adecuación social de su conducta (dar un consejo). Por lo tanto, entiende Kindhäuser, a la hora de valorar la relevancia jurídico-penal de un conflicto siempre se trata de evaluar un suceso concreto a la luz de todas las circunstancias relevantes, tanto objetivas como subjetivas. En consecuencia, la descripción abstracto-objetiva de un acontecimiento como “cotidiano” nunca puede ser un punto de vista relevante para determinar el contenido de injusto de ese hecho.



ciertamente no serían imputables —lo cual parece éticamente inadmisible—. <sup>13</sup> De ese modo, el principio de la adecuación también sirve para identificar aquellos cursos causales que, mostrándose aparentemente como producto de la casualidad, el azar o la desgracia (lo inevitable), han sido en realidad previsibles y previstos, controlados por el autor gracias a sus conocimientos individuales, los cuales no eran compartidos por el observador “externo” y “objetivo”.

Así, afirma certeramente Roxin que un comportamiento que, a priori o en general, es permitido, no prohibido, puede convertirse en no permitido en función de los conocimientos reales del sujeto, de tal modo que priman los conocimientos efectivos del autor concreto sobre aquello que pudiera opinar un tercero objetivo en una situación semejante a la del autor. En uno de sus ejemplos, Roxin menciona a quien aconseja a otra persona que dé un paseo sabiendo que en el camino está al acecho un asesino: en ese caso “naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato o como homicidio si se mata al paseante”. <sup>14</sup>

A partir de tal argumentación, pues, se constata que la imputación objetiva incluye en el primer nivel de su análisis la consideración de elementos subjetivos que, sin duda, son los característicos del dolo y la imprudencia: a saber, se tiene en cuenta si para el autor concreto era previsible *ex ante* o no que su acción pudiera ocasionar el resultado (condición que lo es de la imprudencia); si de hecho lo había previsto o no (condición del dolo); hasta dónde llegaba el grado exacto de sus conocimientos (dolo, culpa consciente...), etc.,

todo lo cual se pondera, de hecho, al objeto de afirmar si el riesgo creado por su acción era permitido o prohibido. <sup>15</sup> En consecuencia, a la vista de estos criterios se han suscitado desde hace tiempo en la doctrina penal una serie de dudas y críticas hacia la teoría de la imputación objetiva: en concreto,

- a) ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor? <sup>16</sup>
- b) Si dicha imputación va a resultar, al fin y al cabo, también subjetiva, ¿qué sentido tiene hablar de una imputación objetiva (y de un tipo objetivo) y, más tarde, de nuevo de una imputación subjetiva (y de un tipo subjetivo)? Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser superflua?
- c) Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir, pues, de la imputación objetiva?; o, más bien, ¿debemos prescindir del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo, trasladando dicho análisis a la imputación objetiva y a la determinación de su primer requisito (creación de un riesgo desaprobado)? <sup>17</sup>
- d) ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante

<sup>13</sup> De este modo, *vid.* Kindhäuser, U., “Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 8/2007, pp. 447 y ss. (464): en aquellos casos en los que el autor concreto conozca que una situación objetiva y aparentemente inocua es en realidad peligrosa para el bien jurídico, aplicar el criterio del observador externo y objetivo daría lugar a la impunidad del autor. Así pues, a fin de corregir esa solución no plausible, necesariamente hay que tomar en consideración los conocimientos del sujeto —lo cual, para Kindhäuser, deja claro el carácter redundante y prescindible de la teoría de la imputación objetiva si la aplicamos desde la perspectiva del observador objetivo—. De igual modo se expresa Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, p. 158. Con el mismo criterio, entre los penalistas españoles cítese por todos a Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 178, marginal 56. Ahondaremos más adelante en este extremo (*vid. infra*, apartado IV. c).

<sup>14</sup> *Cfr.* Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, *cit.*, pp. 360 y 367, marginales 32 y 46; así como, del mismo, “Streitfragen bei der objektiven Zurechnung”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733 (727).

<sup>15</sup> A ese respecto, *vid.* por todos Mir Puig, “Sobre lo objetivo...”, *cit.*, pp. 674, 675 y 678, comentando el famoso caso “Thyren”, sobre un tirador inexperto que apunta con un fusil a otra persona desde una gran distancia, con la intención de matarla. Afirma Mir, pues, que *la intención del sujeto contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva*; de ese modo, aunque el riesgo de que se produzca el resultado de muerte sea mínimo, hay que considerarlo suficiente para fundamentar la imputación de la muerte, basándose tanto en la concurrencia de una conducta objetivamente homicida como en la concurrencia de dicha intención de matar (dolo directo de primer grado).

<sup>16</sup> Acerca de esta crítica y su discusión, *vid.* Frisch, W., “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches an der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, 2001, pp. 219 a 221, 226 y ss.

<sup>17</sup> Sobre esta controversia, asimismo Frisch, *ibidem*.

## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad?

### 4. Por qué la teoría de la imputación objetiva es más bien de la imputación “normativa”, y la distinción entre “el tipo objetivo” y “el tipo subjetivo” ya no resulta útil en los delitos imprudentes ni en los dolosos

Varios son los autores que han tratado ciertamente de dar respuesta a las dudas anteriores (a, b, c y d).

#### 4.1. ¿Se puede seguir hablando de imputación objetiva cuando esta se basa, decididamente, en aspectos subjetivos del autor?

En relación a esta primera cuestión, ya Kaufmann había percibido tiempo atrás esa necesidad de tener en cuenta a efectos de la imputación los conocimientos propios del sujeto concreto sobre el peligro, de tal modo que sería imposible efectuar un juicio puramente objetivo sobre la creación desaprobada del riesgo, pues dicha valoración *dependería fundamentalmente del agente*. Por eso, afirmaba, si el sujeto

activo desconocía el peligro asociado a su conducta, no podría decirse que con ella hubiera creado un riesgo desaprobado, de modo que decaería la presencia de un delito *doloso*.<sup>18</sup>

Asimismo, *Struensee* sostuvo que en los delitos *imprudentes* era necesario atender a los conocimientos del sujeto concreto para determinar si su conducta habría sido jurídicamente correcta o no.<sup>19</sup> La misma opinión han seguido posteriormente autores como Jäger o Puppe: a su juicio, en el apartado de la infracción *objetiva* del deber de cuidado es preciso ya analizar los conocimientos y capacidades individuales del autor,<sup>20</sup> pues la cuestión de si existe “un riesgo no permitido”, de si concurre un injusto típico, no puede juzgarse sin tener en cuenta tales datos.<sup>21</sup> Dicha cuestión ha sido igualmente debatida por la doctrina española desde hace décadas, como en su momento demostró Zugaldía Espinar.<sup>22</sup>

Por su parte, advierte Kindhäuser que, encubiertos en los conocimientos o información que los delitos imprudentes exigen para la realización de su tipo objetivo y que se atribuyen al ciudadano medio o ficticio, están en realidad aquellos datos subjetivos del autor que resultan relevantes. Así pues, si bien las exigencias o los criterios que se emplean para determinar la infracción del deber son normativos (a saber, el criterio de lo que hubiera hecho ese ciudadano medio

<sup>18</sup> Cfr. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, *cit.*, pp. 260 a 265.

<sup>19</sup> Cfr. Struensee, E., “Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 97 y ss (97, 99 a 101, 105).

<sup>20</sup> Crítico con esta opción dogmática se manifiesta Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, pp. 186 y 187. En su opinión, “el umbral de la confusión se traspasa cuando los componentes objetivos de la falta de cuidado, tanto interno como externo, se agrupan bajo la rúbrica <lesión del deber objetivo de cuidado>, y cuando el conglomerado así formado se clasifica en el tipo objetivo”, pues “si el componente <objetivo> de la falta de cuidado interno se clasifica en el tipo objetivo, se introduce necesariamente lo subjetivo (individual del autor) en el tipo objetivo”. Para este penalista, en fin, supone un “error fundamental clasificar en el tipo objetivo”, ya sea total o parcialmente, “los elementos de la imprudencia como <desconocimiento no evitado contrariamente a deber>”. En cualquier caso, el propio Burkhardt reconoce que lo decisivo para determinar cuál es el cuidado interno al que el autor está obligado son “las circunstancias conocidas por él (!)” y la falta del cuidado interno que interesa es solo aquella que haya conducido “a una valoración errónea del autor individual (!)”. En última instancia, por tanto, lo que discute Burkhardt es la ubicación sistemática más adecuada para ese imprescindible análisis de los conocimientos subjetivos del autor.

<sup>21</sup> Cfr. Jäger, C., *Examens-Repetitorium. Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, 5ª ed., 2011, p. 321; Puppe, I., “Der Aufbau des Verbrechens”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, 2007, pp. 396 y 397, citando asimismo a *Struensee*. A juicio de dicha autora, a la hora de determinar el deber de cuidado del sujeto activo es totalmente lógico y sistemáticamente necesario tener en cuenta los conocimientos de los que este parte. Sobre tal aspecto, *vid.* asimismo Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, p. 158.

<sup>22</sup> *Id.* Zugaldía Espinar, J.M., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos”, ADPCP, 1984, pp. 321 a 332 (327 y ss.), señalando que ya en ese momento existía “una polémica fundamental consistente en la determinación —a los efectos del tipo de injusto— de si la caracterización de la contrariedad de la conducta al deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor”. Y en esa fecha, la postura dominante consistía en entender que la infracción del deber de cuidado dependía del criterio, puramente objetivo, de lo que un observador medio cuidadoso y atento hubiera podido reconocer como acción peligrosa para el bien jurídico. Por el contrario, la conclusión del propio Zugaldía coincide con la de *Struensee*, Puppe o Jäger, en el sentido de que, en los delitos imprudentes, “la determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor: solo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposos”. De la misma opinión, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 302 y 303, sobre todo marginales 41, 47 y 48; así como en “Sobre lo objetivo...”, *cit.*, p. 673.

cuidadoso, diligente en la situación dada), en cambio los conocimientos a los que se referirán tales requisitos solo pueden ser los conocimientos efectivos del sujeto concreto e individual.<sup>23</sup>

Disponemos de varios ejemplos útiles para aclarar dicha argumentación:

Pensemos en el caso (propuesto por *Struensee*) del ciclista A, quien va conduciendo su bicicleta entre los coches por el centro de la ciudad hasta que alcanza un semáforo en rojo. Allí, con objeto de no tener que echar el pie a tierra para frenar, se detiene frente al paso de cebra agarrándose al poste del semáforo. Dicho poste, totalmente oxidado en la base, se dobla debido a la presión ejercida por A y se desploma sobre la calzada, lesionando a un peatón. En este caso, resulta imposible determinar si tal lesión será imputable jurídicamente a A —y en concreto decidir si deberá serlo a título de dolo o de imprudencia— sin tener en cuenta los conocimientos del autor, lo que A sabía o debía y podía saber acerca del estado de conservación del poste y las posibilidades de que este se desplomara.<sup>24</sup>

Otro ejemplo, propuesto por Kindhäuser, lo encontramos en “el caso de las setas”: pensemos en un estudiante de biología que en las vacaciones de verano trabaja como camarero y, en una ocasión, sirve un plato con setas venenosas a un cliente. En el supuesto de que dicho estudiante no reconozca las setas venenosas, no estará actuando de modo contrario a su deber por el mero hecho de que le fuera posible, en teoría, identificar el tipo de seta, dados sus conocimientos especiales de biología. En efecto, en el rol de camarero que está desempeñando en ese momento no le incumbe a él la tarea de comprobar que las setas sean inofensivas, pues esa capacidad especial no se exige para trabajar como camarero. Por ello, la capacidad especial que él, de he-

cho, tiene a título individual no se tendrá en cuenta en su contra. Sin embargo, si dicho estudiante reconoce, al servir las, el carácter venenoso de las setas, entonces sí dispone en ese momento del conocimiento que es necesario para cumplir la norma que exige evitar el resultado, por lo que dicha norma le vinculará. En ese caso no podrá justificar su omisión alegando que un camarero “promedio” no sabría ni tendría por qué saber distinguir las setas (es decir, prever el riesgo), pues él personalmente sí podía hacerlo<sup>25</sup> (se trata de conocimientos superiores del sujeto que deben ser tenidos en cuenta a efectos de la tipicidad). Así se pone de manifiesto la importancia de elementos subjetivos a la hora de determinar el deber de cuidado del sujeto y, de esa forma, a la hora de comprobar si el riesgo creado por su acción u omisión ha traspasado o no el límite de lo jurídicamente tolerable.

#### 4.1.1. Réplica de Frisch y de Roxin

Fundamentalmente, y con el beneplácito del propio Roxin, ha sido Frisch el autor que con más decisión ha salido “en defensa” de la teoría de la imputación objetiva en este punto —frente a los argumentos de finalistas como Kaufmann—, a fin de explicar por qué no supone una contradicción aplicar parámetros subjetivos a la determinación de la imputación objetiva. Frisch admite, en principio, que “para abordar la cuestión de la creación de un riesgo desaprobado no se puede prescindir de los conocimientos especiales de quien actúa”,<sup>26</sup> pues se debe esperar, al menos por regla general, que aquel que conozca momentos de peligro que resulten desconocidos para otros (o bien, generalmente desconocidos) tenga en cuenta tales peligros a la hora de organizar su comportamiento.<sup>27</sup> Del

<sup>23</sup> Cfr. Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 460; así como en “*El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*” (se trata del mismo texto, traducido por Mañalich, J.P.), conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, abril de 2011, pp. 12 a 14. Aproximándose ya a esa postura se manifestaba en 2005, en “*Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*”, en *Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker & Humblot, 2005, p. 539: la cuestión sobre qué nivel de riesgo sea el adecuado para imputar un resultado a quien creó dicho riesgo no se puede resolver sin tener en cuenta el estado de conocimientos de tal sujeto; así pues, esa pregunta sobre si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del sujeto y la aparición del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino al del tipo subjetivo.

<sup>24</sup> Recoge el caso y lo comenta Freund, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, Springer, 2ª ed., 2009, p. 61, marginal 77a.

<sup>25</sup> Vid. Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 15; también en “*Objektive...*”, *cit.*, pp. 535 y 536.

<sup>26</sup> En relación a esos conocimientos *proprios* del autor concreto, debemos entender que resultan incluidos entre ellos tanto los *especiales* (es decir, los “superiores a la media”) como los conocimientos *comunes* a otros individuos, pero también precisamente en poder de ese sujeto concreto. Por tanto, sería preferible hablar de conocimientos *específicos, propios o individuales* del autor concreto, más que de conocimientos necesariamente *especiales* (es más, podrían ser incluso *inferiores* a la media).

<sup>27</sup> Frisch, “*Faszinierendes...*”, *cit.*, p. 230.

### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

mismo modo, se manifiesta Roxin, señalando que esa inclusión de los conocimientos específicos del sujeto en la valoración de la peligrosidad objetiva de su conducta se debe a que, para proteger bienes jurídicos, es preciso prohibir las conductas peligrosas y dicha prohibición únicamente puede basarse en juicios *ex ante*, en los que habrá que tener en cuenta tales conocimientos individuales.<sup>28</sup>

Sin embargo, entiende Frisch que “no es correcto hacer como si, con esa valoración del conocimiento individual, uno ya se estuviera moviendo dentro del tipo subjetivo del delito”.<sup>29</sup> Pues bien, en una primera instancia nos manifestamos desconcertados ante esta afirmación, ya que, si no nos estamos moviendo en el ámbito del tipo subjetivo, ¿dónde lo estamos haciendo, entonces?<sup>30</sup>

A continuación, sigue puntualizando Frisch que, en ese juicio sobre el riesgo desaprobado, “de ninguna manera interesan solo aquellas circunstancias en las que el autor pensara en el momento del hecho”, sino también aquellas “de las que tuviera conocimiento hace algún tiempo y que debiera haber considerado a la hora de decidir acerca de su comportamiento”. Pues bien, es evidente que esta precisión por parte de Frisch no era necesaria, ya que cuando los críticos de la imputación objetiva se refieren a los conocimientos individuales del sujeto concreto estarán incluyendo asimismo los conocidos tiempo atrás por él pero no actualizados en el momento de ejecutar la conducta (lo que podría precisamente dar lugar, en su caso, a una responsabilidad por imprudencia).

A su vez, Frisch advierte que “también sería equivocado hacer como si ese juicio sobre el peligro, por recurrir de forma anticipada a los conocimientos

subjetivos o individuales (en sentido amplio), ya no se basara en circunstancias objetivas. Porque, naturalmente, aquellas circunstancias especiales del peligro que sean conocidas para él (el sujeto concreto) o de las que se haya enterado en algún momento son también reales y objetivas”.<sup>31</sup> A este respecto, es preciso replicar que ni Kaufmann ni ningún otro autor serio han manifestado algo por el estilo de lo que afirma Frisch: precisamente, nadie niega que el dolo como sinónimo de conocimiento se refiere siempre a circunstancias del mundo exterior, ajenas a la propia psique del autor, con una existencia real. En verdad, como bien indica Koriath, el argumento que quiere sostener Frisch con esa frase es “mucho más débil y dice así: que un pronóstico no es *puramente* objetivo”<sup>32</sup> (lo cual resulta claramente cierto). En definitiva lo que ocurre, a juicio de Frisch, es que incluimos en la valoración del riesgo objetivo una serie de segmentos de la realidad, de circunstancias y hechos que siguen siendo objetivos y los cuales sencillamente tienen la cualidad de que eran cognoscibles por el autor. Por consiguiente, no es que introduzcamos elementos subjetivos en sentido estricto en la valoración del riesgo: por el contrario, *lo subjetivo o individual es el criterio de selección* para fijar qué aspectos de la realidad y fuera de la mente del sujeto vamos a tener en cuenta, qué porcentaje del peligro real y manifestado *ex post* era previsible *ex ante* para el sujeto concreto y, por tanto, se le puede imputar, si es que supera el nivel permitido<sup>33</sup> (en este punto, no podemos más que estar de acuerdo con Frisch).

En cualquier caso, considera este autor que el esquema de análisis del delito en el que se inserta esa valoración del peligro y de su carácter desaprobado

<sup>28</sup> Roxin, “Streitfragen...”, *cit.*, p. 727; asimismo en *Derecho Penal, Parte General*, *cit.*, p. 367, marginal 46.

<sup>29</sup> Frisch, “Faszinierendes...”, *cit.*, p. 230.

<sup>30</sup> A este respecto, escribe Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos, 2007, p. 161: “seguro que mi pregunta, ‘¿sí?, ¿Y dónde ‘nos estamos moviendo’, entonces...?’ no es solo retórica.” Con el mismo criterio, *vid.* Burkhardt, “Conducta típica...”, *cit.*, p. 159: estos argumentos de Frisch seguramente vienen a confirmar que la teoría de la imputación objetiva contradice en ese punto el sistema del delito, y son “una prueba de cómo está prosperando <la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo>”. En este sentido, afirma Burkhardt (160 y 161), el conocimiento de las circunstancias constitutivas del riesgo y la cognoscibilidad de la creación del riesgo desde la perspectiva del autor individual son realidades evidentemente “subjetivas”, no “objetivas”. Por consiguiente, está claro que la cognoscibilidad individual del riesgo que se tiene en cuenta en muchos casos para apreciar la existencia del riesgo desaprobado (y que, por tanto, es constitutiva de la existencia del tipo objetivo), es, al mismo tiempo, la relación subjetiva del individuo con la realización del tipo que se exige normalmente en el delito imprudente. Es decir, es el tipo subjetivo mismo. De esa forma, Frisch estaría sin duda equivocado en su punto de vista.

<sup>31</sup> Frisch, “Faszinierendes...”, *cit.*, p. 230.

<sup>32</sup> Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, p. 161.

<sup>33</sup> Frisch, “Faszinierendes...”, *cit.*, p. 230: en definitiva, convenimos con Frisch en que mirar hacia la experiencia individual del sujeto es útil, sobre todo para seleccionar, de entre “todo el conjunto de circunstancias que se den en el momento de la conducta pero que, muchas veces, sean desconocidas para las personas que actúan”, aquellas que deban ser tenidas en cuenta para valorar el comportamiento jurídicamente correcto o incorrecto.

no distingue, ni tiene por qué hacerlo, “de forma estrictamente naturalista” o “herméticamente” entre circunstancias objetivas y subjetivas, pues tampoco es que tal distinción haya de ser “la medida de todas las cosas”. Ello, además, no tiene por qué significar nada en contra de la adecuación de los requisitos materiales postulados por la teoría de la imputación objetiva, pues de lo que se trata en dicha teoría es de determinar qué comportamiento es justo y cuál es injusto, en el ámbito del tipo; y “si, en ese marco, la constitución de lo que sea justo depende también de determinadas circunstancias subjetivas, entonces eso querrá decir que la pregunta sobre si el comportamiento integra el tipo de injusto no se podrá contestar sobre la base de una estricta separación entre lo objetivo y lo subjetivo”.<sup>34</sup> Por consiguiente, a la teoría de la imputación objetiva no se la puede acusar de no separar estrictamente lo subjetivo y lo objetivo, ya que su objetivo fundamental es otro: la captación del tipo de injusto y, para ello, puede ser necesario tener en cuenta aspectos de una y de otra naturaleza.<sup>35</sup>

En definitiva, Frisch llega a la misma conclusión que Roxin (aunque con una fundamentación, a mi juicio, más exhaustiva que este último): a saber, que esa introducción de elementos subjetivos en la valoración del peligro no elimina el carácter *objetivo y normativo* del riesgo ni de la imputación.<sup>36</sup> En efecto, también dichos requisitos subjetivos poseen un núcleo objetivo y, en todo caso, un delito consumado depende de lo objetivo, por lo que esto no es solo punto de referencia de lo subjetivo, sino que ha de existir realmente. Es

decir, la imputación objetiva y, de ese modo la tipicidad, exigen unos filtros objetivos y normativos irrenunciables.<sup>37</sup>

A su vez, también Puppe ha negado que se pueda reprochar a la teoría de la imputación objetiva el incluir elementos subjetivos en la valoración sobre lo injusto del comportamiento. Ello, pese a la confusión terminológica y sistemática que de esa forma se ha ocasionado. Según Puppe, dicha confusión resulta muy fácil de superar simplemente cambiando la denominación de “imputación objetiva” por la de “imputación de la imprudencia”. Y ello porque la cuestión sobre *la infracción del deber de cuidado* (o sobre el *riesgo desaprobado*), que contiene tanto componentes objetivos como subjetivos, está situada en el análisis dogmático del delito sistemáticamente antes que la cuestión sobre la imputación objetiva (estamos de acuerdo con ello, como explicaremos más adelante). Por lo tanto, dice Puppe, refiriéndonos a la “imputación de la imprudencia” mejor que a la “imputación objetiva” se acabaría todo el problema de la supuesta falta de “objetividad” de dicha teoría. De paso, ¡ahorraríamos a los estudiantes de Derecho el tener que realizar unos cuantos ejercicios prácticos bastante poco gratos para poder distinguir entre “el tipo objetivo” y “el subjetivo”!<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Del mismo modo se expresa Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 178, marginal 57: “el desvalor de la conducta... no depende solo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa”. Igualmente véase, del mismo, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 677, donde se destaca “la imposibilidad de una separación tajante de lo objetivo y lo subjetivo del tipo”.

<sup>35</sup> Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 231; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., *ibidem*.

<sup>36</sup> Cfr. Roxin, “*Streitfragen...*”, cit., p. 727. Y en todo caso podemos afirmar, parafraseando a Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 663, que la imputación *objetiva* se considera tal porque precisamente se basa en una norma *objetiva* de valoración, en el sentido de *intersubjetiva* y no dependiente del criterio del sujeto.

<sup>37</sup> Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 228. Vid. igualmente, del mismo autor, “*Delito y sistema del delito*”, en *El sistema integral del Derecho Penal*, cit. (2004), pp. 193 a 280 (en especial, pp. 261 a 263), así como “*Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2003, pp. 719 y ss. (731 *in fine*, 732 y 733): de acuerdo con lo expresado, la existencia de un peligro desaprobado en los delitos dolosos no va a depender solo de la presencia de dolo en el autor, sino que será necesario que ese dolo (conocimiento) se vincule a un riesgo efectivamente existente en la realidad para el bien jurídico y cuyo nivel haya superado lo jurídicamente permitido. Por su parte, señala Burkhardt, “*Conducta típica...*”, cit., pp. 156 y ss., que la teoría de la imputación objetiva no solo exige que un juzgador objetivo y razonable hubiera considerado, *ex ante*, que la conducta correspondiente era arriesgada, sino que además exige que la convicción del juzgador razonable se corresponda con la realidad: la acción debe ser realmente peligrosa. Para Burkhardt, en todo caso, la teoría de la imputación objetiva no expresa con claridad estos dos elementos, sino que emplea, en diversos puntos, una “*terminología engañosa*”.

<sup>38</sup> Vid. Puppe, “*Der Aufbau...*”, cit., pp. 397, 398 y 402.



## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

## 4.1.2. Respuesta a la pregunta a)

A la vista de los argumentos expuestos, podemos convenir en que no debe efectuarse reproche alguno a la teoría *roxiniana* de la imputación por el hecho de incluir en el análisis del riesgo aspectos subjetivos del autor de la conducta (su grado de conocimiento y capacidades). En este caso, se trata sobre todo de una controversia terminológica (aunque con implicaciones dogmáticas, como observaremos en el último apartado del trabajo), por lo que quizá sería preferible, en el futuro, adoptar el nombre de “imputación *normativa*” a fin de eliminar la confusión que supone denominarla “objetiva”.<sup>39</sup>

4.2. Con la teoría de la imputación objetiva, ¿no se habrá superado, en verdad, la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, que pasaría a ser *superflua*?

En cuanto a la segunda de las cuestiones, sobre si tiene sentido ahora seguir distinguiendo entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y analizar ambos por separado, de acuerdo otra vez con Frisch, como hemos visto, puede que diferenciar estrictamente entre circunstancias objetivas y subjetivas no sea el esquema más apropiado para determinar lo justo o lo injusto de un comportamiento —lo cual dependerá de aquellos principios que conforman el ordenamiento jurídico— y que, a veces, no quepa realizar esa distinción a efectos de determinar la tipicidad de una conducta.<sup>40</sup>

De igual modo, sostiene Georg Freund que, incluso para los delitos dolosos, es *técnicamente erróneo* y, en realidad, *impracticable* diferenciar entre tipo objetivo, como puramente externo, y subjetivo, ya que el tipo objetivo también está plagado de elementos subjetivos.<sup>41</sup> Por el contrario, según la terminología propia de este autor, será más adecuado distinguir entre “comportamiento típico”, por un lado, y “consecuencias específicas de dicho comportamiento” (resultado), por el otro, pero sabiendo que también para determinar si se cumplen dichos elementos y la imputación del resultado al comportamiento, será necesario tener en cuenta circunstancias subjetivas.<sup>42</sup>

Aún más problemática, en verdad, resulta la distinción intelectual entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo en el marco de los delitos imprudentes. Efectivamente, en estos, la determinación de la tipicidad consiste en valorar si para *un hombre medio* diligente en la posición del autor el resultado era *ex ante* previsible y evitable, es decir, si ya en ese momento existía y era perceptible para el sujeto el elemento del riesgo desaprobado. En caso afirmativo, habría de apreciarse la imprudencia, mientras que, en caso contrario, la conducta ya no sería típica. De ahí que, en opinión de algunos expertos, en los delitos imprudentes solo deba hablarse de “tipicidad”, en general, pues en ellos no existe diferencia entre el tipo objetivo y el subjetivo.<sup>43</sup> Por consiguiente, el tipo de los delitos imprudentes se colmará generalmente mediante la teoría de la imputación objetiva, pues “un resultado que se imputa al tipo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios”.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> De cualquier forma, por el momento seguiremos empleando el término de “imputación *objetiva*” para referirnos a la teoría científica del mismo nombre y defensora de los postulados ya expuestos *supra* (apartado 2), con objeto de no extraviar al lector. En las páginas finales de nuestra exposición, correspondientes a las conclusiones (apartados 4.3.7), 4.4) y 5), cambiaremos dicha denominación por la de “imputación *normativa*”, en coherencia con la postura aquí defendida.

<sup>40</sup> Cfr. Frisch, “*Faszinierendes...*”, *cit.*, p. 231.

<sup>41</sup> Vid. Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, *cit.*, p. 56, marginal 62 y nota 67, y p. 61, marginal 77a; en el mismo sentido, *vid.* Puppe, “*Der Aufbau...*”, *cit.*, p. 402.

<sup>42</sup> Freund, *ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 320 (marginal 374); Puppe, “*Der Aufbau...*”, *cit.*, p. 396. Expresamente en contra véase Burkhardt, “*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 188, 190 in fine, 191 y *passim*: la posibilidad sistemática más adecuada consiste en diferenciar también en el hecho imprudente un tipo objetivo y otro subjetivo, clasificando la imprudencia, parcial o totalmente, en el tipo subjetivo (en el caso de que fuera solo parcialmente habría que situar algunos otros de los elementos de la imprudencia, entiende este autor, en el nivel de la culpabilidad). De ese modo, el tipo subjetivo servirá para corregir “eventuales inconvenientes” que hayan podido surgir en el ámbito del injusto, al apreciar desde una perspectiva *ex post*, si en un caso concreto se habrá realizado el tipo objetivo creando un riesgo objetivamente desaprobado (a juicio de Burkhardt, en verdad, se podrá afirmar que se ha realizado el tipo objetivo cuando la acción específica del sujeto, de haber sido realizada con conocimiento o con *cognoscibilidad* del riesgo asociado a ella hubiera sido una conducta injusta).

<sup>44</sup> Hemos copiado esta frase de Roxin, si bien él (en *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, pp. 999 y ss., especialmente marginales 10, 11 y 13) se refiere aquí a la imputación del resultado al tipo *objetivo*. De hecho, Roxin entiende que, en la imprudencia consciente, lo adecuado es reconocer la existencia de un tipo *subjetivo* junto al objetivo, aunque reconoce que esta cuestión es “*dudosa*” en la doctrina

En relación a este aspecto, recuerda Kindhäuser que fue por influencia del finalismo por lo que en los delitos dolosos se distinguió un tipo subjetivo de un tipo objetivo (y dicha configuración se mantiene, en general, hoy en día); sin embargo, no ocurrió lo mismo en los delitos imprudentes, donde se partía de un tipo de injusto basado en estándares de comportamiento correcto dependiendo del sector de actividad. Como consecuencia de ello, el injusto de la acción en el delito doloso tiene un objeto diferente al del delito imprudente.<sup>45</sup> Mientras que en el delito doloso el deber de acción se determina de acuerdo a los conocimientos del autor concreto, en el delito imprudente se supone, en principio, que el destinatario de la norma dispone de una serie de conocimientos promedio propios del ámbito de actividad de que se trate (tráfico rodado, práctica sanitaria o médica, etc.),<sup>46</sup> lo cual permitiría hablar, en teoría, de la previsibilidad *objetiva* del resultado.

En definitiva, en el ámbito de los delitos imprudentes, la doctrina más actual se inclina por tener en cuenta los conocimientos individuales del autor y su capacidad para prever y evitar el resultado a efectos

precisamente de evaluar *la tipicidad*, en general.<sup>47</sup> No obstante, un grupo importante de expertos (incluso dentro de esta corriente anterior) todavía insiste en un análisis subjetivo *adicional* en los delitos imprudentes que no será realizado sino hasta llegar al ámbito de la culpabilidad. A saber, aunque la previsibilidad objetiva del resultado y la relación entre este y la infracción del deber de cuidado sean estudiadas en la tipicidad (integradas en la imputación objetiva, incluyendo asimismo conocimientos y capacidades especiales del autor), aún corresponderá en la *culpabilidad* examinar si concurre una *incapacidad* especial o una *carencia* especial de conocimientos en el sujeto concreto. Por lo tanto, se trata de analizar si se ha producido una lesión del deber *subjetivo* de cuidado sobre la base de que para dicho individuo fuera *subjetivamente previsible* la causación del resultado.<sup>48</sup>

De ese modo, para la doctrina tradicional sobre los delitos imprudentes (así en Alemania como en España)<sup>49</sup> se mantienen tanto el examen de la imputación objetiva en el tipo, aplicando como criterio lo que hubiera podido y debido hacer un individuo

---

(*ibidem*, p. 1022, marginal 66). En cualquier caso, lo que Roxin afirma respecto a la imputación del resultado al tipo imprudente es que, cuando en un supuesto concreto se alega que el resultado *no era previsible* o *no era evitable*, en realidad, en términos de imputación objetiva lo que sucede es que falta ya la creación de un peligro jurídicamente relevante o la realización del peligro creado en el resultado; es decir, faltan los requisitos de la imputación objetiva. Por ejemplo, dice Roxin, si un joven concierta una cita con su novia y esta perece durante la cita porque es golpeada por un meteorito, ciertamente no se le puede reprochar al joven infracción alguna del cuidado debido, de modo que no habrá creado un peligro jurídicamente relevante. A juicio de Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 85 a 89, sin embargo, Roxin se equivoca al negar expresamente vigencia en los delitos imprudentes al criterio de la “previsibilidad” y sustituirlo de forma exclusiva por la teoría de la imputación objetiva: en efecto, si entendemos el concepto de “previsibilidad” en su sentido técnico-jurídico y hasta vulgar o coloquial, como probabilidad cierta de que algo efectivamente ocurra en la realidad, entonces ese concepto está incluido irremediablemente en la misma idea de “riesgo jurídicamente relevante” y, de esa forma, en la teoría de la imputación objetiva. Así, es precisamente la *imprevisibilidad* de un resultado lo que nos permite sostener que la acción que *fortuitamente dio lugar* al mismo no creó dicho riesgo relevante. Por consiguiente y como demuestra el propio ejemplo del meteorito, Roxin no está prescindiendo, ni puede hacerlo, del factor de la “previsibilidad”. En realidad, sentencia Gimbernat con acierto, lo que Roxin está descartando como criterio para determinar la existencia de riesgo desaprobado y de la tipicidad imprudente es el aspecto de la “*imaginabilidad*” (que no es lo mismo que la “previsibilidad”). Así, aunque cualquier curso causal de producción del resultado es *imaginable* hipotéticamente (*v. gr.*, que un meteorito mate a la chica durante la cita), no todos ellos son *previsibles* en la situación real dada y, por tanto, no todos ellos permiten fundamentar una tipicidad por imprudencia de la acción que condiciona ese curso causal (*cf.*: Gimbernat, *ibidem*, pp. 85 a 88).

<sup>45</sup> Sobre este aspecto, *vid.* asimismo Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, p. 325 y nota al pie nº 10.

<sup>46</sup> Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 457 (“*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 10 a 12). En todo caso, afirma Kindhäuser que esta diferencia en cuanto a la configuración de los tipos no afecta a la pregunta fundamental que él se plantea, acerca de la necesidad de una imputación objetiva en ambas categorías delictivas.

<sup>47</sup> *Cfr.* Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, pp. 460 a 462.

<sup>48</sup> *Cfr.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, pp. 1013 y ss., especialmente marginales 47, 48 y 50: por la *incapacidad* individual de un sujeto para evitar el resultado “se excluye solo la *culpabilidad* imprudente”, pero no la tipicidad imprudente ni la antijuridicidad de la conducta (el subrayado es nuestro). De esta forma, según Roxin, en la *culpabilidad* deberá examinarse si el sujeto tenía, eventualmente, capacidades *inferiores* a la media; por el contrario, sus posibles capacidades *superiores* a la media deberán tenerse en cuenta en la *tipicidad* —a efectos de determinar si, al no emplearlas pudiendo hacerlo, el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado—. Léase asimismo a su discípulo Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 32 (marginal 43) y 322 (marginal 374).

<sup>49</sup> *Vid.* Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, pp. 327 y 328 y cita 18: de acuerdo con tal punto de vista dominante, “la previsibilidad subjetiva es irrelevante en el marco de la adecuación típica y debe tomarse en consideración exclusivamente en el marco de la culpabilidad”. A propósito de esto, véase igualmente Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 300 y ss.

### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

promedio escrupuloso y razonable en el sector de actividad que sea (criterio al que algunos autores, como Roxin o Jäger, añaden los conocimientos especiales y superiores del sujeto concreto<sup>50</sup>), como el examen en la culpabilidad del grado de previsibilidad y evitabilidad subjetivas, es decir, del grado en que para ese sujeto concreto era cognitivamente posible adaptarse al estándar de cuidado debido. En cambio, está generalmente aceptado en la ciencia penal que el dolo se examina únicamente en el ámbito de la tipicidad, dentro del tipo subjetivo, pero ya no en el ámbito de la culpabilidad.<sup>51</sup>

Con respecto a la conveniencia de efectuar al nivel de la *culpabilidad* ese análisis del deber *subjetivo* de cuidado, se mencionan varios ejemplos: 1) un alumno de autoescuela en su clase práctica n° 75 atropella a un peatón, “simplemente” porque todavía no ha aprendido a conducir correctamente; 2) una persona de 65 años, de repente y sin que haya podido darse cuenta antes, se vuelve incapaz para la conducción, atropellando así a un grupo de escolares.<sup>52</sup> Pues bien, en estos casos, según tal postura podría apreciarse una infracción del deber objetivo de cuidado y se habría realizado el tipo de las lesiones imprudentes, ya que un sujeto promedio en la situación de ambas personas concretas hubiera podido impedir el resultado; sin embargo, en el plano de la culpabilidad, esos dos individuos en particular, con base en sus condiciones personales especiales (inferiores) ya no estaban en disposición de evitar el resultado, por lo que no se les

podría reprochar individualmente culpabilidad alguna.<sup>53</sup> No ocurriría lo mismo, empero, en el supuesto de que el sujeto concreto tuviera aún la suficiente capacidad como para reconocer que estaba inhabilitado para obrar prudentemente y, de ese modo, para evitar un posible resultado lesivo: de ser así, el sujeto habría obrado de modo imprudente tanto objetiva como subjetivamente<sup>54</sup> (es decir, tanto típica como culpablemente).

#### 4.2.1. Respuesta a la pregunta b)

Por nuestra parte, en todo caso, consideramos preferible y más coherente con un esquema adecuado del delito excluir del ámbito de la culpabilidad toda referencia a aquellos elementos que componen el dolo y la imprudencia, trasladando cualquier análisis de estos al nivel de la tipicidad y situando en el examen de la culpabilidad o imputación personal exclusivamente dos aspectos: a saber, el conocimiento potencial de la ilicitud del hecho por parte del autor (reverso del error de prohibición) y la capacidad personal de culpabilidad (imputabilidad).<sup>55</sup> En consecuencia, desde tal punto de vista corresponderá tener en cuenta la previsibilidad y evitabilidad denominadas *subjetivas* en el marco del tipo de injusto, y de esa forma tanto las capacidades del sujeto concreto eventualmente superiores como las inferiores a la media.<sup>56</sup> A la luz de todos esos conocimientos y capacidades individuales

<sup>50</sup> Para la doctrina dominante en Alemania, sin embargo, dichos conocimientos especiales y superiores del sujeto concreto no pueden ser tenidos en cuenta para incrementar el nivel de cuidado exigible al hombre medio, que es el criterio que, según tal postura, determina la tipicidad de la conducta. Por tanto, “si el hecho es objetivamente adecuado al poder medio, deberá eximirse de pena al autor, aunque él personalmente pudiese haber actuado con mayor prudencia”, así lo expone Mir Puig, *Derecho Penal...cit.*, p. 301, citando en este caso a Jescheck y a Schönemann.

<sup>51</sup> Sobre ello también, *vid.* Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 12.

<sup>52</sup> Un supuesto parecido lo encontramos en Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, p. 329, aunque este autor sostiene, del mismo modo que nosotros, que tales casos de capacidades inferiores a la media han de ser considerados para negar la *tipicidad imprudente* (infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado), pues “en definitiva, el mandato jurídico-penal solo puede pretender que se haga lo posible”.

<sup>53</sup> *Cfr.* Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 322 (marginal 374); también, como ya dijimos *supra*, Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, capítulo (§) 24, en especial marginales 50, 57 y 58: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuricidad, sino solo afectar a la culpabilidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben, sin embargo, emplearse en la determinación de la tipicidad.

<sup>54</sup> Jäger, *ibidem*; Roxin, *ibidem*, marginales 47 y 48. Trata asimismo sobre estos casos de capacidades inferiores a la media Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 15 y 16, entendiendo que deben ser tenidas en cuenta para establecer la infracción del deber de cuidado y la imprudencia *ya al nivel del tipo de injusto*.

<sup>55</sup> *Vid.* por todos Zugaldía Espinar, J.M. (dir.), *Fundamentos...*, *cit.*, así como en *Lecciones...*, *cit.*, (2ª ed., 2015), pp. 80 y 81, 149 y ss.

<sup>56</sup> Con el mismo criterio, *vid.* Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 457, aun reconociendo que la doctrina alemana mayoritaria todavía opina de otra forma, situando el deber subjetivo de cuidado en el plano de la culpabilidad o imputación personal. En España opinan así, por todos, Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, pp. 328 a 330, 332; Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, *cit.*, pp. 216 y 217; en cambio, Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 302 y 303 (especialmente marginal 49), aunque sostiene la misma postura respecto a los conocimientos y capacidades superiores del sujeto, entiende por el contrario que “una capacidad inferior del individuo no imaginable en una persona mentalmente normal —como reflejos demasiado lentos o una capacidad intelectual infe-

será posible determinar, en fin, si el sujeto ha creado un riesgo desaprobado y, por consiguiente, si, dándose el resto de requisitos de la imputación objetiva, ha realizado el tipo del delito (dentro del cual, pues, ya no distinguiremos entre tipo *objetivo* y *subjetivo*).

Por tanto, si un individuo con conocimientos y capacidades distintos a los del “sujeto promedio” (y en su caso, superiores) no los emplea para evitar el resultado, pese a serle ello posible (es decir, “pese a la posibilidad de emplearlos voluntariamente”<sup>57</sup>), estará satisfaciendo el tipo doloso o imprudente (como en el caso citado de “las setas venenosas”). Mientras que no realizará el tipo si, teniendo capacidades o conocimientos inferiores a los del ciudadano medio (aunque siendo todavía plenamente *imputable*) y no pudiendo reprochársele tal desconocimiento o incapacidad en la medida en que no pudiera reconocerlos,<sup>58</sup> no llega a evitar dicho resultado (como en el supuesto planteado del conductor de 65 años). Así pues, cuando para esa persona determinada fuera subjetivamente imprevisible e inevitable el daño causado, su conducta no podrá considerarse típica, pues estará ausente la imputación al tipo imprudente; y con ello, desde luego, también el dolo como *plus* respecto a la imprudencia.<sup>59</sup>

*4.3. Si la imputación llamada objetiva incluye ya el análisis del dolo y de la imprudencia, ¿qué sentido tiene superponer o repetir ambos pasos en el examen del delito? ¿Debemos prescindir de la imputación objetiva o, más bien, del análisis del dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo?*

Continuando con la tercera cuestión planteada, se ha discutido qué sentido puede tener en el examen dogmático del delito repetir en dos pasos sucesivos dentro de la tipicidad el análisis del grado de conocimientos y capacidades del sujeto concreto. Es decir, una primera vez al aplicar la teoría de la imputación objetiva y una segunda vez al comprobar la presencia de dolo o imprudencia en la conducta. Esta controversia es, en esencia, la misma que se ha analizado en el apartado anterior, sobre si tiene sentido seguir distinguiendo entre tipo objetivo y tipo subjetivo en las infracciones dolosas y en las imprudentes, dentro del esquema más amplio de los diferentes niveles de imputación en el delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). Sin embargo, en este apartado abordaremos el problema enfocando hacia los elementos de la imputación objetiva, en particular hacia el requisito de la “creación de un riesgo desaprobado”.

A propósito de dicha cuestión y a la vista de lo que alegan los críticos, pueden sugerirse dos opciones a fin de evitar repeticiones en el análisis del delito: por un lado, prescindir de la llamada “imputación objetiva”, empleando únicamente los conceptos de “imputación al dolo” e “imputación imprudente”; por otro

---

rior, por ejemplo debido a enfermedades mentales, etc.— no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino solo la imputación personal de la misma”. Por nuestra parte, consideramos, sin embargo, como exponemos en esta y la siguiente página, que salvo que tales capacidades inferiores incidan en el ámbito concreto de la *imputabilidad* del sujeto, las restantes incapacidades parciales habrán de ser tenidas en cuenta precisamente para fijar el deber de cuidado normativamente exigible a esa persona, de modo que en algún caso podrán dar lugar a la atipicidad de la conducta, por resultar dicho nivel de cuidado exigible inferior al del ciudadano medio.

<sup>57</sup> Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 302.

<sup>58</sup> Si, en cambio, el sujeto concreto puede reconocer dichas incapacidades y es consciente de ellas, entonces, como ya se mencionó anteriormente en p. 18, coincidimos con la doctrina mayoritaria en afirmar que tal sujeto habrá realizado el tipo imprudente y será culpable por ello. Del mismo modo, *vid.* Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, p. 330, siguiendo a Stratenwerth: aquel que sea incapaz de mantener el riesgo de una actividad en los límites de lo permitido, en principio tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad, incurriendo de lo contrario en la “*culpa en la asunción del riesgo*”.

<sup>59</sup> Nos alineamos, por tanto, con lo que Roxin (*Derecho Penal...*, cit., marginal 48) describe como una opinión minoritaria, aunque defendida por prestigiosos autores (a la sazón, por Jescheck, Jakobs o Stratenwerth); en particular, *vid.* Kindhäuser, “*El tipo subjetivo...*”, cit., pp. 15 y 16. En España la ha defendido, por todos, Zugaldía Espinar, *ibidem*, pp. 329 y 330 (“la cuestión... del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la incapacidad individual debería incidir sobre el disvalor de acción, sobre el injusto típico, sobre la conducta prohibida, en definitiva”). En cambio, el propio Roxin se decanta por una concepción intermedia, como ya se dijo *supra* (*vid.* notas 48, 53 y 54), según la cual parece que todavía al nivel de la imputación personal habría que analizar, en parte, las “*formas de culpabilidad*”—esta era, de hecho, la terminología empleada por Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., en *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 457 y ss., incluyendo así el dolo y la culpa en el llamado “juicio de culpabilidad”, por oposición al “juicio de antijuridicidad”—. Una posición intermedia es la que adopta también, como ya se ha indicado, Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 303.

### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

lado, en cambio, sería posible prescindir del análisis del dolo y la imprudencia en el denominado “tipo subjetivo”, trasladando dicho análisis a la teoría de la imputación objetiva y, en concreto, a la determinación de su primer requisito (creación de un riesgo desaprobado).

En este punto, no obstante, es preciso tener en cuenta las diferencias existentes entre los tipos de injusto dolosos y los imprudentes, en parte ya mencionadas: de hecho, la mayoría de las opiniones críticas en torno al carácter superfluo y repetitivo de la teoría de la imputación objetiva se han vertido en el ámbito de los delitos dolosos, como comentaremos a continuación.

#### 4.3.1. Por qué la teoría de la imputación objetiva se ha aplicado menos en relación a delitos dolosos (Frisch)

La teoría de la imputación objetiva se formuló para resolver problemas aparecidos en el análisis de los delitos imprudentes, por lo que ha sido un planteamiento mucho más reconocido y aceptado en el ámbito de la imprudencia.<sup>60</sup> En los delitos dolosos, en cambio, es poco frecuente que la jurisprudencia niegue en algún supuesto la relevancia penal del comportamiento basándose en los requisitos de la teoría de la imputación objetiva, como la creación de un riesgo desaprobado, etc.,<sup>61</sup> y ello sucedería porque la mayoría de los sujetos que actúan dolosamente buscan métodos más efectivos que el simple recurso a la suerte o a la casualidad para producir un resultado lesivo. Por ello, los riesgos que crean con su conducta ya resultan muy claramente superiores a los permitidos. Del mismo modo se ha afirmado que, en los delitos dolosos, el quebrantamiento del rol social y jurídico por parte del sujeto es tan evidente que no necesita de mayor

explicación, mientras que en los delitos imprudentes es menos habitual que esto ocurra. Incluso, aunque el autor doloso únicamente esté suponiendo por error que su comportamiento bastaría para producir el resultado, la presencia del dolo ya será manifiesta, por lo que podremos apreciar al menos una tentativa aunque sea inidónea.<sup>62</sup>

Los únicos supuestos en los cuales, según afirma Frisch, el Juez podría verse compelido a aplicar dicha teoría para dilucidar la existencia de un delito doloso serían aquellos en los que concurriera un riesgo para el bien jurídico cuyo carácter desaprobado o relevancia penal no fuera evidente desde la concepción de la imprudencia pero, sin embargo, sí hubiera sido ya captado y totalmente tomado en serio por el autor (dolo). Por ejemplo, se menciona el caso de un traficante que entregue al adicto droga de una extrema pureza, sin que tal adicto sea consciente de ello y produciéndose poco después su muerte por sobredosis; o bien, otro caso en el que el sujeto activo conozca, por sus especiales conocimientos médicos o personales, que la víctima a la que se suministra azúcar es diabética, sin que ella misma lo sepa, etc. La dificultad en ejemplos como estos, sin embargo, residirá en la prueba del dolo, de modo que, normalmente, tales casos solo llegarán a tramitarse como delitos imprudentes.<sup>63</sup> Por consiguiente, en principio, en los delitos dolosos no sería tan necesario acudir a la teoría de la imputación objetiva para determinar la tipicidad de la conducta.

#### 4.3.2 Postura más radical de Kaufmann: en los delitos dolosos, la teoría de la imputación objetiva es superflua

Avanzando un poco más, varios autores se han aventurado a considerar superflua e inadecuada la teoría de la imputación objetiva, tanto en los delitos dolosos

<sup>60</sup> Cfr. Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, cit., p. 729. Incluso Hirsch, el principal crítico finalista a la teoría de la imputación objetiva, ha acabado admitiendo que, en los delitos imprudentes, su aplicación está justificada (así lo reseña Roxin, en “*Streitfragen...*”, cit., p. 728, mencionando una publicación de Hirsch de 2003).

<sup>61</sup> Muy crítico con este aspecto, vid. Kaufmann, “*<Objektive Zurechnung>...*”, cit., pp. 258 y ss.: la fórmula de la imputación objetiva “lleva escrito en la frente que tiene su origen en los delitos imprudentes”, lo cual hace problemática su aplicación en los delitos dolosos, pues no está claro si aquellas cuestiones difíciles, propias de la imprudencia, para cuya resolución se ha creado la imputación objetiva (así, la infracción del deber de cuidado y el nexo entre esta y la producción del resultado) han de ser traspasadas ahora necesariamente al análisis del tipo en los delitos dolosos y si esa complicación resulta siquiera admisible.

<sup>62</sup> Vid. Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, cit., p. 729, refiriéndose, naturalmente, a la jurisprudencia alemana.

<sup>63</sup> Frisch, *ibidem*, pp. 729 y 730.



como en los imprudentes.<sup>64</sup> En cuanto a los dolosos, destaca el punto de vista de Kaufmann, de acuerdo con el cual, en dichas infracciones es totalmente innecesario plantear, antes de la pregunta sobre el dolo, la cuestión acerca de si existe y en qué medida un peligro objetivo, a fin de averiguar si se da un nexo objetivo suficiente entre la conducta y el resultado (en el sentido de “realización de un riesgo desaprobado”).<sup>65</sup> Según Kaufmann, en la teoría de la imputación objetiva, la respuesta a esa pregunta sobre si una conducta es arriesgada o no depende de un pronóstico basado en *la construcción normativa de un hombrecito*: a saber, el “observador objetivo”, pero armado con los conocimientos del autor concreto (“¡solo con los que sean correctos!”), dice irónicamente Kaufmann).<sup>66</sup> Y precisamente de este aspecto se extraería la objeción más relevante que se podría hacer contra el principio del riesgo de Roxin: a saber, que para elaborar dicho pronóstico sobre el riesgo *es claramente indispensable el conocimiento del autor concreto como base para la valoración*.<sup>67</sup> Por lo tanto, de acuerdo con Kaufmann, el principio del riesgo no sería un principio de imputación *objetiva*, sino que estaría casi irremediabilmente enriquecido con elementos *subjetivos*, por lo cual, la cuestión sobre la imputación del resultado definitivamente se decidiría por medio del dolo.<sup>68</sup> De ahí que la pregunta sobre el pronóstico del riesgo debería reconducirse al contexto al que pertenece, es decir, al dolo; y es que, afirma

Kaufmann, “a la luz del dolo del hecho, la compleja problemática (de la imputación objetiva) se derrite como la nieve de abril al sol”.<sup>69</sup>

Al parecer, según ha señalado Koriath más recientemente, esta crítica dirigida hacia la imputación objetiva como un planteamiento superfluo en los delitos dolosos “*no es de ningún modo nueva*”, sino que forma parte del grupo de argumentos que ya se alegaron en contra de la teoría de la adecuación. También es importante aquí el razonamiento, por parte de Kaufmann y otros, de que en el esquema de análisis del delito debe aplicarse una cierta “economía”, de modo que no se repitan pasos innecesarios o prescindibles.<sup>70</sup> En definitiva, como apunta Koriath, ya a propósito de la teoría de la adecuación fue demostrado que ese pronóstico del riesgo depende precisamente del conocimiento del autor concreto (y así lo hemos dejado establecido, en efecto, en el apartado 4.1) anterior), por lo que el planteamiento de Kaufmann a ese respecto es “bastante concluyente”.<sup>71</sup> Otra cosa, desde luego, es la cuestión sobre el carácter superfluo de la imputación objetiva en los delitos dolosos, sobre la que debemos seguir discutiendo.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> *Ibid.*, comentando estas críticas, Frisch, “*Zum gegenwärtigen Stand...*”, *cit.*, pp. 731 a 733, señalando que provienen de los afectos al finalismo.

<sup>65</sup> *Cfr.* Kaufmann, <*Objektive Zurechnung*>..., *cit.*, pp. 258 y ss. A juicio de Burkhardt (“*Conducta típica...*”, *cit.*, p. 157), igualmente, “no parece que tenga mucho sentido exigir en el tipo objetivo de los delitos dolosos no solo una creación de peligro sino que esta sea objetivamente cognoscible”.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 259 y 260. Él utiliza la expresión exacta de “*Homunkulus*” (“*homúnculo*”), es decir, un diminutivo despectivo del concepto de “hombre”. Y sigue apuntando con ánimo crítico que, para determinar las características de ese observador, “las extraeremos del alambique de nuestra Ciencia” (el Derecho Penal), de modo que “le atribuiremos un cierto nivel de conocimiento nomológico y ontológico en función de lo que esperemos como un resultado aceptable, asumible, de esa observación suya”. Así pues, parece querer decir Kaufmann, esa construcción del “hombrecito” resulta artificial y está previamente condicionada, por lo que ya sabemos o hemos valorado sobre cada caso.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>68</sup> *Ibidem*; *vid.* asimismo Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, p. 160.

<sup>69</sup> Kaufmann, *ibidem*, p. 260 *in fine*, así como 263 y 264, 266 y 267. Prueba de ese carácter decisivo del dolo y de lo superfluo de la imputación objetiva, señala Kaufmann (p. 261), es que, si en un caso cualquiera concurre el dolo y este abarca la causación del resultado típico, así como todos aquellos elementos que permiten sustentar la imputación objetiva, “entonces la problemática se habrá resuelto por sí misma, por decirlo así”: la conducta será “peligrosa” precisamente porque es el medio conscientemente empleado para materializar el resultado; será también *per se* “jurídicamente desaprobada”, dado que, con el carácter doloso de la realización del tipo objetivo, ya va de suyo que se cumple toda la *tipicidad*, etc.

<sup>70</sup> *Cfr.* Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 160 y 161. El propio Koriath reconoce que “aquí no hay nada más que decir”, admitiendo que el argumento sobre la “economía en el examen” es plausible.

<sup>71</sup> Koriath, *ibidem*, p. 161.

<sup>72</sup> *Ibidem*: la pregunta sobre si el principio del riesgo es realmente superfluo y si Kaufmann, pues, lleva razón en eso “puede desde luego permanecer abierta; aquí interesa solo que el argumento sea correcto o no”.

### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

#### 4.3.3. Postura de Puppe: la imputación subjetiva contiene la imputación del resultado al dolo

Esta autora sostiene, en sentido parecido a Kaufmann, que si bien la imputación del resultado al dolo se suele denominar “imputación subjetiva”, sería más correcto designarla como “imputación al dolo” o “imputación dolosa”, pues dicha imputación contiene el elemento objetivo de “la realización de un peligro doloso en el curso causal hacia el resultado”.<sup>73</sup> Por consiguiente, parece también reconocerse que la imputación subjetiva (dolosa) incluye dentro de sí la imputación del resultado a la acción del sujeto.

#### 4.3.4. Reacción de Frisch a las críticas hacia “la creación de un riesgo desaprobado”

Ante las objeciones dirigidas contra la teoría de la imputación objetiva, han surgido réplicas por parte del propio Roxin y de otros autores,<sup>74</sup> entre los cuales destaca de nuevo Frisch. Este ha negado rotundamente que la referencia al dolo en la imputación objetiva haga superflua y permita ahorrarse en el análisis de la tipicidad la consideración de elementos objetivos (es decir, el riesgo jurídicamente desaprobado), del modo en que apuntan críticos como Kaufmann.<sup>75</sup> A saber, algunos de esos autores finalistas han señalado *otros criterios* que podrían servir para delimitar el ámbito de la tipicidad dolosa en lugar de dicha “creación de un riesgo desaprobado” (de modo que esta resultaría innecesaria como requisito). Por ejemplo, se ha sugerido que el criterio del “inmediato principio de ejecución” serviría para determinar a partir de dónde

comenzaría la tentativa punible;<sup>76</sup> o también, el criterio del “carácter socialmente adecuado de ciertos comportamientos” permitiría distinguir lo típicamente relevante de lo irrelevante.

Con respecto a tales criterios, en fin, Frisch se manifiesta en desacuerdo: a su juicio, en aquellos casos en los que el sujeto de la acción desee o acepte el riesgo de que se produzca un resultado, pero dicho resultado no pueda atribuírse a título de dolo, la verdadera razón por la que esto ocurrirá no será ninguna de las apuntadas por los críticos finalistas, sino, precisamente, el hecho de que esa acción del autor *no habrá producido un riesgo socialmente desaprobado*. Así ocurrirá, en particular, cuando estemos ante “comportamientos socialmente adecuados”: en efecto, realmente esta valoración viene a expresar que las creaciones de riesgo vinculadas a dichos comportamientos deben ser consideradas aceptables y, por tanto, atípicas (con base en consideraciones normativas).<sup>77</sup>

Otro tanto sucederá, según Frisch, en relación al mencionado criterio de la tentativa. Por ejemplo, en el citado caso del sobrino heredero que maliciosamente convence a su tío para que viaje en un avión, estrellándose éste de forma totalmente imprevisible, la razón por la que no podemos atribuir el resultado a la acción dolosa del sobrino no reside en la ausencia de *un inmediato principio de ejecución* en su conducta (incluso, hasta podría apreciarse ya ese principio...), sino exclusivamente en la circunstancia de que “aquel peligro que el autor ha creado hasta la última fase antes de la causación del resultado, o que se ha desarrollado, carece del carácter de *desaprobado*.”<sup>78</sup> Por ello, añade Roxin, ese hecho de

<sup>73</sup> Es decir, “*Realisierung einer Vorsatzgefahr im Kausalverlauf zum Erfolg*”: cfr. Puppe, “*Der Aufbau...*”, cit., p. 400.

<sup>74</sup> A juicio de Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 161, sin embargo, tales contra-argumentos no siempre han sido formulados de un modo totalmente claro.

<sup>75</sup> Cfr. Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., pp. 226 y ss.; también expresamente en contra de ese planteamiento de Kaufmann, vid. Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, cit., p. 678: a saber, en todos los delitos dolosos, incluso los de dolo directo, debe seguir exigiéndose un determinado grado mínimo de riesgo típicamente relevante que se realice en el hecho. Asimismo, apunta Frisch que ese argumento sobre el carácter superfluo de la teoría de la imputación objetiva no aporta ninguna información acerca de los elementos objetivos del injusto en los delitos dolosos; y a su vez, también los planteamientos finalistas sobre el tipo (Kaufmann pertenece a esa corriente) admiten dentro de sus elementos pretendidamente *subjetivos* ciertos componentes que resultan ser *objetivos*, como por ejemplo el *dominio del hecho* dentro del *dolo* (en este sentido, precisamente para casos como el del “sobrino heredero” o el “infarto por impresión”, vid. Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. (traducido por Olmedo Cardenete, M.), edit. Comares, 2002, p. 308).

<sup>76</sup> Así se ha pronunciado Hirsch (2003, citado por Roxin en “*Streitfragen...*”, cit., pp. 728 y 729): los casos en los que la teoría de la imputación objetiva aprecia un riesgo permitido (es decir, un comportamiento socialmente considerado como conforme a la norma de cuidado) serían, en su opinión, supuestos en los que faltaría una tentativa punible, pues dicho comportamiento no constituiría un medio con el cual se pudiera poner en marcha un dominio rector del curso causal.

<sup>77</sup> Frisch, “*Faszinierendes...*”, cit., p. 227.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

antemano *no se puede consumir*, debido a la ausencia de una creación suficiente de peligro; y ello implica, lógicamente, que *tampoco se pueda intentar*; pero eso, dice Roxin, no tiene nada que ver con los problemas de la tentativa.<sup>79</sup>

Es más, según alega Frisch, en casos como el ejemplo citado, en los que el sujeto activo puede deberse imaginado el curso causal más improbable y haber apostado totalmente por él, incluso los críticos de la teoría de la imputación admiten que no es de recibo castigar a ese individuo por un delito doloso consumado. Y para fundamentar esto, tales críticos optan por complementar los requisitos *subjetivos* en los que se suelen basar con *otros requisitos adicionales*, como por ejemplo, exigir que el autor disponga del dominio del hecho (lo cual no ocurrirá en supuestos como el del “sobrino heredero”).<sup>80</sup> Pero de este modo, defiende Frisch, ellos mismos están reconociendo tácitamente que no basta con criterios puramente subjetivos (dolo), sino que son imprescindibles filtros añadidos, semejantes a los que aporta la teoría de la imputación objetiva. Y, precisamente, el requisito del dominio del hecho (al igual que otros propuestos por tales críticos), aunque presentado como de naturaleza *subjetiva* (formaría parte del dolo, como voluntad de realización del hecho), tiene un núcleo *objetivo* en la medida en que ha de existir realmente, en la situación en la que actúe el sujeto. En consecuencia, la diferencia entre la teoría de la imputación objetiva y la postura de sus críticos se reduce esencialmente a que los dos bandos designan requisitos objetivos *distintos*.<sup>81</sup>

Como conclusión (con la que estamos de acuerdo), no basta un criterio subjetivo de imputación, no basta con esa alegada “función de filtro del dolo”, y precisamente la teoría de la imputación objetiva trata de excluir de la tipicidad casos como los mencionados a través de requisitos materiales.<sup>82</sup>

Por consiguiente, una vez que hemos descartado la primera opción apuntada, consistente en prescindir de

la llamada “imputación objetiva” para sustituirla simplemente por la “imputación al dolo”, debemos ahora comprobar si es viable la segunda opción: a saber, la de trasladar el análisis del “tipo subjetivo” a la teoría de la imputación objetiva y, en concreto, a la determinación del riesgo desaprobado. Para ello, vamos a examinar fundamentalmente las posturas de Kindhäuser y de Burkhardt.

4.3.5. Postura de Kindhäuser: en todos los delitos, tanto dolosos como imprudentes, la teoría de la imputación basada en el juicio de un espectador objetivo es disfuncional

En sentido muy parecido a como lo hacía Kaufmann (aunque basándose en otras razones distintas a esa supuesta suficiencia del dolo alegada por los finalistas, ya desmontada), posteriormente Kindhäuser ha alegado que la teoría de la imputación objetiva en su formulación clásica no sirve para nada, es disfuncional y superflua, pues tiende a confundir los planos objetivo y subjetivo del tipo. Por ello, en su opinión, si se quiere evitar efectuar en dos pasos innecesarios y confusos la imputación en el tipo a través de los conocimientos concretos del autor, no existe ya espacio para la teoría de la imputación objetiva ni en los delitos dolosos ni en los imprudentes.<sup>83</sup>

En particular, desde su punto de vista resulta inadecuado el método consistente en basar la tipicidad objetiva del comportamiento del sujeto concreto en la perspectiva de un observador ficticio (es decir, en una especie de “estado de conocimientos empírico general”). Así, entiende Kindhäuser que no tiene sentido preguntarse si un determinado resultado sería evitable para un destinatario objetivo, si después, en el caso concreto, el destinatario real no posee el necesario conocimiento para esa evitación. Por eso, solo se podrá hablar de que un sujeto ha infringido un deber cuando ese sujeto concreto tuviera el suficiente conocimiento

<sup>79</sup> Cfr. Roxin, “Streitfragen...”, cit., p. 729.

<sup>80</sup> En efecto, compruébese lo cierto de esta crítica en Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, cit., pp. 266 in fine y 267 (también comentado *supra*, en cita 75): según este autor, en casos excepcionalmente permitidos por el Derecho, en los que solo se crea un riesgo socialmente adecuado (como en el ejemplo del “sobrino heredero”), la vía de solución adecuada es la del dolo, pues en tales supuestos lo que falta es *la voluntad de realización del tipo* (según Welzel), o bien *la posibilidad de dominar el curso causal* (según Jescheck), etc.

<sup>81</sup> Frisch, “Faszinierendes...”, cit., pp. 227 a 229.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Cfr. Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, cit., pp. 453 y ss. (“El tipo subjetivo...”, cit., pp. 11 y ss.).

### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

de los hechos fácticos como para haber podido evitar el resultado.<sup>84</sup>

Y viceversa: no parece razonable aplicar en primer lugar (en el análisis del delito) un filtro de los casos con relevancia penal que resulte más estricto y considere un menor número de casos como “jurídicamente desaprobados” (es decir, un criterio de imputación *objetiva* basado en el espectador *ficticio*, quien eventualmente podría tener *menos* conocimientos o capacidades que el sujeto concreto) para después tener que aplicar otro filtro que incluya un mayor número de casos como penalmente relevantes (en la medida en que tengan como sujeto activo a un individuo que, por sus conocimientos individuales, sí pudiera haber evitado el resultado).<sup>85</sup> En definitiva, un criterio de imputación objetiva será disfuncional si actúa como más restrictivo que un criterio de imputación según elementos tanto objetivos como subjetivos. En realidad, debería ocurrir lo contrario, que los criterios posteriores fueran más restrictivos que los anteriores.

Así sucedería, por ejemplo, cuando un resultado que objetivamente y en general resultara inevitable, sí fuera evitable para el sujeto concreto merced a sus conocimientos especiales, como en el supuesto mencionado de “las setas venenosas”: a saber, mediante el criterio del espectador objetivo, el caso quedaría fuera de la imputación y del tipo, mientras que si tuviéramos en cuenta también los conocimientos específicos del sujeto, el caso estaría incluido en el marco de la tipicidad y el individuo debería responder por el resultado. Y viceversa, sería inútil en un supuesto dado afirmar que el resultado fuera objetivamente evitable si para el autor concreto no lo era debido a que carecía de las capacidades necesarias para ello

(como el ejemplo anterior del “alumno de autoescuela en su clase nº 75”).<sup>86</sup> Ya llegamos a esta conclusión, si se recuerda, en el apartado 4.2.), aunque desde la perspectiva de los niveles de imputación “tipicidad”-“culpabilidad”.

Por todo ello, según *Kindhäuser*, lo importante en el análisis de un caso concreto será exclusivamente el estado de conocimientos del sujeto acerca del riesgo de realización del tipo y del resultado: es decir, el *dolo* o la *imprudencia* en relación con el conjunto de la realidad objetiva que el sujeto efectivamente conociera o debiera conocer.

En los delitos dolosos, en verdad, partimos de que el individuo ya conoce el considerable riesgo o probabilidad de causación del resultado que implica su conducta, ya sabe que el riesgo que está creando es evidentemente “no permitido” (de lo contrario, apreciaríamos imprudencia). Por consiguiente, una vez constatado que ese riesgo *objetivamente* no permitido (ej., administrar a otro un veneno) coincide con el objeto del dolo del autor (lo que el autor concreto sabe y quiere: ej., administrar a otro un veneno), y que “no contiene ninguna información adicional que el autor deba saber a fin de que se le pueda imputar a título de dolo la realización del tipo”, buscar o identificar tal riesgo *objetivo* no sirve para delimitar el desvalor de acción *más allá* de lo que lo hace la imputación a título de dolo.<sup>87</sup> En consecuencia, incluso por motivos de lógica es totalmente superfluo aplicar una teoría de la imputación objetiva para buscar un “riesgo *objetivamente* no permitido”.<sup>88</sup>

Con objeto de demostrar esta afirmación, *Kindhäuser* propone cinco supuestos distintos.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 455 y 456, citando a Jakobs como autor que también sigue esta postura. Con un planteamiento semejante, *vid. Mir Puig, “Sobre lo objetivo...”*, *cit.*, p. 675: no cabe afirmar el injusto de un hecho, aunque concurra su parte subjetiva (es decir, los conocimientos especiales del autor sobre el riesgo de su conducta), si ha empezado por negarse su parte objetiva (es decir, la peligrosidad objetiva de la conducta) precisamente por no tener en cuenta dichos conocimientos especiales. Y lo mismo ocurriría para los delitos imprudentes si no se incluyesen en la parte subjetiva del tipo de injusto (objetivo) las facultades individuales especiales que pueden condicionar el nivel de exigencia de la norma para el sujeto concreto.

<sup>86</sup> Con el mismo criterio, *vid. Zugaldía Espinar, “La infracción del deber...”*, *cit.*, pp. 331 y 332.

<sup>87</sup> En sentido semejante, *vid. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”*, *cit.*, pp. 266 y 267: la pregunta sobre si la creación dolosa de un riesgo de envenenamiento, por ejemplo, resulta “jurídicamente desaprobada” es superflua y carece de sentido, pues ya resulta contestada a través del tipo del homicidio doloso.

<sup>88</sup> *Vid. Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”*, *cit.*, pp. 456 y 457 (“*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 17 y 18). En todo caso, este autor distingue claramente (como ya lo hacía *Frisch*) entre el riesgo y el dolo, pues, aunque ambas son predicciones del resultado, el riesgo se compone de las circunstancias fácticas que en la situación concreta se dan, mientras que el dolo (o como también lo denomina *Kindhäuser*, “*el peligro relevante para el dolo*”) es el conocimiento de ese riesgo, de la probabilidad del resultado: es un síndrome del riesgo de acuerdo con la representación mental que de la situación dada se haga el sujeto.

<sup>89</sup> *Cfr. Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”*, *cit.*, p. 18.

- 1) Un caso en el que el sujeto no conociera suficientemente el riesgo objetivamente existente: en tal supuesto, habría que apreciar imprudencia. Aquí, Kindhäuser entiende que el juicio de un observador objetivo resultaría innecesario para hallar un desvalor de acción doloso, pues este decae, precisamente, por falta del dolo.<sup>90</sup>
- 2) Un caso en el que el sujeto valorase erróneamente el riesgo como mayor de lo realmente existente y, en última instancia, no se produjera el resultado: en estas condiciones, únicamente sería reprochable al autor el desvalor de acción de la tentativa. Por consiguiente, también sería innecesaria la imputación objetiva, ya que el resultado no se habría producido y no habría que imputarlo (y en todo caso, indica Kindhäuser, resultaría irrelevante la valoración que realizara un observador objetivo, pues lo importante es lo que pensara el autor en la situación dada).
- 3) Un caso en el que el sujeto sí evaluase adecuadamente el riesgo objetivamente existente: nos encontraríamos con una conducta dolosa, si bien de nuevo sería innecesaria y superflua la valoración objetiva por parte de un tercero, según la teoría de la imputación objetiva.
- 4) Un caso en el que, según el pronóstico de un observador objetivo, sí se diera el riesgo de producción del resultado, pero, en realidad, no fuera así y el autor hubiera captado correctamente dicho estado del riesgo: en este supuesto, el autor no habría actuado de forma dolosa y, por tanto, no sería penalmente responsable de hecho alguno (o al menos, de ese hecho concreto).
- 5) Por último, un caso en el que, a juicio de un observador objetivo, no existiera un riesgo relevante, pero en realidad sí se diera tal riesgo de peligro y el autor concreto lo hubiera captado (por ejemplo, caso del sujeto que, sabiendo que un grupo terrorista planea poner una

bomba en un hospital —lo que es desconocido e imprevisible para la generalidad—, hiriese a una persona a fin de que esta fuera trasladada al hospital y allí muriera). En este supuesto, entiende Kindhäuser que, aplicando la teoría de la imputación objetiva, el autor debería quedar impune, pues objetivamente y *ex ante* no ha creado riesgo relevante alguno, ya que el curso causal que él ha introducido sería objetivamente inadecuado para producir el resultado. De ahí que, para corregir esta solución insostenible, necesariamente habrá que tomar en consideración a la hora de determinar el riesgo objetivo los conocimientos individuales del sujeto, por lo que quedaría clara la redundancia y carácter prescindible de la teoría de la imputación objetiva.<sup>91</sup>

Por todo lo expuesto, Kindhäuser propone la eliminación de la teoría de la imputación objetiva en cuanto que basada en el juicio de un espectador objetivo, pues, más sencillo que “ajustar esos filtros” para que la teoría deje de ser inútil o incluso disfuncional, será suprimirla directamente.<sup>92</sup> Por ello, sitúa en la fase de *la tipicidad*, en general, el requisito de la “posibilidad de evitación del resultado de acuerdo con los conocimientos del concreto destinatario de la norma”.<sup>93</sup> En cuanto a los delitos imprudentes, más específicamente, ha de probarse cómo habría podido y tenido que comportarse alguien provisto de los conocimientos del autor de haber obedecido los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico (es decir, se emplea para medir esa imprudencia una figura estándar, como exigencia normativa dirigida al comportamiento del sujeto, pero valorando si se cumple dicha exigencia o no en función del conocimiento real del que dispusiera el agente individual).<sup>94</sup> Y con respecto a los delitos dolosos, se afirma que la fórmula adecuada para fundamentar la imputación de un resultado al dolo del sujeto sería la siguiente: ese sujeto actúa de forma dolosa cuando considera su conducta tan arriesgada que, si él fuera un ciudadano que se

<sup>90</sup> *Ibidem*; en sentido parecido, *vid.* Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, *cit.*, p. 261: si el dolo falta en un determinado caso, resultará “dolorosamente superfluo” especular en el marco del tipo objetivo sobre si concurre o no la imputación objetiva.

<sup>91</sup> *Vid.* Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, *cit.*, p. 468 (“El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 17, 20 y 21).

<sup>92</sup> *Vid.* asimismo de Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 8 y 9, 19 y 20.

<sup>93</sup> Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand...”, *cit.*, p. 457.

<sup>94</sup> Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 12 y 13.



### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

decidiera de forma racional y leal al Derecho, tendría que omitirla con el fin de evitar el resultado.<sup>95</sup>

4.3.6. Punto de vista de Burkhardt (y de Kindhäuser): el criterio del espectador objetivo y su juicio acerca del peligro es prescindible y contrario al principio de economía en el análisis del delito

En particular, afirma también Kindhäuser que la teoría de la imputación objetiva se ha creado ella misma un problema teórico que antes no existía y es el de determinar *qué nivel de conocimientos se supone que ha de tener el tercero observador ex ante*, por medio del cual se mide la peligrosidad de la acción.<sup>96</sup> En efecto, a partir de dicha teoría se plantea la posibilidad de que tal observador objetivo, en una situación dada, tuviera *más* conocimientos o capacidades que el sujeto concreto, de modo que lo que para el tercero ficticio fuera previsible o evitable no lo fuera para el autor. Esto tendría como consecuencia, de acuerdo con la doctrina mayoritaria —que acoge la distinción tradicional entre tipo *objetivo* y *subjetivo*—,<sup>97</sup> afirmar la imputación objetiva en un caso de ausencia de dolo o imprudencia, ante lo cual nos preguntamos: ¿Es ello dogmáticamente admisible? ¿Tiene alguna utilidad metodológica o, más bien, como argumenta Kindhäuser, resulta disfuncional?<sup>98</sup>

Puede demostrarse, en efecto, que esto representa un inconveniente mediante algunos ejemplos:

- 1) El conductor A, que no conoce la ciudad X, se introduce con el coche por una de sus calles (en realidad, una zona escolar), atropellando y causando la muerte de un niño al circular a velocidad inadecuada. A desconocía cuál era la velocidad máxima permitida debido a que un vándalo había arrancado el día anterior la señal que indicaba dicha velocidad y que delimitaba la zona escolar.<sup>99</sup> A partir de aquí, para poder determinar si la acción de A es típica del homicidio imprudente, la teoría de la imputación objetiva nos exige establecer en primer lugar qué sabía el observador objetivo: ¿Sabía él que en ese lugar debía existir una señal, que la había arrancado un gamberro, que aquella era una zona escolar...? Dependiendo de lo que este tercero supiera se tendrá que decidir si A habrá creado o no un riesgo jurídicamente relevante, si la acción será objetivamente y *ex ante* peligrosa o no; y al margen de esta cuestión, más adelante, quedará la de dilucidar si A, en persona, podría y tendría que haber evitado el resultado (imprudencia). Como vemos, el punto de vista del observador “objetivo” no aporta demasiado, pues lo trascendente para la punición es lo que el sujeto concreto pudiera y supiera.
- 2) B, que acaba de comprarse un coche en un concesionario oficial, decide estrenarlo conduciendo por autovía; sin embargo, el cuentakilómetros de dicho vehículo está estropeado y no marca más allá de los 100 km/h; B va subiendo de velocidad, sin percatarse y llegando a alcanzar los 180 km/h, hasta que atropella y causa la muerte de un motorista (posible

<sup>95</sup> Vid. Kindhäuser, en “*Objektive...*”, *cit.*, 2005, pp. 540 y 541: él extrae dicha fórmula del criterio de la “relación de riesgo” —*Risikozusammenhang*— propio de la imputación objetiva, pero aplicada al tipo subjetivo. En esta obra algo anterior en el tiempo a las demás mencionadas; sin embargo, Kindhäuser aún no se inclina por descartar la teoría de la imputación objetiva en su formulación característica, basada en el espectador ficticio.

<sup>96</sup> Vid. Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 465 (“*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 19).

<sup>97</sup> En concreto, también el Tribunal Supremo español en alguno de sus pronunciamientos ha separado expresamente los dos elementos de “imputación objetiva e imputación subjetiva”, indicando precisamente (al igual que ha sostenido Frisch) que “el dolo del delito no puede reemplazar a la causalidad ni a la imputación objetiva” (*vid.*, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1993, así como las de 26 de noviembre y 22 de diciembre de 2008, en las que se distingue claramente entre el análisis de la imputación objetiva, en primer lugar, y el de la vertiente subjetiva o dolo, en segundo lugar).

<sup>98</sup> El propio Kindhäuser plantea este mismo interrogante en otros términos en “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 9: “¿qué sentido habría de tener la pregunta por la evitabilidad de un resultado por parte de un destinatario ficticio de la norma, si ya el verdadero destinatario (no) dispone del saber necesario para la evitabilidad del resultado? El derecho no es realizado por destinatarios ficticios, sino por destinatarios reales de normas”. En sentido parecido, *vid.* Mir Puig, “*Sobre lo objetivo...*”, *cit.*, p. 675.

<sup>99</sup> Caso propuesto por Zugaldía Espinar, J.M., en Apuntes de clase de la asignatura *Derecho Penal, Parte General*, marzo de 2015, España; recogido por Ramos Tapia, “*Límites...*”, *cit.* (2ª ed., 2015), pp. 51 y 52. El mismo ejemplo planteado a la inversa (a saber, sujeto que sabe caída la señal de tráfico no la respeta) para sostener la misma tesis que aquí defendemos (es decir, la consideración de elementos tanto objetivos como subjetivos en el tipo imprudente), puede leerse en Zugaldía Espinar, “*La infracción del deber...*”, *cit.*, p. 331.

homicidio por conducción temeraria).<sup>100</sup> De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, a fin de determinar si B ha ocasionado un riesgo superior al permitido, el primer paso consistirá en establecer qué sabría un observador objetivo en esa situación: ¿Sabría a qué velocidad estaba conduciendo en realidad B? ¿Se encontraría dicho observador también sentado dentro del coche de B —lo que implicaría una percepción menos exacta de la velocidad— o fuera, de pie en el arcén o en otro de los coches de la vía? A partir de esta respuesta deberemos determinar, después, si en concreto B tendría que haber previsto y evitado la causación del accidente. Observamos de nuevo la complejidad que implica responder en este caso a la pregunta sobre “el espectador objetivo”, así como la poca utilidad que ello tiene a la hora de resolver el supuesto, en realidad.<sup>101</sup>

Así pues, como ha señalado Burkhardt, “el juicio de peligro *ex ante* realizado por un hombre razonable es un elemento superfluo” y una cuestión “que resulta ociosa (en todo caso a efectos de punibilidad) en el caso de que, por falta de cognoscibilidad para

el autor, no haya imprudencia”.<sup>102</sup> De esa forma, *una teoría de la imputación que contenga elementos de los que no depende la imputación (y, con ello, tampoco el análisis del caso) vulnera el principio de economía (Sparsamkeitsprinzip)*.<sup>103</sup>

En opinión de este penalista germano, en fin, la imprudencia precisamente se define como una valoración errónea que se debe a una falta del cuidado debido y posible por parte del sujeto concreto (imprudencia “individual”<sup>104</sup>). Y para establecer que en un caso determinado haya existido dicha valoración errónea, habrá que comparar la representación mental que se haya hecho el autor concreto, por un lado, con la realidad según todos los conocimientos que estén disponibles en el momento del enjuiciamiento (conocimientos máximos, *ex post*), y no según la valoración que haya hecho un “hombre modelo abstracto”. En definitiva, habrá que analizar el caso *ex post* para concluir si la acción era arriesgada para el bien jurídico protegido y si el sujeto concreto, *de haber conocido efectivamente o haber podido conocer dicho riesgo y haber actuado pese a ello*, habría realizado una acción típicamente desaprobada, prohibida.<sup>105</sup> De

<sup>100</sup> Propuesto también por Ramos Tapia, “Límites...”, *ibidem*: dicha autora considera que en los dos ejemplos, 1) y 2), queda excluida la responsabilidad penal de los sujetos, pues faltan tanto el dolo como la imprudencia. A su vez, indica Ramos Tapia que “si alguien realiza una conducta que reúne los requisitos del tipo objetivo del delito pero no se aprecia en ella ni dolo ni imprudencia, no puede exigirse responsabilidad penal”, pues “ello violaría el principio de responsabilidad subjetiva”. Por consiguiente, entiende esta autora —en contra de nuestro criterio— que tiene sentido seguir distinguiendo entre tipo objetivo y subjetivo, y que serán factibles ciertos casos en los que, aun realizándose el tipo objetivo del delito (imputación objetiva, de acuerdo con el punto de vista de un observador objetivo), no se realice el tipo subjetivo por ausencia de dolo o imprudencia en la actitud individual del autor, según su estado específico de conocimientos y capacidades. No obstante, no aclara Ramos si en los dos ejemplos antes mencionados ocurriría precisamente esto, es decir, si en ellos se habría realizado o no el tipo objetivo del delito (eso dependería de lo que fuera previsible y evitable para el observador objetivo, ficticio, lo cual, como vemos, no es tan fácil de determinar).

<sup>101</sup> Podemos recordar aquí, igualmente, las críticas dirigidas por Kaufmann hacia esta figura del “homúnculo” u “hombrecito”: *vid. supra*, cita 66. En el mismo sentido crítico, véase Zugaldía Espinar, “La infracción del deber...”, *cit.*, p. 329: “la concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso que, de esta forma, se convertirá en una abstracción de alto grado de difícil utilización en el caso concreto”.

<sup>102</sup> A propósito de esto, Burkhardt (“Conducta típica...”, *cit.*, pp. 162 a 164, 192) indica que algunos autores han justificado el que se tengan en cuenta los conocimientos “esperados” del juzgador objetivo razonable (confundiendo así, según Burkhardt, la parte subjetiva del hecho con la parte objetiva) para cumplir con determinadas “exigencias de generalización, estandarización, tipificación, construcción de la norma e interiorización de la misma”. El propio Frisch afirmaba que tomar como decisivo solo el fragmento de realidad conocido por el autor significaría abandonar injustificadamente las exigencias de construcción de la norma y, por tanto, también las de internalización de la norma de conducta” (en *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Carl Heymanns, 1983, pp. 130 y ss.). En todo caso, a juicio de Burkhardt, resulta dudoso que ese pronóstico de peligro *ex ante* por parte de una persona modelo sea adecuado para contribuir a la construcción de la norma y también que sea necesario. De hecho, tales exigencias de construcción de la norma quedan suficientemente atendidas con una perspectiva *ex post* para determinar que se haya creado un peligro (tipo objetivo) y con una perspectiva subjetiva acerca del fragmento de realidad que haya conocido el sujeto concreto, para determinar si ha actuado dolosa o imprudentemente (tipo subjetivo). Así se sabrá, con carácter general y objetivo, si está permitido actuar como lo hizo el sujeto y si se actúa dolosa o imprudentemente cuando uno se comporta así, con los conocimientos del sujeto. De ese modo se permite la generalización y la construcción de normas (p. 192).

<sup>103</sup> Burkhardt, *ibidem*, pp. 161, 165 y 173.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 176 y 177, si bien Burkhardt sitúa esa *imprudencia individual* en el tipo subjetivo o en la culpabilidad, pero de ningún modo en el tipo objetivo.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 190 a 192 y también anteriores.

## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

ese modo, si se estima que la creación de riesgo de que se trate no tiene la entidad necesaria para ser prohibida o que debe tener preferencia la libertad individual del sujeto, entonces ya estará clara la ausencia de desvalor y no será necesaria la indagación sobre los conocimientos del sujeto concreto, que es más compleja. En todo caso, concluye Burkhardt, lo que carece de sentido desde la perspectiva de *la economía de análisis es la pregunta de si un juzgador objetivo y razonable habría reconocido el riesgo ex ante, porque*, “aunque su respuesta sea negativa, sigue teniendo que plantearse la pregunta sobre los conocimientos (especiales) del autor”.<sup>106</sup> Por eso, el punto de vista *ex ante* que resulta decisivo a la hora de valorar la tipicidad de la conducta, ya sea dolosa o imprudente, es *el punto de vista del sujeto que actúa*.<sup>107</sup>

Del mismo modo, en cuanto a la *falta del cuidado debido* en que consiste la imprudencia, no puede decirse que el deber del sujeto concreto de obtener los conocimientos suficientes para adaptar el nivel de cuidado necesario en la situación sea un deber que dependa del “estado de conocimientos real o potencial de un hombre razonable”. Por el contrario, esa desatención se determinará (mediante criterios *normativos*) dependiendo de aquellas circunstancias que fueran *realmente conocidas* por el sujeto concreto y que le permitieran decidir cuál era el nivel del cuidado debido en ese contexto.<sup>108</sup>

En lo que no podemos coincidir con Burkhardt, sin embargo, es en su afirmación de que, aunque esa valoración errónea sobre el peligro por parte del autor individual no se deba a una falta de cuidado interno por su parte, ello no afectará al tipo objetivo, que quedará intacto y seguirá existiendo pese a todo (si dicha valoración errónea se debiera a una falta de cuidado interno, dice Burkhardt, entonces se daría, además, la imprudencia). En efecto, a su juicio, el hecho de que

pueda calificarse el riesgo creado por el autor como permitido no suprime la realización del tipo objetivo del delito por parte de ese sujeto, de modo que dicha permisión tan solo limitaría el concepto de imprudencia (localizado en el tipo subjetivo o en la culpabilidad). En tal sentido, se entiende que concurre el tipo objetivo cuando la conducta realizada por el sujeto hubiera sido típicamente desvalorada —prohibida— en caso de haber existido en ese autor conocimiento de los riesgos vinculados a la misma<sup>109</sup> (riesgos que se valoran *ex post*). Además, entiende Burkhardt que la mera realización del tipo objetivo no constituye todavía parte del injusto (?) y que “hay un <riesgo permitido> que no impide la imputación objetiva, sino que (solamente) limita el alcance de la imprudencia individual”.<sup>110</sup> De acuerdo con este punto de vista, en los ejemplos anteriores relativos a “la señal arrancada” y “el cuentakilómetros estropeado”, el sujeto activo, pese a haber realizado “el tipo objetivo”, no estaría cometiendo injusto jurídico-penal alguno, pues, aunque habría incurrido en una valoración errónea, previamente habría empleado el cuidado interno que él podía considerar necesario, de acuerdo con los conocimientos de los que realmente disponía.<sup>111</sup>

Por nuestra parte, desde luego, aunque coincidimos con Burkhardt en desechar el criterio del hombre objetivo razonable como parámetro para establecer si se cumple o no el tipo objetivo, no podemos estar de acuerdo con ese postulado de que “el riesgo permitido no suprime la realización del tipo objetivo”. En efecto, como ya se ha indicado, optamos por eliminar la artificial distinción entre tipo objetivo y subjetivo y por considerar que el riesgo permitido —según el concepto que del mismo propone la teoría de la imputación objetiva— excluye la existencia de todo contenido de injusto en la conducta (entendiendo así el tipo del delito como tipo de injusto, lógicamente).

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 171 a 173, 190 y 192. En un sentido parecido podemos traer a colación la certera opinión de Maqueda Abreu, “*El principio de responsabilidad subjetiva...*”, *cit.*, p. 237: a propósito del caso fortuito (que consiste precisamente en la ausencia de injusto típico), ella niega que se pueda hacer depender su concurrencia de *la ausencia de previsibilidad objetiva del resultado*; al contrario, para Maqueda lo único que importa a la hora de apreciar esta “eximente” es la ausencia de dolo o imprudencia o, lo que es lo mismo, *la imprevisibilidad subjetiva o personal* del resultado fortuito para el autor concreto. Exigir a su vez una imprevisibilidad objetiva supondría *introducir un factor de riesgo e inseguridad* innecesario y perturbador.

<sup>107</sup> *Cfr.* Burkhardt, “*Conducta típica...*”, *cit.*, p. 192, aunque para Burkhardt esa valoración corresponde al tipo subjetivo del delito, no al tipo objetivo (que, en cambio, se determina *ex post*).

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 175, 178.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 177: indica Burkhardt que, “en todo caso, jamás debe identificarse la pareja de contrarios cuidado “externo” e “interno” con la diferenciación de cuidado “objetivo” y “subjetivo” que está implícita en la contraposición de falta de cuidado objetiva y subjetiva”.

<sup>110</sup> Burkhardt, “*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 177 y 178, notas 95 y 96.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 188.

## 4.3.7. Respuesta a la pregunta c)

Finalmente, podemos constatar que no existe tanta contradicción como pudiera parecer entre los puntos de vista de Frisch, Kaufmann, Kindhäuser o Burkhardt, entre otros: en efecto, todos ellos convienen en que el pronóstico acerca del riesgo de causación del resultado y la determinación sobre si dicho riesgo es jurídicamente tolerable o no conlleva necesariamente un análisis del grado de conocimientos y capacidades individuales del sujeto concreto, pero conectado con el sector de la realidad objetiva, externa (independiente de la voluntad del individuo) que fuera cognoscible o conocida por dicho sujeto (filtro objetivo imprescindible). Que este análisis con componentes subjetivos (qué debía saber el individuo en cuestión, qué sabía y podía hacer, en realidad...) y referido, en todo caso a los sucesos externos, se sitúe en el llamado “tipo subjetivo” del delito o que se entienda colocado simplemente en el marco de *la tipicidad* y de la imputación (*dolosa* o *imprudente*) del resultado a la acción del sujeto, sin tener en cuenta esa distinción “objetivo-subjetivo”, no es tan decisivo (en este punto coincidimos con Koriath). Se trata más bien de una controversia *terminológica* y referida a la metodología en dicho análisis.

De cualquier manera, a fin de: a) economizar en los niveles de valoración del delito, b) eliminar disfunciones causadas por la aplicación de filtros más o menos estrictos (como señalaban Kindhäuser<sup>112</sup> y Burkhardt) y c) unificar el esquema de los delitos dolosos y el de los imprudentes, consideramos más adecuado prescindir de la construcción del “tipo subjetivo” en ambos casos. De esa forma, el análisis del estado de conocimientos y de capacidades del autor concreto se trasladará al momento de aplicación de la teoría de la imputación objetiva y, específicamente, a la determinación de su primer requisito: creación por parte del sujeto de un riesgo desaprobado, que constituye ya un primer contenido de injusto. Así, este elemento se valorará de acuerdo con los conocimientos y capacidades del autor concreto en la situación dada, los cuales completarán e integrarán el punto de vista del llamado “observador ficticio”, que, de ese modo, dejará de serlo.<sup>113</sup> A partir de tal momento, el riesgo intolerable será apreciado con el calificativo de “doloso” o “imprudente” (aspecto que, por lo general, quedará patente ya desde esa fase, dada la muy distinta naturaleza y modalidades fenomenológicas con las que suelen presentarse ambas categorías de riesgo), y ello eliminará la necesidad de un segundo examen posterior.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> *Id.*, por ejemplo, en “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, pp. 9 y 10, donde Kindhäuser afirma que “agregar pasos redundantes al algoritmo de la imputación no se ajusta ni a necesidades prácticas ni a la exigencia de claridad científica”.

<sup>113</sup> Una ordenación *distinta* de todos esos elementos (a saber, “creación de peligro desaprobada”, “tipo objetivo”, “injusto de conducta”, “dolo e imprudencia”) es la que realiza Burkhardt (en “*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 190 y 191), si bien él también parece defender la opción de aunar el concepto de “creación de peligro típicamente desaprobada” con el dolo y la imprudencia, aunque éstos específicamente como tipo subjetivo. De ese modo, con el concepto de “creación de peligro” se estaría delimitando “la acción típica como portadora del injusto de la conducta (por tanto, incluidos el dolo y la imprudencia)”. Y Burkhardt justifica esta interpretación, siguiendo a Hirsch, porque “la desaprobación jurídica de una acción <como injusto de conducta solamente puede decidirse como resultado de constatar una parte objetiva del tipo y una subjetiva>”. Por otro lado, Burkhardt insiste en que “la creación desaprobada de riesgo así entendida no es de por sí (todavía) un injusto”, sino una “cuestión perteneciente al tipo objetivo” y que “hay que juzgar recurriendo a todos los conocimientos disponibles *ex post*”. A partir de ahí, “lo decisivo es si la acción a enjuiciar, en caso de haber existido conocimiento del riesgo unido a ella, constituye un injusto de conducta”. En consecuencia, para Burkhardt esa creación de riesgo es desaprobada “objetivamente” y constituye el tipo objetivo, siendo al mismo tiempo el contenido del dolo o la imprudencia, de manera que con una y otra parte quedaría completada la acción típica, ahora ya sí “portadora del injusto de la conducta” (en este sentido, *cfr.* “*Conducta típica...*”, *cit.*, p. 190; también en el original alemán: “*Tatbestandmäßiges Verhalten und ex ante-Betrachtung — Zugleich ein Beitrag wider die <Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven>-“*, en *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, editado por Wolter, J. y Freund, G., C.F. Müller, 1996, pp. 99 a 134 -132 y 133-). Así pues, la diferencia entre esta postura y la estructura del tipo que nosotros proponemos reside en que nosotros preferimos eliminar la artificial distinción entre tipo objetivo y subjetivo, sosteniendo asimismo que la mera creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado ya comporta un contenido de injusto (desvalor de acción).

<sup>114</sup> No coincide con nuestra conclusión, en cambio, la de Kindhäuser, “*Der subjektive Tatbestand...*”, *cit.*, p. 464, quien afirma que, dentro de los delitos dolosos, habría que distinguir entre *la realización del tipo objetivo* (en la que se incluiría la creación del riesgo desaprobado) y la imputación *subjetiva* de dicho objeto (= riesgo, tipo objetivo) al *desvalor de acción*. Por eso, a su juicio, la realización del tipo objetivo ha de ser previa a la *imputación al dolo* (sobre ello, *cfr.* asimismo “*El tipo subjetivo...*”, *cit.*, p. 18). En cualquier caso, Kindhäuser rechaza expresamente la distinción habitual y errónea entre tipo “objetivo” y tipo “subjetivo” (este referido al lado psíquico e intelectual de la acción) como dos evaluaciones del suceso jurídico-penalmente relevante, pues se trataría, acaso, de una mera clasificación entre dos modalidades de elementos del tipo *con una misma función pragmática*: a saber, *la valoración de un suceso como injusto penalmente relevante*. De ser así, dice Kindhäuser, tal diferenciación “objetivo-subjetivo” no sería imprescindible, e incluso puede que llegara a considerarse insostenible



### ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

Debemos mencionar en este punto la opinión discordante de Kaufmann (1987), quien no estaba conforme con la posibilidad de que “el conocimiento del sujeto”, es decir, “toda la parte cognitiva del dolo” fuera incluida dentro de la imputación objetiva y, de ese modo, fuera desplazada hacia el tipo objetivo. A su juicio, en ese caso el cambio no se quedaría ahí, sino que todo el dolo del hecho (a saber, también el elemento volitivo, según su concepción del dolo) tendría que ser adelantado hasta el tipo objetivo e, incluso, hasta ocupar la primera posición en el análisis del delito. Solo de esta forma, afirmaba, se lograría una construcción dogmática más o menos clara para la secuencia de los elementos del delito. Ahora bien —consideraba Kaufmann—, tal alteración, aun siendo admisible, tampoco aportaría nada más allá de confirmar, asimismo desde el punto de vista externo, el papel decisivo que habría de corresponder al dolo. Por consiguiente, este autor se inclinaba por continuar con la tradición y por “ser práctico”, iniciando el examen del delito con el acostumbrado tipo objetivo pero, eso sí, rechazando situar dentro del mismo una teoría de la imputación objetiva.<sup>115</sup>

Por nuestra parte, empero, estimamos preferible la opción ya descrita en líneas anteriores: a saber, mantener sin duda la muy útil fórmula del riesgo y de la imputación normativa (según la formulación de Roxin), mas admitiendo que el conocimiento del autor sobre los hechos y, con ello, el dolo cognitivo y

natural, deben situarse ya en este plano de imputación, suprimiéndose con ello pasos posteriores y repetitivos. Tal punto de vista sí consigue aportar mucho al análisis del delito: a saber, simplicidad y claridad, conservando todos los criterios analíticos necesarios y eliminando al mismo tiempo una errónea duplicidad de argumentos.

#### 4.4. ¿Para qué seguir manteniendo la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, si su eficacia garantista queda suplida ahora mediante el análisis de la imputación normativa (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad?

Pasando, por último, a la cuarta cuestión, sobre si resulta conveniente mantener la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva como garantía, podemos afirmar que dicho principio queda ahora absorbido por el análisis de la imputación *normativa* (objetiva y subjetiva) como requisito para apreciar la tipicidad.<sup>116</sup> Como se ha expuesto en el segundo apartado de este trabajo, precisamente los tradicionalmente llamados “casos fortuitos” —como el del “niño suicida” o el caso de “la piscina”—, para cuya resolución solía emplearse dicho principio de “responsabilidad subjetiva”, son supuestos en los que falta ya la imputación que hemos denominado “normativa”.<sup>117</sup>

(cfr. “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pp. 1 y 2; de hecho, así lo entendemos nosotros). Por el contrario, afirma Kindhäuser, entre el tipo objetivo y el subjetivo existe una determinada relación, y es que los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo: es decir, el dolo y la imprudencia son las bases que sirven para atribuir al autor la responsabilidad jurídico penal por los hechos cometidos (= el objeto, el tipo objetivo); el dolo y la imprudencia como formas de conocimiento van referidos a la tipicidad objetiva de un comportamiento (*ibidem*, pp. 2 y 3). En este sentido, sin embargo, entendemos que Kindhäuser está volviendo inconscientemente al planteamiento clásico, y por él mismo criticado, de un riesgo *objetivo* valorable *externamente* y *de forma ajena al sujeto*, que se le puede atribuir en virtud de que haya sido *abarcado personalmente por su dolo o imprudencia*. En cambio, consideramos que la postura defendida en este trabajo resulta más coherente con la argumentación que se viene desarrollando: a saber, que no tiene sentido distinguir entre tipo objetivo y subjetivo, entre observador objetivo y externo y actitud interna del autor, pues esta última impregna toda la acción de dicho sujeto y ha de ser tenida en cuenta *directamente* a la hora de valorar la ilicitud de su conducta y de decidir si la misma es o no subsumible en el tipo penal, precisamente por ser dolosa o imprudente (además de haber causado empíricamente el resultado).

<sup>115</sup> Cfr. Kaufmann, “<Objektive Zurechnung>...”, *cit.*, p. 265.

<sup>116</sup> Aunque en otro contexto —a saber, con ocasión de explicar los casos tradicionalmente llamados “de preterintencionalidad”—, se manifiesta contrario a esta idea Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 59, 60 y 64: a su juicio, en los casos de preterintencionalidad “no estamos ante un problema de imputación objetiva, sino exclusivamente de aplicación del llamado <principio de culpabilidad>, que atribuye al dolo lo que es del dolo, a la imprudencia, lo que es de la imprudencia, y excluye de la responsabilidad penal los resultados imprevisiblemente sobrevenidos”. No obstante, a veces los tribunales, y así lo advierte Gimbernat, acuden para fundamentar su fallo en dichas situaciones a tal teoría de la imputación objetiva, pero eso lo hacen *innecesaria, superflua e inútilmente*.

<sup>117</sup> Expresamente en contra, como ya se comentó *supra* (nota 5), *vid.* Maqueda Abreu, “El principio de responsabilidad subjetiva...”, *cit.*, pp. 236 y 237: esta autora niega que el caso fortuito constituya una causa de exclusión de la imputación objetiva, sino solo un ejemplo de negación del dolo y la culpa; sin embargo, el TS, en varias resoluciones de mediados de los 80 que la propia Maqueda cita, afirma que, una vez constatada la imprevisibilidad de las condiciones que determinaron el resultado fortuito en el caso de autos, *podría llegarse a negar la antijuridicidad del hecho por inexistencia de imputación objetiva*. Nosotros opinamos que precisamente el TS está en lo cierto.



Por consiguiente, no tiene ahora sentido que nos planteemos si concurren en dichos casos fortuitos el dolo o la imprudencia (análisis ulterior al que nos obligaba el principio de responsabilidad subjetiva) una vez hemos detectado que, en ellos, falta ya la posibilidad de imputar normativamente el resultado a su autor, de acuerdo con los conocimientos y capacidades individuales de tal sujeto. En definitiva, en supuestos como el de “la piscina”, el comportamiento de quien “ocasiona” el resultado es atípico porque nos encontramos ante un riesgo permitido, debido a que esa producción del resultado lesivo era totalmente imprevisible e inevitable, *ex ante*, para el sujeto en cuestión. De hecho, uno de los aspectos principales que caracterizan la mayor parte de los casos de riesgo permitido es que, en ellos, no existen ni dolo ni imprudencia, y viceversa: un riesgo puede, a veces, transformarse de jurídicamente permitido en jurídicamente prohibido cuando el mismo se haya creado mediante dolo o imprudencia.<sup>118</sup>

En definitiva, en esos supuestos en los que tradicionalmente la doctrina excluía el tipo subjetivo, lo que ya se deberá negar de antemano es la imputación normativa del resultado a la acción del sujeto,

ya que no se habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado respecto de la producción de dicho resultado.<sup>119</sup> En efecto, resulta imposible encontrar casos en los que no concurren ni dolo ni imprudencia y sí se aprecie “imputación objetiva”.<sup>120</sup> De hecho, los únicos casos en los que algún sector de la doctrina sigue afirmando la imputación objetiva pese a la ausencia de dolo o imprudencia serían aquellos en los que el observador ficticio tuviera un nivel de conocimientos o capacidades superior al del ciudadano concreto (como podría suceder, según este punto de vista, en los ejemplos que hemos mencionado de “el cuentakilómetros averiado” o “la señal de velocidad arrancada por un vándalo”).<sup>121</sup> Sin embargo, también estos casos citados constituyen, en realidad, supuestos de *riesgo permitido*.

En definitiva, es preferible escoger para la determinación de la imputación al tipo aquel filtro que resulte más exhaustivo, más útil y que cause menos problemas en el análisis, de modo que esos supuestos y todos aquellos en los que falten el dolo o la imprudencia sean catalogados como casos de ausencia de imputación normativa y, por tanto, de atipicidad de la conducta.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> Desde luego también existen otros criterios, como valoraciones sociales, morales, culturales, que pueden convertir en socialmente aceptado un determinado riesgo, incluso uno doloso (ejemplo: los casos de lesiones en el deporte).

<sup>119</sup> Un enfoque *a priori* distinto es el que adopta Gimbernat Ordeig, “*Cursos causales irregulares...*”, *cit.*, pp. 87 y 88: a saber, aunque se declara partidario de la teoría de la imputación objetiva, señala que esta no debe sustituir a la tipicidad en su conjunto, ni venir a resolver todos los problemas en este nivel de imputación, incluso aquellos que desde hace mucho tiempo ya están resueltos, y bien resueltos. A ese respecto, indica, no tendría sentido identificar totalmente la imputación objetiva con la tipicidad, porque entonces la imputación objetiva sobraría. Por el contrario, Gimbernat considera que ya tenemos suficientes criterios (sin recurrir a esa teoría) para saber cuándo existe una acción, cuándo esta ha causado el resultado y cuándo la misma es dolosa o imprudente; de esta forma, “la imputación objetiva no es un criterio previo a los elementos subjetivos del tipo dolo o imprudencia”, sino posterior. Así pues, una vez apreciados todos esos requisitos de la tipicidad en la conducta en cuestión sería cuando, a veces, tendríamos que aplicar la teoría de la imputación objetiva al objeto de explicar por qué esa conducta determinada, dolosa o imprudente y aparentemente típica, no lo sería finalmente, al faltar dicha imputación objetiva. En definitiva, Gimbernat sostiene que podrían existir acciones dolosas o imprudentes en relación a las cuales, sin embargo, se negaría la imputación objetiva, pues entiende que esta constituiría (en todos sus elementos, pues) un paso posterior en el análisis de la tipicidad. Por nuestra parte, en cambio, y como expondremos *infra* en el apartado 5, aunque consideramos que la imputación del resultado a la acción (u omisión) del sujeto constituye un requisito que ha de ser examinado, efectivamente, en último lugar dentro de la tipicidad, entendemos que otro de los requisitos planteados por la teoría de la imputación objetiva, a saber, el de la “creación de un riesgo desaprobado”, sí ha de ser analizado en primer lugar y a la sazón al mismo tiempo que la determinación del carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto (desvalor de acción). Por consiguiente, quizás bajo tal interpretación la postura defendida por Gimbernat no resulte tan dispar, en última instancia, a la que planteamos en estas páginas.

<sup>120</sup> De esa forma, opina asimismo Zugaldía Espinar, J.M. (Apuntes de clase de la asignatura *Derecho Penal, Parte General*, junio de 2015, España); a su juicio, el principio de responsabilidad subjetiva seguirá teniendo, en todo caso, una utilidad fundamental: a saber, el hacer posible que se castiguen con distintas penas las diversas actitudes subjetivas del autor frente a la realización del tipo objetivo (más gravemente el dolo, con menos gravedad la imprudencia). En mi opinión, precisamente, esta tarea podría llevarse a cabo sin necesidad de seguir recurriendo a la construcción del tipo subjetivo, simplemente calificando como *doloso* o como *imprudente* el riesgo desaprobado que haya creado el sujeto (en el primer requisito de la teoría de la imputación al tipo).

<sup>121</sup> Defiende este punto de vista, por todos, Ramos Tapia, “*Límites...*”, *cit.* (2ª ed., 2015), pp. 51 y 52.

<sup>122</sup> A ese respecto, *vid.* Frisch (“*Faszinierendes...*”, *cit.*, pp. 233 a 237: en casos de disminución del riesgo, de riesgo socialmente adecuado o irrelevante, etc. (semejantes a los casos fortuitos, a mi juicio), al no haberse producido más que un riesgo tolerado, la conducta no sería siquiera *típica o injusta*, con lo que, pese a haberse producido un *resultado*, no nos llegaríamos a plantear problema alguno de imputación objetiva).

## ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?

De acuerdo con esto, entonces, puede ser que al principio de responsabilidad subjetiva le siga correspondiendo alguna utilidad dogmática, pero ya con distinta ubicación y sentido: a saber, tendremos en cuenta este postulado (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) a la hora de determinar si concurre o no el primer requisito para la imputación normativa (tipicidad), que es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Así pues, el principio de responsabilidad subjetiva habrá de pervivir como exclusión de la responsabilidad penal objetiva y como negación de la tipicidad de cuantos riesgos se creen sin conocimiento ni cognoscibilidad debida, bajo el siguiente tenor: “no hay pena sin la creación, ya sea con dolo o por imprudencia, de un riesgo que resulte ser jurídicamente relevante, desaprobado”.<sup>123</sup>

### 5. Propuesta para una nueva estructura de la tipicidad

Dando un paso más en la argumentación que venimos desarrollando, pretendemos proponer un nuevo esquema para el análisis de la tipicidad en el delito, con la intención de someter dicha propuesta al debate científico-penal. De acuerdo con ese esquema, el examen de la imputación objetiva del resultado a la acción, según la teoría del mismo nombre, supone un paso distinto y posterior al paso inicial de determinar la conducta prohibida (o lo que podría denominarse, en una terminología más clásica, el desvalor de acción). Asimismo, en la nomenclatura característica del principio del riesgo de Roxin, estaríamos hablando de examinar en primer lugar la creación de un riesgo jurídica y socialmente desaprobado.

Para identificar dicho elemento (a saber, el de la conducta prohibida, el desvalor de acción o la

creación de un riesgo desaprobado) en el análisis de un hecho o comportamiento determinado, será preciso observar tanto los aspectos externos (objetivos) como los aspectos internos (subjetivos) de tal comportamiento, pues tanto unos como otros son relevantes para esclarecer si esa conducta del sujeto manifiesta un contenido de injusto suficiente de cara a su reproche penal.<sup>124</sup>

En el sentido expresado, por tanto, se sostiene que la cuestión acerca de cuál sea el comportamiento desaprobado (y en esa medida, ya típicamente adecuado) es anterior a la cuestión sobre la imputación del resultado que dicha conducta haya podido ocasionar. Se trata, en primer lugar, de apreciar si nos hallamos ante un comportamiento incorrecto, jurídicamente reprochable desde el punto de vista de una concreta norma sancionadora.<sup>125</sup> La necesidad de dar este primer paso por separado se hace evidente si reflexionamos sobre el tipo de la tentativa, que lógicamente no puede incluir un componente de imputación del resultado efectivo de lesión, pero que, sin embargo, requiere también de una delimitación en cuanto a la responsabilidad penal de su autor, a través de la valoración del contenido de injusto o desvalor de acción que implique dicha tentativa. Por consiguiente, el primer requisito de cualquier tipo de acción consistirá en trazar los límites entre lo jurídicamente permitido y lo prohibido en el ámbito de actividad de que se trate, con cierta independencia respecto a la imputación del resultado causado a la citada acción (cuyo análisis acontecerá después, a través de los requisitos 2º y 3º de la teoría de la imputación objetiva). Tal delimitación deberá realizarse, de acuerdo con lo propuesto por Frisch, teniendo en cuenta la ponderación entre las libertades individuales y el bien común; entre autonomía y libertad de la persona, por un lado, y seguridad, control y protección de los intereses generales, por el otro.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> En esa fórmula, la referencia a la creación dolosa de un riesgo jurídicamente relevante ha de entenderse en el sentido de que el dolo (conocimiento) ha de abarcar tan solo las circunstancias fácticas que conforman la situación de riesgo para el bien jurídico o para el objeto material: es decir, se trata de un dolo natural, que no incluye el conocimiento por parte del sujeto del carácter jurídicamente desaprobado de la conducta.

<sup>124</sup> De esta opinión, vid. Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, cit., p. 61, marginal 77a; Frisch, “Faszinierendes...”, cit., p. 231; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 178, marginal 57.

<sup>125</sup> Cfr. Freund, *ibidem*, p. 59, marginal 73.

<sup>126</sup> De acuerdo con Frisch, en efecto, como un paso absolutamente distinto e independiente de la aplicación de los criterios de la imputación objetiva (es decir, un primer presupuesto material para la afirmación del injusto imputable) habría que determinar qué conductas serían prohibidas y cuáles justas según “el contenido del Derecho”: es decir, según la ponderación entre intereses y principios contrapuestos, según la decisión sobre el ámbito de extensión de las libertades y los derechos de los ciudadanos. Y tal distinción precisa entre una conducta justa, por un lado, y otra injusta pero, quizás, no susceptible de que se le impute el resultado (con lo cual, también quedaría impune), por el otro, no sería irrelevante, pues al ciudadano en la práctica le importará saber si ha obrado de modo jurídicamente irreprochable o no (es decir, sin ni

A partir de lo anterior, debemos observar en el análisis del tipo los siguientes elementos, los cuales resultan comunes al delito doloso y al imprudente:

*Desvalor de acción* = acción peligrosa que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, ya sea de forma consciente (dolo) o con posibilidad de conocer *ex ante* la probabilidad de ese hecho ilícito o de un resultado dañoso evitable (imprudencia). En la terminología más clásica para el delito imprudente, incluiríamos en este apartado la denominada “infracción del deber de cuidado”.<sup>127</sup> De esa forma estaríamos optando por una concepción personal del injusto típico.

A propósito de este elemento, habría que analizar en cada caso concreto una serie de causas por las cuales podría quedar excluida la presencia de todo desvalor de acción. Tales causas serían, entre otras, precisamente la ausencia de dolo o de imprudencia en la conducta del sujeto (como se ha expuesto en este trabajo); o bien, la calificación del peligro producido por el sujeto igualmente como un riesgo socialmente adecuado y permitido por tratarse, por ejemplo, de un supuesto de autopuesta en peligro consciente por parte de la víctima, etcétera. Asimismo, estarían entre dichas causas de exclusión del injusto la disminución del riesgo, la ausencia de riesgo relevante o la prohibición de regreso.<sup>128</sup>

*Desvalor de resultado*, analizándose el contenido de injusto que suponga la lesión efectiva de un objeto material.

*Imputación normativa del desvalor de resultado*, en su caso, *al desvalor de acción* a través de dos criterios esenciales esgrimidos por la teoría de la imputación objetiva: a) concreción o materialización del riesgo causado por el sujeto en el resultado (en lugar de cualquier otro factor de riesgo eventualmente

concurrente en la situación); b) inclusión de dicho resultado en el ámbito de protección del tipo penal infringido.

En conclusión, mediante este sencillo, coherente y claro esquema conseguimos economizar en los niveles de análisis aplicables al examen del delito y, al mismo tiempo, eliminar las disfunciones ocasionadas a través de una absurda división entre el enfoque objetivo (basado en el juicio de un tercero observador u “hombre modelo”) y el enfoque subjetivo, ambos supuestamente de necesaria aplicación a los hechos cometidos. La finalidad es, desde luego, poder determinar la tipicidad sin incurrir en complejidades de difícil justificación y escasa utilidad. Confiamos en haberlo logrado a través de tal propuesta.

---

siquiera haber realizado una *conducta prohibida*). Así, desde esta perspectiva, la teoría de la imputación objetiva tan solo explicaría la posterior relación entre el riesgo realizado (*conducta desaprobada*) y el resultado producido por materialización de dicho riesgo. Cfr. Frisch, “Faszinierendes...”, *cit.*, pp. 233 a 237.

<sup>127</sup> En este sentido, interesa tener en cuenta la opinión de Burkhardt (“*Conducta típica...*”, *cit.*, pp. 170 y 171), según el cual, precisamente la teoría de la creación desaprobada de riesgo (dentro de la teoría de la imputación objetiva) lleva a que se escoja un concepto simple y no complejo de imprudencia, contribuyendo a una concentración de parcelas en este ámbito (si bien, de acuerdo con Burkhardt todavía no estaría clara la relación existente entre imprudencia y creación desaprobada del riesgo). De ese modo, el concepto simple del que partiríamos ahora sería el de la imprudencia como una sola lesión (simple) del deber de cuidado, una valoración errónea que se debe a una falta del cuidado debido y posible por parte del sujeto concreto (imprudencia “individual”). Al mismo tiempo, se abandonaría el concepto complejo, basado en la desatención de un deber de cuidado *objetivo* o *externo* (estamos de acuerdo con todo este planteamiento de Burkhardt en la medida en que también abandonamos el criterio específico del “hombre modelo objetivo”). En cualquier caso, dicho autor rechaza que ese elemento de la imprudencia individual, que a su juicio “se corresponde categorialmente con el del dolo”, pueda clasificarse en el tipo objetivo. Por nuestra parte, una vez abandonada la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, sería posible identificar tal concepto de imprudencia individual, en el sentido expresado, con el contenido del tipo de injusto de los delitos imprudentes (creación imprudente del riesgo).

<sup>128</sup> Vid. sobre ello, por todos, Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 365 a 373, 1006 a 1008.



## Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo

Patricia Esquinas Valverde

Profesora titular de Derecho Penal  
Universidad de Granada

**RESUMEN:** A la hora de determinar la imputación de un resultado lesivo a la acción de un sujeto, en el marco del tipo penal, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias emplean la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la conditio sine qua non en un primer paso, buscando la relación de causalidad, para posteriormente aplicar la teoría de la imputación objetiva con sus tres requisitos. Este trabajo intenta demostrar, sin embargo, que la primera fase en ese análisis resulta superflua, siendo preferible trasladar el estudio de la causalidad material, eficiente, al segundo elemento propuesto por la teoría de la imputación objetiva: la concreción del riesgo en el resultado.

**PALABRAS CLAVE:** Causalidad, imputación objetiva, conditio sine qua non, concreción del riesgo.

**ABSTRACT:** In order to determine the attribution of a harmful result to an individual act as a part of the criminal type, dominant doctrine and jurisprudence usually apply the “theory of equivalence of conditions” and its conditio sine qua non formula as a first step to resolve the causality question. They often apply the continental Criminal Law doctrine of the “objective imputation” after that, in a second step of analysis. This paper tries to prove, however, that the first phase in this analysis is superfluous. It is actually preferable to study the problem of the material, efficient causality at the second logical step proposed by the doctrine of the “objective imputation”: i.e., the crystallisation of a risk factor into that harmful result.

**KEYWORDS:** Causality, objective imputation, conditio sine qua non, materialization of a risk factor

**SUMARIO:** 1. La relación de causalidad entre acción y resultado en derecho penal. La teoría de la equivalencia y la conditio sine qua non. 2. La imputación del resultado a la acción en dos pasos (según la doctrina dominante): la teoría de la condición y el principio del riesgo de Roxin. 3. Breve referencia al elemento 1º de la teoría de la imputación objetiva. 4. El 2º elemento de la imputación objetiva: “concreción del riesgo en el resultado”. Especial atención a cómo se analiza en los casos de causalidad alternativa; 4.1. Causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado (imprudentes): el legendario “ejemplo del ciclista” (BGHSt II, 1) y la teoría roxiniana del incremento del riesgo; 4.2. ¿Nos encontramos ante una cuestión consistente en resolver la causalidad material o ante la necesidad de efectuar una “ponderación normativa”? Opinión de Röh, Koriath y Volk; 4.3. Puppe y su teoría del “riesgo superior al 0%” y la doble causalidad; 4.4. Otro punto de vista sobre cómo se determina la “concreción del riesgo en el resultado”: Jakobs. 5. Cómo se resuelve, en la práctica, el problema del 2º elemento de la imputación objetiva; 5.1. Casos de desviación o interrupción del curso causal; 5.2. Casos de comportamientos alternativos conformes a Derecho; 5.3. Casos no cubiertos por el fin de protección de la norma. 6. Conclusiones y propuestas finales. 7. Bibliografía.



### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

#### 1. La relación de causalidad entre acción y resultado en derecho penal. La teoría de la equivalencia y la *conditio sine qua non*

Desde las primeras etapas históricas de desarrollo de la teoría jurídica del delito, la dogmática penal se ha ocupado de dilucidar los criterios con base en los cuales se puede atribuir a un sujeto la responsabilidad por un resultado lesivo. Uno de esos criterios, sin duda el fundamental, ha sido el de la *causalidad* de la acción de tal sujeto para dicho resultado,<sup>1</sup> hasta el punto de dar este aspecto el nombre a toda una escuela teórica del derecho penal: el *causalismo*.<sup>2</sup> Según el mismo, dicha relación causal, concebida desde un punto de vista naturalístico, prejurídico, sería necesaria y suficiente en todo delito de resultado.

De ese modo, a fin de determinar en qué casos se cumplía este requisito de la *causalidad* de la acción para la atribución de responsabilidad por el resultado a su autor, en primer lugar, desde dicho enfoque ontológico, la doctrina había propuesto una serie de teorías consideradas ahora como antecesoras o incluso precursoras de la moderna teoría de la imputación objetiva (la cual ya proclama el carácter fundamentalmente *normativo* de tal cuestión). Así, se fue evolucionando desde la clásica teoría de la *equivalencia de las condiciones* hasta la teoría de la *condición adecuada*, pasando por las teorías individualizadoras de

la causalidad (como la de *la causa eficiente*, la de la *condición adecuada a la norma natural*, etc.).<sup>3</sup> Todas ellas pretendían encontrar aquel factor o conducta que, desde una perspectiva empírica, material, hubiera ocasionado el resultado lesivo de acuerdo con las leyes naturales de la física, la química, la biología... (Si bien, la teoría de *la condición adecuada* incorporaba ya elementos *normativos* de imputación, no solo ontológicos).<sup>4</sup>

En particular, una de tales teorías de la causalidad ha corrido mejor suerte que las otras y ha sobrevivido a evoluciones dogmáticas posteriores, y esta es la denominada teoría *de la condición (necesaria)*, o también, *de la equivalencia (de las condiciones)*.<sup>5</sup> A tenor de la misma, sería causa de un resultado cualquier condición de la cual hubiera dependido su producción con independencia de la mayor o menor proximidad e importancia de dicha condición respecto a ese resultado. Por consiguiente, todas aquellas condiciones que dieran lugar *materialmente, naturalmente* al hecho, en el sentido de que fueran factores que precedieran en el tiempo al acontecimiento del resultado y que estuvieran relacionados con él, constituirían causas, equivalentes entre sí, del mismo.<sup>6</sup> A partir de tal premisa, y a fin de facilitar la búsqueda de cualquier *condición* que pudiera ser *causa* del resultado, se acuñó una fórmula hipotética denominada *conditio sine qua non (condición sin la cual no)*:<sup>7</sup> de acuerdo con

<sup>1</sup> Por supuesto, aún hoy día se reconoce que el carácter causal de la acción del autor en relación al acontecer del resultado (la *causalidad*) es una condición esencial para que tal resultado pueda ser imputado al autor.  *Vid.*, por todos, Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 2002, Comares (traducción al castellano de Olmedo Cardenete, M.), p. 297.

<sup>2</sup> Tal concepción causalista del delito describía la antijuridicidad, según un enfoque naturalístico, positivista, como *causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación*. Es decir, la antijuridicidad del hecho se consideraba como referida en exclusiva al aspecto causal, objetivo-externo de la acción, no a la finalidad subjetiva del autor.  *Vid.* Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Repertor, 10ª ed., 2016 (2ª reimpresión), p. 163, marginal 12; Jescheck/Weigend, *Tratado...*,  *cit.*, pp. 217 y 218.

<sup>3</sup> Sobre tales diversas teorías,  *vid.* por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*,  *cit.*, pp. 247 a 258; Pérez Alonso, E., “*Delitos de acción. La tipicidad (II)*”, en *Derecho Penal, Parte General* (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 436 a 439; Jäger, C., *Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., C.F. Müller, Múnich, 2011, pp. 21 a 25, así como en “*Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 345 a 364; Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), Civitas, Madrid, 1997, § 11. *La imputación al tipo objetivo*, pp. 346 a 362.

<sup>4</sup>  *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*,  *cit.*, pp. 257 y 258.

<sup>5</sup> A modo de ejemplo, baste mencionar que Puppe, I., ha dedicado en 2010 un artículo científico a esta teoría y a su tradicional silogismo con el sugerente título “*Alabanza a la fórmula de la conditio sine qua non*” (“*Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel*”, revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2010, pp. 551 a 570). Se comentará su contenido más adelante:  *vid. infra*, apartado VI.

<sup>6</sup>  *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*,  *cit.*, p. 247; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”,  *cit.*, p. 436; el mismo, “*Tema 13: Delitos de acción. La tipicidad (II)*”, en *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, pp. 238 y 239; Jescheck/Weigend, *Tratado...*,  *cit.*, pp. 298 y 299; Roxin, *Derecho Penal...*,  *cit.*, pp. 347 y 348, marginal 5.

<sup>7</sup> Tal teoría de la equivalencia fue, supuestamente, defendida en primer lugar por Julius Glaser, y después por Maximilian v. Buri, quien, en su etapa como magistrado del *Reichsgericht* (en adelante, RG), la introdujo en la jurisprudencia de dicho órgano, junto con la fórmula de la *conditio sine qua non*; ambas pasaron posteriormente a la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (en adelante, BGH). Sobre ello,  *vid.* Roxin, *Derecho Penal...*,  *cit.*, pp. 348 y 349, marginales 7 y 8; Maiwald, M., *Kausalität und Strafrecht: Studien zum Verhältnis von*

esta, una circunstancia cualquiera habría de ser considerada causa del resultado si *suprimida mentalmente la misma* (imaginando la hipótesis de que no se hubiera llevado a cabo), *con ella desapareciera también, hipotéticamente, ese resultado*.<sup>8</sup> Dicha construcción mental, empero, suponía en la práctica una ampliación desorbitada del ámbito de la causalidad que tenía de ese modo al infinito.<sup>9</sup>

Un ejemplo ilustrativo de ese efecto indeseado es el “caso del pozo”, resuelto por Sentencia del *Reichsgericht* (RG) con referencia 57, 148 (año 1922): durante la fiesta de una asociación, uno de los invitados, que quería buscar el patio del establecimiento donde se celebraba dicho evento, se precipitó en la oscuridad de la noche por un pozo al descubierto, falleciendo a consecuencia de la caída. En el proceso judicial se determinó (a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones) que habían aportado causas para el resultado tanto el que construyó el pozo, como el hijo del hostelero que lo había dejado abierto, y como el propio hostelero que, ante la llegada de los invitados, no comprobó que el pozo estuviera cerrado; igualmente añadieron causas, de forma equivalente a las anteriores, el presidente de la asociación y organizador de la fiesta, que previamente había abierto la puerta del establecimiento que conectaba con el patio, y otro empleado que, creyendo que la puerta se mantendría cerrada, había apagado la luz de dicho patio. Así

pues, al considerarse todos esos actores como condiciones equivalentes del resultado, la cuestión sobre si también todos ellos serían responsables penales se resolvió, en este caso, en función de la entidad de la imprudencia en la que incurrió cada uno (de acuerdo con el tipo del homicidio imprudente del § 222 StGB).<sup>10</sup>

Así pues, se hizo necesario en esta fase del desarrollo de la teoría jurídica del delito proponer otras teorías de la causalidad que corrigieran los inaceptables efectos de la *conditio sine qua non* (en adelante, *CSQN*), y de ahí la aparición de las formulaciones posteriores, entre ellas la propia teoría de la imputación objetiva de Roxin. Lo paradójico, sin embargo, es que la teoría de la equivalencia de las condiciones y la correlativa utilización de la fórmula de la *CSQN* se han mantenido vigentes hasta la época actual como un paso previo necesario para la aplicación posterior, precisamente, de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, tanto la jurisprudencia (en particular, la de nuestro Tribunal Supremo,<sup>11</sup> pero también la del Tribunal Supremo alemán),<sup>12</sup> como la doctrina penal mayoritaria (en España y en Alemania, al menos) han seguido hasta ahora admitiendo la validez de dicha teoría de la condición necesaria y recurriendo a la *CSQN* como patrón para identificar en el caso concreto si un cierto factor es *determinante* del resultado.<sup>13</sup>

*Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Editorial Schwartz, Gotinga, 1980, p. 7.

<sup>8</sup> Acerca de esta doble dimensión de la teoría de la equivalencia de las condiciones, como teoría sobre el fundamento de la causalidad y sobre su demostración, *vid.* Gómez Benítez, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 15 y ss. También comenta este autor (p. 16, nota 3) que la jurisprudencia española tradicionalmente ha empleado otro aforismo semejante, aunque incompleto en comparación con el de la *CSQN*, como es el de *causa causae causa causati* (“la causa de la causa es causa de lo causado”).

<sup>9</sup> *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 247, 248 y 254; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 298 a 300, 304; Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 345 y 362; Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 436; así como en “Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 93, 2007, pp. 79 a 112 (83); Maqueda Abreu, M.L. y Laurenzo Copello, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2016, pp. 53 y 54.

<sup>10</sup> *Vid.*, relatando este ejemplo, Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, p. 299.

<sup>11</sup> Así, al margen de que esta fórmula se emplee prácticamente en todos los casos de la jurisprudencia en los que se analiza o discute el nexo causal (véanse por ejemplo las SSTs de 26/02/2000, 20/11/2007, 26/11/2008, 22/12/2008, 02/06/2010, y muchas otras), nuestro Tribunal Supremo la ha utilizado en algunas ocasiones para afirmar la causalidad en ejemplos de causación *indirecta*, como ocurre en las Sentencias de 21/11/1980 y de 17/09/1982.

<sup>12</sup> En este sentido, por ejemplo, Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 21, marginal 27. Indicando muchas de esas sentencias, véase Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 349 y notas al pie nº 13 y 14 (entre ellas, se mencionan las del *Reichsgericht* con número de referencia 1, 373; 44, 137, y las del BGH de 5/10/1951 y de 27/11/1951). Siguiendo a Puppe (en *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* -traducción de García Caveró, P.-, Comares, Granada, 2001, p. 12), pueden mencionarse las Sentencias del BGH de 30 de junio de 1982 (referencia BGHSt 31, 96), caso “mirador para cazadores”, y de 6 de julio de 1990 (referencia BGHSt 37, 106), famoso caso “del spray del cuero”.

<sup>13</sup> *Vid.*, por todos, Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 297 a 299; Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 347, marginal 5; Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 21, marginal 27; Maiwald, *Kausalität...*, *cit.*, p. 3; Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 16, 17, 19 y nota 4; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 248, marginal 12; Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 440, y en “Tema 13...”, *cit.*, pp. 237 a 239; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *El Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 53 y 54.

### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

Y acto seguido se suele aplicar a ese factor o *acción* la teoría de la imputación objetiva, a fin de comprobar si además le es atribuible el resultado desde un punto de vista *normativo*.<sup>14</sup>

La *CSQN* habría subsistido, pues, como una especie de silogismo basado en la intuición, en la lógica y en la pura experiencia práctica sobre las cosas para identificar de manera sencilla y en una primera instancia cuál es la causa fundamental del resultado.<sup>15</sup> Y ello sucede pese a que también se la ha acusado repetidas veces de ser una fórmula hueca, tautológica y prescindible,<sup>16</sup> dado que solo la emplearemos para preguntarnos por la eficacia causal de una conducta cuando ya supongamos previamente respecto de esta (y *ex post* sepamos) que puede efectivamente haber sido causa del resultado.<sup>17</sup>

### 2. La imputación del resultado a la acción en dos pasos (según la doctrina dominante): la teoría de la condición y el principio del riesgo de Roxin

Como vengo indicando, la doctrina actualmente mayoritaria acepta que la teoría de la *equivalencia de las condiciones* es correcta en el plano de la *causalidad*, debiendo ser corregida y limitada posteriormente por la moderna teoría de la imputación objetiva.<sup>18</sup> Precisamente esta última (también llamada principio del riesgo, pues este es uno de sus fundamentos) fue propuesta por Claus Roxin a comienzos de los años 60 del siglo XX,<sup>19</sup> a partir del precedente de Honig y su concepto de la *perseguibilidad del resultado* (*Bezweckbarkeit*). Desde ese momento, la aplicación de dicha teoría se ha generalizado entre los académicos del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto en Alemania como en España y otros países europeos e hispanoamericanos.<sup>20</sup> De acuerdo con el planteamiento de Roxin, en fin:

solo se puede imputar al tipo objetivo (de un delito) el resultado causado por quien actúa cuando el comportamiento del autor haya creado un peligro para el objeto de la acción que no esté cubierto por el riesgo permitido

<sup>14</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *ibidem*, pp. 297 y ss; Mir Puig, *ibidem*; Maqueda Abreu y Lorenzo Copello, *ibidem*, pp. 54 y 55; Pérez Alonso, “Tema 13...”, *cit.*, pp. 237 a 239.

<sup>15</sup> A este respecto, vid. Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, p. 27: la *CSQN* es más bien una fórmula de comprobación posterior, de confirmación lógica de una relación de causalidad concreta cuando se conoce ya la causalidad general, la capacidad causal general de una condición. Sobre ello, también Puppe, “Lob...”, *cit.* pp. 569 a 570; lo reconocía ya en *La imputación...*, p. 12: “quien proceda según el método de la supresión mental solo lo percibirá (el nexo de causalidad entre acción y resultado) intuitivamente, al comparar el caso con otros que ha estudiado.”

<sup>16</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 300 y ss.

<sup>17</sup> Vid. Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 250 y 251, marginal 21; Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 y 27; Maiwald, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 3 y 4, 5 y ss.: la fórmula de la *CSQN* presupone ya tácitamente lo que ella misma pretende averiguar, que es el nexo causal entre acción y resultado; Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 350 y 355 *in fine*; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 301 y 302: de hecho, señalan estos autores, en aquellos casos en los que desconocemos el modo en que una condición desencadena un efecto, suprimir mentalmente dicha condición, como indica la fórmula de la *CSQN*, no nos va a aportar ningún dato acerca de la influencia que la misma haya podido tener en el resultado; y mencionan como ejemplo de ello el célebre caso *Contergan*, sobre la eficacia causal de la talidomida, resuelto por pronunciamiento de la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Aachen de 18/12/1970.

<sup>18</sup> Vid. por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 246 y 248; implícitamente Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 440, y en “Tema 13...”, *cit.*, p. 238; Maqueda Abreu y Lorenzo Copello, *El Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 53 a 55.

<sup>19</sup> Según recuerda el propio Roxin en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 364, marginal 41 a y nota al pie 62, su teoría de la imputación objetiva fue expuesta por primera vez en su artículo “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” (1970), y su planteamiento del incremento del riesgo para los casos denominados de “comportamiento alternativo conforme a Derecho” lo fue en el artículo “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten” (1962, n° 74 de la revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW).

<sup>20</sup> Así lo reconoce Gimbernat Ordeig, E., “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coord. por Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 111 a 136 (114). En esos países citados, así como en algunos asiáticos, de hecho, la sistemática penal alemana, incardinada en la teoría jurídica del delito, ha tenido tradicionalmente una descomunal influencia. En otras regiones y a nivel supra o internacional, en cambio, su presencia ha sido mucho menor y, en efecto, la dogmática penal alemana va perdiendo relevancia muy significativamente. Sobre ello, con un palpable sentido autocrítico, vid. Ambos, K., “Sobre el futuro de la ciencia jurídica-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincialismo presuntuoso”, *Revista Penal*, n° 37, enero 2016, pp. 5 a 22 (6 y 7).

y ese peligro, además, se haya materializado en el resultado concreto.<sup>21</sup>

Así pues, distinguimos en este enunciado los dos elementos básicos e iniciales de la imputación objetiva, a los cuales Roxin añadió posteriormente un tercero: a saber, el criterio del “alcance del tipo”.<sup>22</sup> Reuniendo tales elementos, decimos que para poder imputar un resultado lesivo a la acción de un sujeto se requiere

1º) que dicha acción haya *creado un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, típicamente relevante*, el cual haya sido previsible y evitable para un hipotético observador objetivo que hubiera podido valorar la situación *ex ante* y en la misma posición del autor;<sup>23</sup>

2º) que haya sido precisamente *tal riesgo el que se haya materializado en el resultado de lesión*, y no cualquier otro peligro concurrente en la situación e introducido por el azar, la víctima o un tercero.<sup>24</sup> Este segundo requisito, al que podemos denominar de forma abreviada *concreción del riesgo* (creado por el autor) *en el resultado*, al contrario que el anterior, habrá de valorarse desde la perspectiva *ex post* que corresponde al juzgador y a la luz de cómo se haya desarrollado el caso concreto;<sup>25</sup>

3º) que tal resultado causado sea uno de los que el tipo penal infringido pretendía evitar que entre dentro del *alcance del tipo*: ello no ocurrirá, por ejemplo, cuando nos hallemos ante una situación de autopuesta en peligro consentida y consciente por parte de la víctima con auxilio de un tercero, en cuyo caso este último no responderá por el resultado acontecido de lesión o muerte de la víctima, dado que dicho

resultado entrará exclusivamente en el ámbito de responsabilidad y autonomía de ella.

Por lo tanto, uniendo la cuestión sobre la determinación de la causalidad, que se analizó en el anterior apartado, y la ahora comentada teoría de la imputación objetiva, el análisis del tipo objetivo en los delitos de resultado exigiría, de acuerdo con la doctrina dominante, la comprobación de esos dos elementos en fases sucesivas: a saber, en primer lugar se trataría de examinar la relación de causalidad o nexo causal (con criterios materiales, pre-jurídicos, científico-naturales), y en segundo lugar, y solo si concurriera ese requisito inicial, correspondería comprobar la peligrosidad *ex ante* de la conducta y su relación de riesgo con el resultado (que es lo que se analiza mediante la teoría de la imputación objetiva).<sup>26</sup> No obstante, se ha llegado a señalar que lo imprescindible en todo tipo de resultado es la imputación objetiva, de la cual la causalidad “no es más que un momento parcial y contingente”, y además no siempre necesario.

*V.gr.*, algunos autores han indicado que ese nexo causal material no sería necesario en los delitos de comisión por omisión, donde bastaría con un juicio hipotético de causalidad, entendido como la probabilidad rayana en la certeza de que el sujeto garante, de haber llevado a cabo la acción debida, habría podido evitar el resultado.<sup>27</sup>

En cualquier caso, la doctrina actual ha asumido (aparentemente sin dudas) que las dos categorías de la imputación objetiva y de la causalidad “no son en modo alguno idénticas”, pues, mientras que esta última, de naturaleza *científico-natural*, determinaría el marco externo para la imputación del resultado a la acción del sujeto (pero no la respuesta definitiva al

<sup>21</sup> Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen — Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, 4ª edición, Múnich, 2006, § 11, marginal 47.

<sup>22</sup> Planteamiento desarrollado por Roxin en *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten* (en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, pp. 241 a 259).

<sup>23</sup> *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 363, marginales 38 y 39.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 375 y ss., especialmente marginal 63.

<sup>25</sup> *Vid.* Kindhäuser, U., “*El tipo subjetivo en la construcción del delito*”, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (trad. de Mañalich, J.P.), Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2007, p. 42; Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 395, marginal 94; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 259, marginal 48.

<sup>26</sup> *Vid.* Mir Puig, *ibidem*, p. 246; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *El Derecho...*, *cit.*, pp. 53 y 55; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 439 a 441, y en “*Notas...*”, *cit.*, pp. 83 y 86; también mencionan esta diferenciación, generalizada en la doctrina, Puppe, *La imputación...*, *cit.*, p. 11; Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 47, marginal 59. Sobre la insuficiencia de la relación de causalidad entre acción y resultado como requisito para justificar por sí sola la subsunción de la conducta en el tipo de resultado (imprudente), *vid.* Zugaldía Espinar, J.M., “*La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*”, ADPCD, 1984, pp. 321 a 332 (326 y ss.).

<sup>27</sup> Por todos, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 247 y 259; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 297 y 298.



*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

problema), aquella, de la mano de criterios *normativos* específicos, es la que vendría a limitar la responsabilidad que se haya derivado de la mera causación del resultado.<sup>28</sup>

Por lo demás, en fin, se admite que “normalmente para la imputación objetiva del resultado es necesario, y a veces también suficiente que el autor lo haya ocasionado”.<sup>29</sup> Dedicaré los próximos apartados a analizar cuánto de verdad encierra esta última afirmación: es decir, hasta qué punto la imputación objetiva se identifica en algunos casos totalmente con la propia relación de causalidad o se solapa al menos parcialmente con ella (siendo entonces la causalidad *material* uno de los componentes de esa imputación “normativa”, como es mi tesis).

### 3. Breve referencia al elemento 1º de la teoría de la imputación objetiva

Tal y como se ha mencionado ya, el primer requisito en el marco de la teoría roxiniana sobre la imputación del resultado se refiere a la creación por parte del sujeto autor de un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, el cual ha debido ser *ex ante* previsible y evitable. En este sentido, a mi juicio, dicha valoración ha de realizarse a partir de los conocimientos y capacidades que tuviera el propio sujeto que actúa en la situación dada, de manera que, más que de un “hipotético observador *abstracto* y *objetivo*”, debería hablarse de un criterio de estimación del riesgo (y de su carácter prohibido y típicamente relevante) que va a resultar *concreto* y *subjetivo*, con lo que ello implica desde el punto de vista de la sistemática del tipo penal. De cualquier forma, no se ahondará más en tal aspecto por resultar ajeno al objeto específico de esta disertación y por haber sido tratado profusamente en otra ocasión.<sup>30</sup>

### 4. El 2º elemento de la imputación objetiva: “concreción del riesgo en el resultado”. Especial atención a cómo se analiza en los casos de causalidad alternativa

Volviendo, pues, a la cuestión sobre la indagación de la causalidad material y su relación con la teoría de la imputación normativa del resultado a la acción, corresponde ahora retomar la discusión sobre la utilidad heurística de la *conditio sine qua non*.

A este respecto, pese a que la teoría de la equivalencia de las condiciones sigue siendo, en verdad, la mayoritariamente empleada para explicar y determinar la relación de causalidad entre acción y resultado, su fórmula de la *CSQN* (consistente en comparar el suceso real con otro curso causal imaginario) se ha manifestado ineficaz para resolver ciertas constelaciones de casos. Entre ellos se encuentran los de causalidad *alternativa*, también llamada *múltiple*: a saber, se trata de aquellos supuestos en los que, concurriendo varios factores causales en la situación fáctica, si eventualmente no se hubiera dado cualquiera de ellos que analicemos en concreto el resultado lesivo se hubiera producido de todas formas igual, y al mismo tiempo, por efecto de algún otro de los factores alternativos.

En este punto, conviene distinguir entre cuatro modalidades específicas de casos que, en ocasiones, se confunden al utilizar el término de causalidad *alternativa*: así, cuando me refiero ahora a dicho concepto estoy considerando estrictamente aquellos ejemplos en los que la situación concreta ofrece ya la presencia real, efectiva, de esas diversas causas alternativas, cualquiera de las cuales podría haber bastado, *a priori*, para ocasionar el resultado. Lo que se desconoce en tal contexto, entonces, es cuál de las mismas habrá sido la que verdaderamente se haya materializado en dicho resultado (*vid. infra*, casos 1, 2 ó 3). Estos supuestos se conocen también en la doctrina como de “*resultado sobre-condicionado*”.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., *ibidem*; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, cit., pp. 439 a 441, así como en “*Tema 13...*”, cit., pp. 237 y 238, y en “*Notas...*”, cit., p. 83. No obstante, como se indicará más adelante (*vid. infra*, IV.3), distintos autores destacados, como Puppe (*La imputación...*, cit., pp. 11 y 12), han matizado tal punto de vista, admitiendo la estrecha vinculación que existe entre lo normativo y lo fáctico en este ámbito.

<sup>29</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., pp. 297 y 298.

<sup>30</sup> Vid. Esquinas Valverde, P., “*¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal*”, en Cuadernos de Política Criminal, n° 118, 2016, pp. 185 a 236.

<sup>31</sup> Tal terminología es más jakobsiana (*vid. Jakobs, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, 2ª ed., Berlín, 1993, pp. 230 y 231, marginales 83a y 84), mientras que desde un punto de vista más clásico hablamos, en efecto,



En cambio, también puede suceder que esas posibles condiciones alternativas no hayan concurrido todas ellas, de hecho, en la situación, sino que solamente se haya producido una; mas lo que ocurra sea que, hipotéticamente, de no haberse hecho realidad esa: habrían existido otras posibles que, más adelante o casi simultáneamente, hubieran sustituido a la actual en su misma eficacia productiva del resultado (*vid. infra*, apartado IV.4: casos 4 y 5). De ahí que en dicho contexto de causas también “alternativas” deba hablarse, más propiamente, de causalidad *hipotética* (y así se acostumbra en la doctrina). En tal constelación y en la anterior fracasa, como indicaré a continuación, la fórmula de la *CSQN*.<sup>32</sup>

A su vez, cabe también que haya sido solo la suma, la acción conjunta de varias condiciones efectivamente concurrentes la que haya originado el resultado, en cuyo caso nos referiremos a una causalidad *cumulativa* o *acumulativa*.<sup>33</sup>

Y por último, cuando lo que ocurra sea que en un supuesto concreto se baraje la posibilidad de un factor causal determinado, el cual muestre una elevada probabilidad de haber inducido efectivamente el resultado, pero se desconozca a ciencia cierta (con una probabilidad rayana en la certeza) si ello ha sido así, se empleará la denominación de causalidad *probabilística* o *estadística* (como ocurre en los célebres casos del “aceite de colza”, del medicamento “Contergan” —talidomida—, etc.).

En el contexto de causalidad *alternativa* al que me refiero, pues concurrirían en el devenir del resultado dos o más factores independientes, cada uno de los

cuales hubiera bastado por sí solo (desde un punto de vista *ex ante*) para producir dicho resultado. De este modo, si en aplicación de la *CSQN* suprimiéramos mentalmente cualquiera de tales factores, el resultado subsistiría al ser ocasionado por alguna otra de las condiciones alternativas y sustitutivas, por lo que no podría decirse que ninguna de ellas fuera, realmente, *causa* del daño. Sin embargo, tal conclusión resultaría errónea, poniendo de manifiesto, en fin, un fallo de la *CSQN*.<sup>34</sup>

Comentaré a continuación algunos de esos ejemplos en los que, *a priori*, se desconocería cuál habría sido en realidad la causa efectiva para el resultado:

Caso 1. X administra veneno a Z y, acto seguido, desconociéndolo X, Y administra otra dosis a Z, siendo letales ambas dosis por separado. ¿Quién ha causado la muerte de Z? Pues bien, en este supuesto de causalidad alternativa,<sup>35</sup> la fórmula de la *CSQN* fallaría, debiendo ser corregida mediante la llamada fórmula de las alternativas: según esta, si se pueden suprimir alternativamente cada una de las condiciones pero no todas a la vez sin que desaparezca el resultado, ello querrá decir que todas las condiciones son, por igual, causas de la muerte.<sup>36</sup> Por último, quedaría por determinar cuál de tales acciones debería responder jurídicamente de dicho resultado en grado de consumación,<sup>37</sup> pero esta sigue siendo, esencialmente, una cuestión ligada a la pregunta acerca de cuál de los factores ha *causado empíricamente* el resultado<sup>38</sup> (la cual será difícil de resolver, depen-

---

de causalidad alternativa. También Toepel, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 65 y ss., menciona que en estos casos el resultado está *supradeterminado desde el punto de vista cuantitativo*.

<sup>32</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., p. 302; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 248 y 249, marginales 14 a 16; Puppe, I., *Brauchen wir eine Risikohöhungstheorie?*, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (edit. por Schünemann, B., Achenbach, H. y otros), De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 287 a 306 (289 a 291).

<sup>33</sup> Vid. Jescheck/Weigend, *ibidem*; Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 23, marginal 84, denomina tales casos de causalidad *cumulativa* o *doble* como “riesgos en atribución (o en competencia) múltiple (Risiken in mehrfacher Zuständigkeit)”.  
<sup>34</sup> Vid. Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, cit., pp. 346 a 348.

<sup>35</sup> Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 249, marginal 17, si bien este autor considera que ejemplos como ése lo son de causalidad *cumulativa*, y no *alternativa* (lo contrario entienden, sin embargo, autores como Jäger, Koriath, etc., ya citados, y es lo que me parece correcto).

<sup>36</sup> Vid. Jäger, *Examens-Repetitorium...*, cit., p. 24, marginal 29, así como en “Die notwendige Bedingung...”, cit., pp. 347 y 348. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 249, marginales 19 y 20, plantea una solución parecida para tal insuficiencia de la *CSQN*, y es la de preguntar qué habría pasado si no hubiera tenido lugar *cualquier conducta de la misma clase* que la del sujeto en cuestión (a saber, administración de veneno, etc.).

<sup>37</sup> De acuerdo con Jäger, *Examens-Repetitorium...*, cit., p. 49, marginal 61 *in fine*, en este ejemplo habría que imputar el resultado tanto a X como a Y, pues cada una de las dosis ha sido causa del resultado por sí misma y, además, cada una de ellas se materializa en el resultado con independencia de que también lo hace la otra. Propone una solución parecida para los supuestos de causalidad alternativa Puppe: *vid. infra*, apartado IV.3.

<sup>38</sup> Vid. Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 151.

**Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado**

diendo en último término de una ponderación entre tales factores.<sup>39)</sup>

Caso 2. “De la sartén” o “del tirano”<sup>40</sup>: A con la intención de matar a su marido B (que era un maltratador y abusaba física y psicológicamente de ella y de su hija de forma continua) le asesta por la espalda tres golpes en la cabeza con una sartén de hierro y a continuación se marcha. B cae al suelo manando sangre y se queda allí tendido respirando con dificultad. Posteriormente la hija de A, de nombre C, que entra en la habitación en ausencia de su madre y encuentra de esa guisa al “tirano”, pega a B al menos otra vez más también en la cabeza. Más tarde regresa A y vuelve a dar otro fuerte golpe capital a B con la misma sartén de cocina. No es posible demostrar exactamente cuál de los impactos dio lugar a la muerte de B, aunque sí se sabe que tanto A como C propinaron golpes potencialmente letales. Si ambas actuaron con total independencia entre sí y desconociendo cada una la acción de la otra, ¿cuál será la responsabilidad penal de ambas por la muerte de B?

En este caso caben dos soluciones distintas: 1) según la primera de ellas, A es sin duda causa del resultado de acuerdo con la *CSQN*, pues crea las condiciones para que la muerte se produzca; pero, por el principio de *in dubio pro reo*, no responderá por homicidio consumado, pues se desconoce si ha sido el riesgo creado por su acción (o, en cambio, el introducido por su hija) el que se ha concretado en el resultado; por el contrario, solo responderá por tentativa de homicidio de B. Y en cuanto a C, aunque incluso se desconoce si su acción fue causa del resultado, al ser posterior a la acción de A (pues, al aplicar la *CSQN*, se le niega tal condición

de causa...), tampoco podrá responder por homicidio consumado, aunque sí por tentativa de homicidio, en la medida en que ha realizado de forma dolosa actos ejecutivos propios del homicidio.<sup>41</sup> 2) Según la segunda solución, podría entenderse que la acción de A es causa del homicidio y que, por tanto, debería también responder de él, en la medida en que dicho resultado es concreción precisamente del riesgo propio de la acción de A, creado por ella: a saber, el riesgo de que un tercero, C en este caso, aproveche la indefensión de B para propinarle más golpes, ocasionando su muerte.<sup>42</sup>

**\* Conclusión parcial:**

En los dos ejemplos expuestos de causalidad alternativa y actuaciones dolosas, como se puede observar la clave para resolver los casos se encuentra en la determinación de la *causalidad* natural, material y de cuál sea el factor de riesgo (la acción) de entre los concurrentes que *se haya concretado en el resultado*; dos cuestiones que, por lo demás, en estos supuestos parecen ir estrechamente aparejadas hasta el punto de ser casi la misma cosa: si se averigua cuál ha sido la verdadera causa del resultado (qué dosis o qué sartén han sido los letales), se tendrá también la respuesta a la pregunta sobre la concreción del riesgo en el resultado (2º elemento de la imputación objetiva). Y en principio, una vez aclarados tales extremos no se muestra necesario analizar también pormenorizadamente el resto de los requisitos que exige dicha teoría de la imputación objetiva (sobre todo porque,

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 95 y 96; asimismo *vid.* Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 347 y ss., 354 y ss., 358 y ss.

<sup>40</sup> Basado en el resuelto por la Sentencia del BGH publicada en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, nº de 1966, pp. 1823 y ss; *vid.* también Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 48 y 49, marginales 60 y 61.

<sup>41</sup> *Vid.* Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 48 y 49, marginal 61; en el mismo sentido, Hoyer, A., “Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 160 a 178 (171 y 172).

<sup>42</sup> *Vid.* Jäger, *ibidem*, p. 48. Igualmente Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 385 y marginal 70, declara que “también es punible por delito de homicidio consumado aquel que, con dolo de matar, derribe de un tiro a otro y con ello ocasione que un tercero le propine el ‘tiro de gracia’”; también sobre los casos de concurrencia de agresores, *vid.* pp. 389 y 390, marginales 82 y 83: A y B pegan sucesivamente a C sin actuar de mutuo acuerdo y sin ánimo de matar ninguno de ellos, abandonando A después de sus golpes a C inconsciente y solo, estado en el que lo encuentra B. Según Roxin, el resultado será atribuible a las primeras lesiones de A si se demuestra que las posteriores de B no eran inmediatamente letales (aun cuando hayan adelantado el resultado de muerte) y, al contrario, el resultado será atribuible a B (mientras que A solo responderá por lesiones) si se prueba que los golpes de este eran necesariamente letales para C incluso sin contar con los que le infligió A. De este modo, sin embargo, tal segunda solución parece algo contradictoria con respecto a la primera, pues si como afirma Roxin en el marginal 70, B hubiera propinado “el golpe de gracia” a C, de acuerdo con ese primer criterio, A debería responder asimismo por homicidio y no únicamente por lesiones. Tan solo podemos imaginar que Roxin haya pensado para el primer ejemplo en un homicidio doloso y de común acuerdo, si bien ello tampoco nos parece necesario para defender tal solución en los dos casos (especialmente en el sistema alemán, que admite el delito de lesiones dolosas cualificadas por el resultado de homicidio imprudente, por el que podría responder A) Planteamos un ejemplo similar *infra*, apartado V.1, caso 10.

en ambos ejemplos planteados, se trata de comportamientos lesivos *dolosos*, en los que resulta evidente la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex ante* relevante para ocasionar el resultado).

Analizaré más detenidamente esta estrecha conexión entre “causalidad” y “concreción del riesgo en el resultado” en los siguientes apartados.

#### 4. 1. Causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado (imprudentes): el legendario “ejemplo del ciclista” (BGHSt 11, 1) y la teoría roxiniana del incremento del riesgo

Dentro de tal constelación general de la “causalidad alternativa” o “múltiple” (también llamada de *resultados sobre-condicionados*, como se dijo), de la cual he comentado hasta ahora varios ejemplos de naturaleza dolosa, paso a examinar a continuación la modalidad denominada de *causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado*<sup>43</sup> en la cual se trata de atribuir la responsabilidad por la causación imprudente de un resultado.<sup>44</sup> Tales supuestos se caracterizan, además, porque para su resolución suele recurrirse a juicios hipotéticos (como al propio método de la *CSQN*) a efectos de determinar cuál de los factores de riesgo concurrentes se ha materializado en el resultado.

Esos ejemplos de resultado sobre-condicionado o causalidad alternativa *imprudente* pueden referirse bien a la concurrencia de varias infracciones del deber de cuidado por parte de diversos sujetos (*vid. infra*, casos 3 y 12), o bien a la confluencia de una infracción del deber de cuidado con un factor de riesgo natural (*vid. infra*, casos 5 y 11) o aportado imprudentemente por la propia víctima (*vid. infra*, caso 9), etc. Lo mismo puede afirmarse

respecto a los casos de resultado sobre-condicionado de forma *dolosa*, de modo que en ellos pueden sumarse varias conductas de riesgo por parte de diversos agentes (como ya hemos analizado en los casos 1 y 2, y veremos en el caso 10), o bien un comportamiento doloso con un factor natural o con la auto-puesta en peligro de la víctima (*vid. infra*, caso 6), etc.

Entre dichos casos nos encontramos con un ejemplo paradigmático y muy discutido, que *ha hecho historia dentro del derecho penal*:<sup>45</sup> a saber, el famoso “caso del ciclista”, enjuiciado por el Tribunal Supremo alemán (BGH) mediante Sentencia de 25 de septiembre de 1957.

Caso 3. El conductor del camión transportador X, que llevaba un semirremolque enganchado en la parte de atrás, adelanta al ciclista y que estaba en considerable estado de embriaguez (con una tasa de alcohol en sangre de 1,96/100), desde una distancia lateral de entre 75 y 100 centímetros (en lugar de los 150 a 200 centímetros que tendría que haber guardado distancia con dicho ciclista). Este último cae bajo las ruedas delanteras del remolque que transportaba X y sufre un aplastamiento del cerebro que le produce la muerte. Durante el proceso judicial, por tales hechos, uno de los peritos indicó que es característico de ciclistas fuertemente ebrios no percibir el ruido del motor de otros vehículos hasta que los mismos se aproximan, y que, entonces, cuando oyen repentinamente acercarse a esos vehículos por detrás (justo en el momento del adelantamiento) suelen experimentar una intensa reacción de pánico que les lleva a orientar bruscamente las ruedas de su bicicleta “desordenada e irrazonablemente” en la dirección de ese ruido (es decir, hacia la izquierda, hacia el carril del otro vehículo, como ocurrió en este caso);<sup>46</sup> y esta apreciación por parte del perito fue aceptada por el BGH como una

<sup>43</sup> Martínez Escamilla, M., en “*Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?*”: *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein Spanisch-Deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (edit. por Gimbernat, E., Schönemann, B. y Wolter, J.), VVAA, Müller, 1995, pp. 37 a 46 (40), señala, de la misma forma que aquí se defiende (y remitiéndose a *Silva Sánchez*), que en estos casos “se trata de un problema de concurrencia de riesgos en el marco de un curso causal que conduce al daño” (el subrayado es mío).

<sup>44</sup> Acerca del contenido de esa infracción del deber de cuidado y de su posición dentro del tipo de injusto y de la culpabilidad en el marco de los delitos imprudentes, *vid. Zugaldía Espinar, “La infracción...”, cit.*, pp. 327 y ss.

<sup>45</sup> *Vid. Puppe, “Brauchen wir...”, cit.*, p. 287.

<sup>46</sup> *Vid. por todos Roxin, Derecho penal..., cit.*, p. 379, marginal 72; Puppe, I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, Nomos, Baden-Baden, pp. 95 y ss. (en español, *La imputación..., cit.*, pp. 77 a 79); Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Cancio Meliá, M.), Grijley, Lima, 1998, p. 113; Mir Puig, *Derecho Penal..., cit.*, pp. 307 y siguientes, marginales 63 y 66; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 448 a 450, así como en “*Tema 13...*”, *cit.*, pp. 244 y 245; Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, pp. 113, 117, 124, 129, 131, 134 y 135.

### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

prueba favorable a la absolución del conductor. En cambio, no se tuvo en cuenta que el ciclista no fue a caer bajo las ruedas delanteras del camión tractor, sino bajo las ruedas delanteras del remolque, de modo que, en el momento en el que dicho ciclista se precipitó al suelo, el conductor ya había iniciado la maniobra peligrosa de adelantamiento.<sup>47</sup>

Como ejemplo de *causalidad múltiple de varias infracciones del deber de cuidado*,<sup>48</sup> este suceso resulta especialmente complejo, pues el BGH no fue capaz de determinar el porcentaje de riesgo aproximado aportado por cada uno de los dos comportamientos.<sup>49</sup> Así, no logró demostrarse si fue el riesgo introducido por el conductor X, o bien el riesgo introducido por el propio ciclista con su embriaguez (en lo que sería una “autopuesta en peligro imprudente”) el que se concretó en el resultado de muerte; y tampoco pudo saberse si habían sido tal vez ambos riesgos los que, de forma cumulativa, se habían materializado en el resultado.

En todo caso, al término de dicho proceso judicial se dictaminó que, incluso aunque el conductor X hubiera mantenido la distancia de seguridad preceptiva al adelantar (*comportamiento conforme a derecho*), posiblemente no hubiera podido evitar el accidente, dado el estado de embriaguez en el que conducía el ciclista. A este respecto, el BGH hizo uso de la *teoría de la evitabilidad* en su versión moderada o intermedia (apartándose precisamente de su jurisprudencia

anterior y de la postura del tribunal de instancia)<sup>50</sup> según la cual procedía absolver al imputado siempre y cuando se confirmase que, *con una alta probabilidad* (y ya no necesariamente *con certeza*), la muerte del ciclista *también* se habría producido aunque dicho conductor hubiera actuado conforme a derecho (es decir, que *muy probablemente el conductor no habría podido evitar el resultado* incluso actuando con diligencia).<sup>51</sup> Puesto que no fue probado de modo suficiente, entonces, que el atropello hubiera podido evitarse con un adelantamiento correcto, el conductor del camión resultó absuelto merced al principio *in dubio pro reo*.<sup>52</sup>

En ejemplos como este, así como en otros similares de resultado *sobre-condicionado*, nos encontramos, por tanto, con varias conductas contrarias al deber de cuidado, las cuales supuestamente podrían haber constituido por igual causas suficientes del resultado. Dicho de otro modo: cuando cada uno de los factores de riesgo presentes en la situación (en ese caso el comportamiento del camionero y el del ciclista que se puso a sí mismo en peligro) representen un porcentaje o probabilidad elevado en cuanto a la producción del resultado, según tal teoría de la evitabilidad, resultará injusto atribuir dicho resultado en particular a una de las conductas negligentes o descuidadas.<sup>53</sup>

Por otro lado, precisamente para corregir en parte los resultados de dicha teoría de la evitabilidad en

<sup>47</sup> Vid. Puppe, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil I”, *Zeitschrift für das Juristische Studium* (ZJS, www.zjs-online.com), *Strafrecht*, 5/2008, p. 495; de la misma, *La imputación...*, cit., p. 77.

<sup>48</sup> Vid. Puppe, “Brauchen wir...”, cit., pp. 288 y 289, comentando que, sorprendentemente, ni los defensores de la teoría de la evitabilidad (entre ellos y fundamentalmente, el BGH) ni los de la teoría del incremento del riesgo se habían dado cuenta hasta entonces (2001) de que este caso concreto encierra dicha causalidad múltiple. Después, en 2008 (“Die Lehre...”, cit., pp. 495 y 496), Puppe ha acabado considerando tal contexto como de causalidad “doble” (es decir, cumulativa).

<sup>49</sup> Sobre el fracaso tanto de la teoría de la evitabilidad como de la teoría de la equivalencia de las condiciones en este ejemplo, vid. ampliamente Puppe, “Brauchen wir...”, cit., pp. 289 a 291.

<sup>50</sup> Vid. Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., pp. 114, 115 y nota 4: hasta llegar a este caso juzgado en 1957, el BGH había sostenido la versión más restrictiva de la teoría de la evitabilidad, ya acuñada en su día por el *Reichsgericht*, según la cual, para absolver al sujeto autor del comportamiento descuidado era preciso demostrar que el comportamiento opuesto, conforme a Derecho, habría producido el mismo resultado *con seguridad* o *con una probabilidad rayana en la certeza*.

<sup>51</sup> A su vez, la variante más generosa o amplia de la teoría de la evitabilidad, mediante la que se absolvería en un mayor número de casos, exige, a fin de condenar al imputado, que conste con seguridad rayana en la certeza (lo cual tendría que ser demostrado por la acusación) que, en caso de comportamiento conforme a Derecho no se habría producido ese mismo resultado, sino un desenlace distinto. Sobre ello, vid. Martínez Escamilla, “Relevanz...”, p. 38; Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., p. 115.

<sup>52</sup> Vid. Jakobs, *La imputación...*, cit., p. 113. Defiende la misma solución que el BGH Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 308 y 309, marginales 66 y 68.

<sup>53</sup> Por ejemplo, podría citarse el caso del “suicida X” o del “niño distraído Y”, los cuales se arrojan de forma repentina y totalmente imprevisible a las ruedas del turismo conducido por Z (quien iba circulando a velocidad superior a la permitida), sufriendo graves lesiones. Vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., § 11, p. 387, marginal 75; Puppe, *Die Erfolgshaftung...*, cit., pp. 83 y ss.



casos como este del ciclista y otros similares,<sup>54</sup> Roxin planteó su teoría del incremento del riesgo.<sup>55</sup> Este autor situó el estudio de tales casos dentro de la constelación que él denominó de “comportamientos alternativos conformes a derecho”, para los que *a priori* habría que negar el cumplimiento del segundo requisito de la imputación objetiva: la “concreción del riesgo en el resultado”.<sup>56</sup>

De acuerdo con esa teoría del incremento del riesgo, sin embargo, aquellas conductas que pese a no implicar todavía demostradamente una eficacia causal del 99% (como exigía la teoría de la evitabilidad) hubieran creado un *riesgo jurídicamente desaprobado* y, a su vez, hubieran incrementado de un modo sustancial la probabilidad de causación del resultado, se les podría imputar dicho resultado lesivo. En sentido contrario, aquellas otras conductas que en la situación concreta, *no hubieran incrementado el riesgo* de producción del resultado, no deberían responder por el mismo aunque hubieran creado un riesgo *jurídicamente no permitido*, dado que dicho resultado se habría producido en tales circunstancias de todos modos, con o sin un *comportamiento alternativo conforme a derecho*.<sup>57</sup> De acuerdo con ese planteamiento, suponiendo que el ciclista hubiera sido el verdadero causante del accidente de forma directa, podría afirmarse que el conductor del camión no habría incrementado el riesgo existente, pues resulta imposible incrementar un riesgo de producción del resultado que ya sea del 100%.<sup>58</sup>

A juicio de Roxin, empero, en este “caso del ciclista” hubiera sido obligatorio condenar al conductor

del camión: a saber, un comportamiento correcto por su parte habría *posiblemente* (aunque no con toda seguridad) salvado la vida del ciclista, y en ese sentido, al no guardar la distancia de separación debida y haber superado así el nivel del riesgo permitido habría “incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal”. De esa manera, insiste Roxin, el resultado de la muerte del ciclista es imputable a la acción del conductor como realización de un riesgo prohibido, sin que exista ningún motivo para exonerarle, pues él, con independencia de la actuación del ciclista (y de lo que hipotéticamente hubiera ocurrido en caso de un adelantamiento correcto), no se ha mantenido dentro del riesgo legalmente permitido (riesgo real que, en efecto, existe en todos los adelantamientos, y que se tolera hasta tanto se mantenga en los límites legalmente autorizados). En definitiva, *todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor*.<sup>59</sup> Además, continúa Roxin, el legislador ha de insistir en que se cumpla la norma de cuidado (en este caso, adelantar con la debida distancia de seguridad) también allí donde su observancia aumenta claramente la posibilidad de salvaguardar el bien jurídico, pero no garantiza esto con absoluta seguridad.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Si bien, la teoría de la evitabilidad sigue siendo mayoritaria, con mucho (*vid.* Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, p. 114).

<sup>55</sup> Expuesta por primera vez en su artículo, ya mencionado, “*Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*” (ZStW 74 (1962)). Expresamente en contra de la argumentación del BGH en este caso del ciclista, *vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 380, marginal 74.

<sup>56</sup> *Vid.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 379 y ss., marginales 72 y ss.

<sup>57</sup> *Vid.* Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, § 11, pp. 386 y ss., marginales 73 a 83, 88 a 103; también Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, pp. 128 y 132. Se hablará de ello más adelante: *vid. infra*, V.2. De forma más extensa sobre los “comportamientos alternativos conformes a Derecho”, véase Küper, W., “*Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*”, en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 1987, p. 247 a 288 (275 y ss.); Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, *cit.*, pp. 38 y ss.

<sup>58</sup> En este sentido, *vid.* Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, pp. 291 y 295, y en *La imputación...*, *cit.*, p. 78; también Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 387, marginal 75.

<sup>59</sup> *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 379 y 380, marginales 72 y 73.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 380 y 381, marginal 75; así como en *Strafrecht...*, *cit.*, p. 396, marginal 99. A mi juicio, de cualquier forma, si por lo que aboga Roxin en este contexto, como creo, es por que el legislador tipifique las tentativas imprudentes en un mayor número de situaciones, así debe exigirlo, mas no puede pretender que los órganos judiciales se arroguen la facultad de castigar tales conductas aun sin estar las mismas expresamente previstas en el articulado penal; de la misma opinión, *vid.* Jakobs, *Strafrecht...*, *cit.*, pp. 236 y 237, marginales 98 y 102; del mismo, *La imputación...*, *cit.*, p. 117; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 309 y 310, marginal 70. Y en otro caso, una respuesta a ese planteamiento de Roxin podría ser el recordar que muchas de tales conductas contrarias a la norma de cuidado recibirán su pertinente sanción por la vía administrativa, sin que la abstención del juzgador penal, por consiguiente, signifique que queden totalmente impunes y, por tanto, sin valor o vigencia la norma de cuidado infringida.



### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

#### \* Conclusión parcial:

De cualquier forma, podemos observar cómo este supuesto de posible causalidad alternativa o resultado sobre-condicionado no queda resuelto, al parecer, con las herramientas habituales propias de la causalidad (a saber, esencialmente con la teoría de la equivalencia y la *conditio sine qua non*). Por el contrario, se ha de resolver respondiendo a la pregunta *fáctica* (sobre los hechos fácticos) acerca de *cuál es el riesgo, de entre los que concurren en la situación, que en verdad se ha concretado en el resultado*,<sup>61</sup> siendo tal una cuestión que, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, corresponde a su segundo paso o elemento.

En este punto conviene apuntar que la teoría del incremento del riesgo de Roxin ha recibido una serie de objeciones por parte de la doctrina.<sup>62</sup> En particular, Jakobs le reprochó el haber ido más lejos de lo necesario, permitiendo que riesgos solo de baja magnitud o moderados fueran supuestamente suficientes para imputar el resultado a sus creadores.<sup>63</sup> En opinión de Jakobs esto resulta inadmisibles, porque por regla general todavía se distingue entre lo que sea un delito consumado y lo que sea una tentativa acabada (además de que esas dudas que eventualmente existan sobre la relevancia de un incremento del riesgo para la causación del resultado no pueden actuar *en contra del reo*).<sup>64</sup> Si, como parece proponer Roxin, afirmáramos lo contrario, entonces ello querría decir que, en determinados ámbitos, casi arbitrariamente y en contra de la regla vigente en to-

dos los demás casos se estaría castigando la tentativa imprudente.<sup>65</sup>

A su vez, en opinión de bastantes expertos de la doctrina penal (más bien desde una posición crítica hacia Roxin), a efectos de afirmar la imputación no solo se debe comprobar *ex ante* la peligrosidad del comportamiento del sujeto, sino que también se debe constatar desde una visión *ex post* que en el resultado se haya concretado precisamente ese riesgo que se esté evaluando y no otro cualquiera.<sup>66</sup> De acuerdo con autores como Ulsenheimer,<sup>67</sup> Mir Puig<sup>68</sup> o Koriath,<sup>69</sup> en efecto, Roxin y sus seguidores habrían pasado por alto tal aspecto, insistiendo fundamentalmente en una evaluación *ex ante* del caso, lo cual habría conducido a una tautología. Y es que, precisamente si escogemos una perspectiva *ex ante* habrá que afirmar que se ha producido un incremento intolerable del riesgo cada vez que se haya infringido una norma de cuidado, pues de ese modo siempre se habrá traspasado el nivel del riesgo permitido.<sup>70</sup> Por último, Jakobs efectúa una curiosa propuesta sobre cómo interpretar el punto de vista *de Roxin*: a saber, se trataría de entender los delitos de resultado, en este ámbito de los “resultados sobre-condicionados” (es decir, en los casos de causalidad múltiple), como “delitos de peligro condicionados por el resultado”, o sea, como delitos de peligro “con una condición solo objetiva de la tipicidad”. Y, sin embargo, esto resultaría prácticamente incompatible con los requisitos respecto al dolo o la imprudencia, por lo que no se puede admitir.<sup>71</sup>

Roxin, por su parte, se defiende de esta objeción (a mi juicio, débilmente y sin éxito) sosteniendo que “la imputación de un resultado al tipo objetivo siempre se produce solamente mediante una puesta en peligro crea-

<sup>61</sup> En sentido parecido, *vid.* Martínez Escamilla, “Relevanz...”, *cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>62</sup> Y también ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia alemana, como señala Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, p. 118, y admite Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 383, marginal 80.

<sup>63</sup> *Vid.* Jakobs, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 237, marginal 102; del mismo, *La imputación...*, *cit.*, p. 114.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 236 y 237, marginales 100, 101 y 102; *ibidem*, pp. 114 a 117. Roxin se refiere a esta crítica recurrente contra su teoría en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 381, marginal 76; así como también lo hace su discípulo Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 29, marginal 36, y su seguidor Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, pp. 122 y ss.

<sup>65</sup> *Vid.* Jakobs, *Strafrecht...*, *cit.*, pp. 235 a 237, marginales 98, 101 y 102; del mismo, *La imputación...*, *cit.*, pp. 114, 115 y 117.

<sup>66</sup> Con tal criterio, véanse por todos Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, p. 42; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 68. También Roxin, en realidad, sostiene que es precisa dicha valoración del caso *ex post* para comprobar la realización del peligro en el resultado (en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 381, marginal 77).

<sup>67</sup> *Vid.* Ulsenheimer, K., “Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte”, en la revista *Juristen Zeitung*, n° 11/12, 1969, pp. 364 a 369 (366, apartado III).

<sup>68</sup> *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 69.

<sup>69</sup> *Vid.* Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 88, 89 y 90.

<sup>70</sup> *Vid.* Koriath, *ibidem*; Ulsenheimer, “Erfolgsrelevante...”, *cit.*, p. 366.

<sup>71</sup> *Vid.* Jakobs, *La imputación...*, *cit.*, p. 115; del mismo, *Strafrecht...*, *cit.*, pp. 236 y 237, marginales 99 y 101; *vid.* sobre esto también Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 309 y 310, marginal 70.

da por el autor”;<sup>72</sup> con ello parece querer recordar que la imputación del resultado a la acción en los casos de incremento del riesgo (como el del ciclista) siempre presupone que se haya creado dicho riesgo desaprobado, cumpliéndose así el primer requisito de la imputación objetiva. Sin embargo, no negamos ese aspecto y ello no es precisamente lo que aquí se discute, pues el requisito que se pasa por alto en el planteamiento roxiniano no es el riesgo desaprobado, que efectivamente concurre en tales casos, sino la concreción de ese riesgo en el resultado que no habrá podido demostrarse. En el mismo sentido, insiste Roxin remitiéndose a Küper:<sup>73</sup> “ya se ha mostrado que, en los casos de conducta alternativa conforme a Derecho, concurriendo un incremento del riesgo se ha plasmado un riesgo prohibido en un resultado lesivo típico”.<sup>74</sup> No obstante, entiendo, en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho, como de nuevo el del ciclista, lo que no ha quedado demostrado es precisamente que ese riesgo prohibido ocasionado por el autor sea el que se haya plasmado en el resultado de lesión en lugar de los otros factores de peligro concurrentes. A continuación, reconociendo que en realidad es

precisa dicha valoración del caso *ex post* para comprobar la realización del peligro en el resultado,<sup>75</sup> Roxin sugiere (siguiendo la propuesta de su seguidor Schünemann<sup>76</sup>) que lo que se examine *ex post* sea si la norma de cuidado infringida sigue teniendo sentido por lo que se refiere a reducir el riesgo del resultado una vez que tengamos en cuenta el nuevo estado de conocimientos *a posteriori*; o si, en cambio, considerando todo lo que se sepa sobre el caso *ex post*, dicha norma ya se presenta como *inidónea o impracticable*.<sup>77</sup> Y en el primer supuesto, sigue Roxin, afirmaremos la imputación del resultado al autor, mientras que no lo haremos en el segundo supuesto.<sup>78</sup> Por lo tanto, parece que la perspectiva desde la que Roxin elige analizar los casos sigue estando centrada en el hecho de si se ha vulnerado o no la norma (creando así un riesgo desaprobado) y en la probabilidad estadística de que dicho riesgo haya aumentado el peligro mismo de que se produzca el resultado; sin embargo, continua eludiendo la determinación sobre si dicho riesgo es el que se ha materializado efectivamente, sobre si ha sido el factor de peligro preponderante en la situación.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 76; vid. igualmente, defendiéndose de tales críticas, “*Streitfragen bei der objektiven Zurechnung*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733 (728). De forma parecida, vid. Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., pp. 122 y 123.

<sup>73</sup> Vid. Küper, “*Überlegungen...*”, cit., p. 286.

<sup>74</sup> Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 76.

<sup>75</sup> Así, en *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 77.

<sup>76</sup> Schünemann, B., propuso esta revisión de la teoría de Roxin, en cuanto al criterio que debía emplearse para detectar el incremento del riesgo, en “*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*”, revista *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1975, pp. 652 y ss.

<sup>77</sup> Emplea un criterio semejante Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., pp. 128, 132, 134 y *passim*; en cambio, en contra vid. Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., p. 43.

<sup>78</sup> Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 77; críticos hacia este planteamiento, vid. Ranft, O., “*Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom <rechtmässigen Alternativverhalten>*”, en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 25/1984, pp. 1425 a 1443 (1430); Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 237, marginal 101; Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 89 y 90.

<sup>79</sup> De la misma opinión, vid. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 309, marginal 69; también crítico con Roxin a este respecto, vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 236 y 237, marginal 101; del mismo, *La imputación...*, cit., pp. 116 a 118. En contra de estas críticas, y decididamente a favor de la postura roxiniana se pronuncia en la doctrina española Gimbernat Ordeig (en “*Teoría...*”, cit., pp. 130 a 132), el cual señala que los tribunales, diariamente y *con todo el sentido común*, condenan por ejemplo a los profesionales sanitarios en casos en los que estos, cometiendo imprudencias quirúrgicas, “*causan*” la muerte del paciente. De ese modo, ni los magistrados en el TS ni los de los tribunales inferiores, dice Gimbernat, “*se suelen plantear (...) la pregunta de qué es lo que habría sucedido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho*”; y “*en ninguna parte existen movimientos de reforma legislativa dirigidos a crear tipos penales que sancionen — como delitos de peligro...- las intervenciones quirúrgicas imprudentes con resultados lesivos*”. En definitiva, a su juicio la teoría roxiniana permite justificar la condena por resultados imprudentes en los casos de incremento del riesgo por encima del permitido, dado que lo decisivo para esa imputación es que dicho comportamiento correcto *podría haber evitado* el resultado, en cuanto que *las posibilidades de su causación*, si se hubiera mantenido el riesgo en el nivel todavía permitido, *habrían sido menores*. El caso de las imprudencias médicas a las que se refiere Gimbernat, sin embargo, es claramente peculiar respecto a otros, a mi juicio, pues los profesionales sanitarios ostentan una posición de garante la cual facilita que, de forma aparentemente razonable, se les pueda imputar responsabilidad jurídica por el resultado sobrevenido que ellos, en efecto, *no han evitado*. Distinta será la solución, en cambio, en otros ejemplos de conductas imprudentes en los que no se dé dicho deber de garante (y por tanto, no baste con demostrar que *no se ha evitado* el resultado, sino que haya que probar que *se ha causado*), y que concurren además en la situación concreta con riesgos procedentes de terceros o de la propia víctima. En efecto, imputar el resultado al médico parece moralmente más razonable precisamente porque el otro riesgo presente en la situación corresponde

### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

#### 4. 2. ¿Nos encontramos ante una cuestión consistente en resolver la causalidad material o ante la necesidad de efectuar una “ponderación normativa”? Opinión de Röh, Koriath y Volk

Como venimos apuntando, en el seno de la doctrina alemana suscitó un gran interés ese “caso del ciclista” y el modo en que el BGH optó por resolverlo, el cual fue objeto de numerosos comentarios. Así, a juicio en concreto de Lars Röh, en este caso estaríamos ante “un ejemplo de primer orden de sobre-condición positiva de un resultado”, es decir, ante “un complejo de causas”, pues “cada una de las conductas que preceden al resultado contiene en sí un riesgo completo, perfecto, de que se produzca el mismo”.<sup>80</sup> De ese modo, tanto el conductor del camión como el ciclista habrían ocasionado supuestamente un riesgo tan alto de producir el resultado, próximo al 100%, que cualquiera de ellos habría bastado *per se* para dar lugar al mismo. Por lo tanto, ambos representarían una condición *suficiente* para dicho resultado.<sup>81</sup>

A ese respecto, ciertamente la mayoría de los autores que comentaron en su día este “caso del ciclista” concluyeron, al contrario de lo sostenido por el BGH y precisamente del mismo modo que entendió Roxin, que el comportamiento del conductor había tenido un *significado causal* para la muerte del ciclista. A partir de aquí arguye Röh, sin embargo, que para tal sector doctrinal que afirma la causalidad seguirá siendo desde luego inexplicable, incomprensible, en qué consiste exactamente el contenido de esa llamada “concreción del riesgo en el resultado” que postula Roxin.<sup>82</sup> De hecho, sostiene Röh, hasta ahora ninguna teoría sobre la imputación objetiva ha conseguido dar con ese hallazgo, constatar qué significa tal “concreción”; y ello no es extraño, “pues no existe una concreción del riesgo más allá de la categoría de la

causalidad, y es un error buscar algo así todavía además de la causalidad”,<sup>83</sup> es decir, una vez que ya se ha encontrado y analizado esta.

En opinión de Röh, sin embargo, a la hora de resolver casos de resultado sobrecondicionado como el del ciclista, lo que se plantea es un problema *normativo*, y no un problema acerca de si hemos interpretado los hechos correcta o incorrectamente desde un punto de vista *naturalístico*, fáctico, material. Así pues, finalmente de lo que se trata es de *definir* (es decir, entender, de identificar) *uno de los riesgos que concurran en la situación como jurídico-penalmente determinante, con la ayuda de ciertas reglas adicionales*.<sup>84</sup> El problema, sin embargo, es que el propio Röh no indica cuáles pueden ser esas específicas *reglas* o criterios normativos *adicionales*, y tampoco otros autores, en principio, los nombran expresamente.

En parecido sentido se expresa Koriath: a saber, en tales supuestos de causalidad múltiple con varias conductas lesivas del deber de cuidado (imprudentes, aunque lo mismo se puede sostener para las conductas dolosas), ni la *conditio sine qua non* ni la teoría del incremento del riesgo de Roxin pueden aportar nada para una adecuada solución de los casos. Lo que Koriath denomina “el método de omitir mentalmente” (*hinwegdenk-methode*) de la teoría de la equivalencia (“qué pasaría si...”), *al que también se anuda el principio del riesgo* de Roxin y que es asimismo el empleado por el BGH para resolver este caso (“qué hubiera pasado si el conductor se hubiera comportado conforme a derecho...”), constituye, en última instancia, solo una pregunta acerca de la causalidad *empírica*, a través precisamente de una pregunta sobre la causalidad *ficticia*, hipotética. Pero dicha fórmula de la *CSQN* no funciona en ejemplos como el del ciclista,<sup>85</sup> pues no es capaz de diferenciar entre el peso que corresponda a cada uno de los factores causales

---

a causas aleatorias o azarosas, pese a que no pueda demostrarse fehacientemente (pues ya hemos dicho que la teoría de Roxin *no puede hacerlo*) que haya sido ese riesgo creado por el facultativo con su mala praxis, y no la debilidad aportada por el paciente, el factor preponderante, aquel que realmente se haya materializado en el resultado de lesión o muerte para este último. En definitiva, la argumentación de Gimbernat, aun siendo bastante elocuente, tampoco logra resolver de raíz la carencia fundamental de la teoría del incremento del riesgo, la cual no es capaz de resistir esa dura objeción que le ha realizado un importante sector de la doctrina. De la misma opinión, por todos, Jäger; *Examens-Repetitorium...*, cit., pp. 29 a 31, marginal 37 y 39; Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 85 a 96.

<sup>80</sup> Vid. Röh, L., *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, edit. Lang, Fráncfort, 1995, pp. 145 y ss., 150.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>82</sup> También en algún momento admite Puppe, *La imputación...*, cit., p. 13, que “*resulta bastante impreciso qué constituye un riesgo prohibido y cómo se manifiesta la relación entre este riesgo prohibido y el resultado cuando el riesgo prohibido se ha realizado en el resultado.*”

<sup>83</sup> Röh, *Die kausale Erklärung...*, cit., pp. 22 y 23.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 147 y ss.

<sup>85</sup> Sobre ello véase Puppe, “*Brauchen wir...*”, cit., pp. 288 y 289, 291, 294 y 295; también en *Die Erfolgsgzurechnung...*, cit., pp. 95 y ss.

en concreto, de modo que todos aparecen como equivalentes, con el mismo valor. Por lo tanto, entiende Koriath, tales casos solo se van a dejar solucionar por medio de una valoración o una ponderación, necesariamente.<sup>86</sup> Pero, ¿en qué puede consistir esa valoración?, ¿cómo podría formularse tal ponderación? Pues tampoco Koriath da una contestación directa a esta pregunta, sino que la deja “en el aire”.<sup>87</sup>

Algo parecido piensa Volk quien formula, a propósito de la causalidad, el principio que él denomina “de plausibilidad”: según este, a fin de poder afirmar el nexo de causalidad entre una conducta y un resultado, en general es suficiente con que un determinado factor haya conducido probablemente a que se produzca un daño para el bien jurídico (argumento que sin duda recuerda al criterio roxiniano del “incremento del riesgo”). A juicio de Volk, sin embargo, en esos supuestos (como el del ciclista) que él llama de “co-causación”, dicho principio “de plausibilidad” no funciona; y ello porque ya no es posible decidir solamente echando mano de probabilidades cuál de las causas alternativas, es decir, de los factores a tener en cuenta, ha ocasionado de verdad el resultado,<sup>88</sup> y en particular, si todos esos factores se han potenciado recíprocamente (en lo que llamamos causalidad acumulativa) o si, por el contrario, se han excluido unos a otros (en lo que sería una causalidad alternativa).<sup>89</sup>

*\* Conclusión parcial:*

De cualquier modo, llegado este punto, comenzamos ya a vislumbrar el auténtico problema que se nos plantea: a saber, ¿de qué forma se resuelven casos como estos de causalidad múltiple, en los que encontramos dificultades para dilucidar la cuestión de la “concreción del riesgo en el resultado”? Y en general,

¿qué relación existe entre la resolución del problema de la causalidad, por un lado, y la determinación de cuál es el factor de riesgo que se haya concretado en el resultado, por el otro? ¿Son, como puede parecer, la misma cuestión? ¿Podemos seguir empleando la *CS-QN*, o bien debemos utilizar algún otro criterio válido que nos aclare la causalidad empírica?, ¿o bien, corresponde efectuar una *ponderación* entre factores de riesgo, en realidad *normativa* pero basada en las circunstancias fácticas?

*4.3. Puppe y su teoría del “riesgo superior al 0%” y la doble causalidad*

A propósito de la determinación del nexo causal y de la imputación objetiva, en general, destaca asimismo la opinión de Puppe: considera que el primer paso para la imputación del resultado consiste en la relación efectiva, causal, que ha de existir entre las cualidades de contrariedad al deber del comportamiento del autor y el acaecimiento del resultado. De ese modo, frecuentemente los casos se deben resolver primero en el ámbito de la causalidad, sin esperar al ámbito de la imputación objetiva, y además centrandolo la atención no en un hecho ficticio, sino en el curso causal que efectivamente se haya producido. Y dicho curso causal, desde el punto de vista metodológico, ha de ser constatado precisamente en el plano de la causalidad.<sup>90</sup>

A su vez, en concreto para los supuestos de causalidad múltiple (y al contrario de lo que indica la teoría de la evitabilidad, que conduce a la absolucón), entiende Puppe que cada uno de los sujetos cuyo comportamiento resulte contrario a la norma de cuidado y, de esa forma, haya creado un riesgo suficientemente elevado para explicar por sí solo el resultado (incluso

<sup>86</sup> *Ibid.* Koriath, pp. 93 a 96, 119, 151.

<sup>87</sup> Compruébese *ibidem*, p. 96.

<sup>88</sup> *Ibid.* Volk, K., “Kausalität im Strafrecht. Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8.1995”, en la revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), n° 3/1996, pp. 105 a 110 (109 y nota al pie n° 37).

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 109. En la doctrina española, ha reconocido por ejemplo Gimbernat, en “Teoría...”, *cit.*, pp. 128, 129, 134 a 136, que existen ciertos casos como este del ciclista en los que *la teoría del incremento del riesgo necesita, efectivamente, una corrección*, de lo cual Roxin *no parece ser consciente*. Y así, en el mencionado ejemplo entiende Gimbernat que existe una *duda razonable* acerca de que un eventual comportamiento correcto por parte del conductor hubiera podido verdaderamente disminuir el riesgo (de modo que tanto su conducta imprudente como la del ciclista podrían haber supuesto un peligro igual de atropello), por lo que resulta más apropiado absolverle del homicidio imprudente del que se le acusaba. En supuestos como este, por tanto, el nivel del riesgo permitido que se establece ponderadamente *para la generalidad de los casos en abstracto* puede quedar alterado debido a la concurrencia en el caso concreto de una circunstancia especial, la cual hará que surjan dudas sobre la validez de dicha regla.

<sup>90</sup> *Ibid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.*, pp. 4 y ss., 8 y 9.



*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

del 100%), tendría que responder penalmente; y ello también aunque dicho riesgo concurriera en la situación con otros peligros igualmente elevados que, de ese modo, hipotéticamente excluyeran su eficacia.<sup>91</sup> En realidad, de acuerdo con Puppe, tendrían responsabilidad penal cada uno de los participantes en la situación cuya conducta hubiera introducido un riesgo superior al 0%,<sup>92</sup> pero sin que bastara, evidentemente, ese simple incremento del riesgo para imputar el resultado, sino que, en el marco de los delitos imprudentes, sería necesario que precisamente esa conducta descuidada del autor *hubiera sido causal para dicho resultado*.<sup>93</sup>

Por lo tanto, en opinión de Puppe, tal explicación del caso de acuerdo con reglas de probabilidad no sería completa, íntegra, hasta que no reuniera *todas aquellas partes o elementos que, según las correspondientes reglas generales de la probabilidad, hubieran influido* en la posibilidad de que aconteciera el resultado.<sup>94</sup> De hecho, en los supuestos de causalidad múltiple, según Puppe se trata de aportar varias explicaciones causales: es decir, varias condiciones mínimas suficientes (según reglas naturales) para el resultado que solo son idénticas entre sí en parte, de manera que aquellas partes que no son idénticas se pueden sustituir recíprocamente sin que deje de explicarse suficientemente el resultado. Por ejemplo, en el caso del ciclista, supongamos que la embriaguez de dicho ciclista y la escasa distancia de seguridad en el adelantamiento pudieran intercambiarse mutuamente, de modo que el factor que se mantuviera estable siguiera dando lugar a una condición suficiente del resultado contando con el resto de las circunstancias de la situación.<sup>95</sup>

A mi juicio, de cualquier forma, cuando Puppe exige que una explicación del caso sea íntegra (con todas aquellas partes que, según las reglas de probabilidad, hubieran influido en la posibilidad del resultado), ella no está haciendo otra cosa que la misma operación realizada con

la *CSQN* que es la de recabar todos aquellos factores más o menos significativos, y por tanto, más o menos causales y que realmente que contribuyan con un tanto por ciento de probabilidad al acontecimiento del resultado. Así pues, considero que en este punto Puppe está incurriendo en la misma incongruencia que los otros autores al no reconocer abiertamente que, en el llamado caso “del ciclista” y en otros muchos de causalidad, de lo que se trata es de efectuar una ponderación más o menos intuitiva entre los diversos factores de riesgo, a fin de decidir a cuál corresponderá el tanto por ciento más alto de probabilidad de causar el resultado y, por consiguiente, cuál de ellos será el que se haya “concretado” en este. Precisamente la propia autora admite que, para establecer una causalidad basada en las reglas de la probabilidad, no se dispone de ningún método lógico de modo que “no queda otra que buscar leyes (de probabilidad) apropiadas, sobre la base del conocimiento teórico empírico, y comprobar si se han dado sus requisitos”.<sup>96</sup>

Además, el método que emplea Puppe para averiguar el curso causal real no se aleja tanto del método propuesto por la teoría del incremento del riesgo y que ella en cierto modo critica (es más, no se aleja tanto de la *CSQN*). A saber, el argumento inventado por Puppe para evaluar la naturaleza causal de la conducta de un sujeto consiste en mantener mentalmente la actuación de este en la forma real en la que se haya llevado a cabo y suponer al mismo tiempo (hipotéticamente) que los otros participantes imprudentes se hubieran comportado, en verdad, conforme a derecho. Bajo tales premisas, si el resultado hipotéticamente se siguiera produciendo, ello querría decir que la conducta del sujeto sería causal para dicho resultado.<sup>97</sup> Podemos observar, en definitiva, como la teoría del incremento del riesgo de Roxin (basándose en la *CSQN*) propone exactamente el criterio opuesto: es decir, sustituir mentalmente solo la conducta del sujeto por otra conforme a derecho y comprobar si, de esa forma, el resultado desaparece o si, al menos, el riesgo disminuye. Por consiguiente, el planteamiento de Puppe sigue apoyándose en un punto de vista *hipotético*.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 8, 90, 99 in fine y 100; también en “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 292. En el mismo sentido, *vid.* Ranft, “*Berücksichtigung...*”, *cit.*, p. 1430; en contra, Röhl, *Die kausale...*, *cit.*, pp. 30 y 31.

<sup>92</sup> *Vid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.*, pp. 90 in fine y ss., 100 y 101. Opina lo contrario Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 28 a 30, sobre todo marginales 37 y 39.

<sup>93</sup> *Vid.* Puppe, *ibidem*, pp. 92 a 94.

<sup>94</sup> Véase Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 305.

<sup>95</sup> *Vid.* Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>97</sup> *Vid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.* (2008), pp. 84 y 85, 89 y 90, 97.



A propósito del mismo caso del ciclista, más recientemente Puppe ha sostenido con claridad que puede imputarse al conductor del camión la responsabilidad por el resultado: esta autora entiende que ambas infracciones del deber de cuidado, tanto la cometida por la víctima (conducir ebrio) como la cometida por el conductor (adelantar con una distancia de seguridad demasiado exigua) compondrán de forma conjunta e inseparable una causa *necesaria y suficiente* del accidente mortal (de ahí que se trate, constata ella, de un caso de *doble causalidad*,<sup>98</sup> aunque, en realidad, del modo en que lo está configurando se trataría de un ejemplo de causalidad *cumulativa*). Así pues, para Puppe, de acuerdo con las pruebas practicadas en el proceso y con la certeza que se pudo obtener en el mismo, tanto la conducta del uno como la del otro arrojarían por separado, de forma aislada entre sí, una probabilidad de concurrencia del resultado *inferior* al 100% (ninguna de ellas, por tanto, considerada en sí misma, representaría una condición necesaria ni suficiente del resultado); en efecto, solo conjuntamente ambas lesiones del deber de cuidado dan lugar a tal probabilidad del 100%, sin que importe, en este caso, cuál haya sido exactamente la distribución numérica de porcentajes entre uno y otro factor (en opinión de Puppe, de hecho, en contextos de *doble causalidad* como este ni siquiera sería necesaria la teoría del incremento del riesgo de Roxin para fundamentar la causalidad ni la imputación del resultado, una vez que ya se hubiera verificado dicha causalidad).<sup>99</sup>

En tal sentido, dice Puppe, precisamente del hecho de que se haya producido el resultado letal no puede deducirse (como en ocasiones erróneamente se hace) que el riesgo introducido por el ciclista o por el conductor deban ser necesariamente del 100%: pueden ser, en verdad, inferiores, ya que también un curso

causal no determinado del todo (sino solo basado en una probabilidad de que se produzca el resultado del 70, del 50% o menos) va a conducir finalmente a alguna consecuencia (y en la práctica, ello sucede continuamente, como sabemos). Por consiguiente, si el riesgo creado por el ciclista fue inferior al 100% (aunque elevado), la actuación del conductor del camión todavía podía incrementarlo, como así ocurrió.<sup>100</sup>

En definitiva, ambos comportamientos descuidados constituirían *partes imprescindibles de la condición verdadera y suficiente* del accidente letal, de manera que “ninguno de los participantes se puede exonerar en virtud de la lesión de deber de cuidado del otro”. Y particularmente no podría disculparse el conductor alegando que existía una cierta probabilidad de que el ciclista también se hubiera precipitado bajo las ruedas del remolque, aunque él le hubiera adelantado con la distancia legalmente exigida.<sup>101</sup>

### \* *Conclusión parcial:*

De esta forma, en realidad Puppe está abogando por un concepto probabilístico, estadístico, de causalidad en el ámbito jurídico.<sup>102</sup> Y como se puede observar y seguirá poniendo de manifiesto en los siguientes apartados, la resolución de los supuestos de causalidad múltiple se sustenta en una ponderación entre los diversos factores de riesgo, a fin de identificar cuál es, o cuáles son, aquel o aquellos que se han concretado en el resultado. Se trata, por tanto, de hallar esa *condición necesaria y suficiente*, como indica Puppe (causa eficiente) que logra explicar por qué se ha producido el resultado. En consecuencia, nos situamos *todavía en el plano de la causalidad*, que no se ha abandonado en ningún momento.<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Acuñó este concepto ya en 2001: *vid.* Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 288, 291, 294 y 295.

<sup>100</sup> *Vid.* Puppe, *La imputación...*, *cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>101</sup> Puppe, “*Die Lehre...*”, *cit.*, pp. 495 y 496; también en “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

<sup>102</sup> *Vid.* Puppe, *La imputación...*, *cit.*, pp. 8 y 9, 79. Sobre este concepto, véase asimismo Rolinski, K., “<Statistische Kausalität> im Strafrecht?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 483 y ss. (494 y 495).

<sup>103</sup> Una idea muy parecida a la planteada por Puppe parece proponer Jäger, en “*Die notwendige Bedingung...*”, *cit.*, pp. 355 y 356, 363 y 364 y nota al pie n° 70, cuando indica que, a la hora de determinar el nexo de causalidad, el procedimiento correcto consiste en hallar aquellas partes integrantes del desarrollo de los hechos que han conducido a un resultado, y que, al mismo tiempo, son partes del acontecimiento en su conjunto. Así, el análisis de la causalidad consistiría en asignar a un determinado resultado aquellos acontecimientos que le han precedido y que, junto con él, conforman el suceso completo que ha tenido lugar (de la misma forma, entiendo, en que lo hace la teoría de la condición: *vid.* a este respecto Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 15 y 19). El problema que a mi juicio esta tesis plantea, sin embargo, es que en Derecho Penal no se imputan resultados a acontecimientos ni a cursos causales completos, sino a *acciones u omisiones*

### Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

#### 4.4. Otro punto de vista sobre cómo se determina la “concreción del riesgo en el resultado”: Jakobs

De acuerdo con la opinión de Jakobs, en tales casos de *resultado sobre-condicionado* como “el del ciclista”, el resultado lesivo solo podrá ser imputado a aquel riesgo que, en la situación dada, haya sido el primero en completarse: es decir, el primero en alcanzar un grado de probabilidad del 100% de producción del resultado.<sup>104</sup> Para Jakobs, de hecho, la solución en ese ejemplo del ciclista va a depender de cuál de los dos factores de riesgo se haya completado antes: si el ciclista hubiera estado ya tambaleándose irremediablemente al tiempo en que el camionero comenzó a adelantarse, en el resultado se habría realizado el riesgo derivado de la embriaguez (y la insuficiente distancia en dicho adelantamiento constituiría solo una circunstancia acompañante). Y al contrario ocurriría si dicho camión ya no pudiera mantener una distancia de seguridad adecuada en el momento en el que el ciclista comenzó a “hacer eses” (como al parecer, ocurrió en realidad): entonces, dicho tambaleo solo implicaría una condición concomitante.<sup>105</sup>

Por otro lado, negando la utilidad de planteamientos hipotéticos a la hora de imputar el resultado,<sup>106</sup> Jakobs indica que aquel sujeto cuya conducta arriesgada se haya materializado verdaderamente en el resultado, en principio ya no podrá exonerarse de

responsabilidad simplemente alegando que él, hipotéticamente, a través de su comportamiento disconforme con el derecho habría al mismo tiempo protegido el bien jurídico frente a alguna otra fuente potencial de peligro.<sup>107</sup>

Por ejemplo, caso 4, “del verdugo” (de causalidad *hipotética*): si A mata al asesino de su hijo, B, estando dicho asesino ya condenado a muerte y esperando al día de la ejecución, dado que A no es el verdugo ni actúa legítimamente, responderá por homicidio. A no podrá exonerarse alegando que, de todos modos, B iba a morir poco después a manos del verdugo.<sup>108</sup>

Así ocurrirá también cuando nos hallemos ante un ejemplo de causalidad *alternativa* o de causalidad *hipotética* de una o varias infracciones del deber de cuidado. A saber, pese a que se indique que, supuestamente, incluso en caso de una conducta cuidadosa por parte del sujeto el resultado se hubiera producido de todos modos debido a la intervención de *otros* factores de riesgo, a juicio de Jakobs deberá responder penalmente el autor de aquella infracción que, según la valoración *ex post*, se haya concretado efectivamente en el resultado.<sup>109</sup> *Sensu contrario*, si no pudiera comprobarse judicialmente cuál de los riesgos se habría materializado, la solución correcta pasaría por

---

concretas. Por ello, a la hora de determinar a cuál de esas acciones atribuimos dicho resultado, en los casos de causalidad alternativa no queda otra opción que intentar dilucidar la causalidad empírica efectiva. El propio Jäger admite, a este respecto, que “*aunque la causalidad puede remontarse muy atrás en el pasado, a la hora de investigar dicha causalidad solo se van a tener en cuenta aquellos acontecimientos previos al acaecimiento histórico del resultado respecto de los que tenga sentido que sean jurídicamente imputados. No obstante, por supuesto, esto no impide que también otros acontecimientos puedan calificarse como causales*”. Y añade Jäger que “*la diferencia ente una circunstancia colateral y un auténtico factor causal solo se puede establecer normativamente*.” Con tal argumentación, empero, este autor está admitiendo que entre los “factores causales”, según su planteamiento, unos son *auténticos* y otros no, por lo que no todos resultan realmente causales para la aparición del resultado, sino que tal distinción tendrá que realizarse mediante una consideración valorativa. De esa forma, pues, Jäger reconoce (en el fondo) que el plano de la causalidad empírica y el de la reflexión valorativa (que se identifica con la imputación objetiva) corren a la par, se encuentran entremezclados.

<sup>104</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 230 y 231, marginales 83a y 84; con el mismo criterio, Hoyer, A., “*Kausalität und/oder Risikoerhöhung*”, en *Festschrift für H.-J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, edit. Luchterhand (edit. por Rogall, K., Puppe, I., Stein, U. y Wolter, J.), Múnich, 2004, pp. 95 a 105 (103 y 104); en contra se manifiesta Röth, *Die kausale Erklärung...*, cit., pp. 42 y 43.

<sup>105</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 231, inclinándose, al parecer, por declarar la responsabilidad por homicidio del camionero, pues habría sido el riesgo introducido por este el que se habría materializado en el resultado (ver p. 235, marginal 98 y nota al pie n° 146).

<sup>106</sup> Al igual que han hecho en la doctrina española autores como Martínez Escamilla (vid. “*Relevanz...*”, cit., pp. 39, 41 y 42, 44, 46).

<sup>107</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231, 234 y 235, marginales 83a, 92 a 95. En sentido parecido, vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., capítulo (§) 11, marginales 23 y 59; Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1430; en contra, afirmando la relevancia de los cursos causales hipotéticos a la hora de determinar la imputación del resultado, Kaufmann, Arthur, en “*Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (edit. por Bockelmann, P. y Gallas, W.), edit. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1961, pp. 200 a 231 (229).

<sup>108</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 235, marginal 94.

<sup>109</sup> Con el mismo criterio, vid. Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., pp. 43 y 44.

exculpar al sujeto implicado en virtud del principio *in dubio pro reo*.<sup>110</sup>

*Caso 5.* El médico X, por error, administra al paciente Y para narcotizarle una dosis de cocaína, en lugar de la dosis de novocaína que debía haberle aplicado con ese fin. El paciente fallece. No obstante, se pone de manifiesto que Y posiblemente hubiera muerto incluso aunque se le hubiera administrado correctamente la novocaína, debido a una muy inusitada hipersensibilidad a la anestesia que este padecía (a saber, una no reducción de la glándula del timo) y que era irreconocible *ex ante* (Sentencia del RG alemán de 1926, n° 2302). En opinión de Jakobs (y en contra de lo que decidió en su día el RG), una vez determinado que ha sido el factor de riesgo “inyección de cocaína” el que se ha materializado en el resultado dentro del curso causal *real*, resulta irrelevante cualquier otro curso hipotético. Así pues, dicha concreción del riesgo en el resultado no decae por el hecho de que el resultado también se hubiera producido de haberse aplicado el método permitido (administración de novocaína).<sup>111</sup>

Con relación a los criterios de imputación sostenidos por Jakobs, se puede traer a colación otro ejemplo propuesto por él.

*Caso 6.* A administra a B una dosis letal de veneno, mezclada en un praliné de mazapán y caramelo. B engulle el dulce con tanta ansia y voracidad que este se le atasca en el esófago y le produce la muerte por asfixia. ¿Responderá A de este resultado? ¿Habrá sido la muerte de B una concreción del riesgo de envenenamiento introducido por A?

A juicio de Jakobs, no es posible en este caso imputar el resultado de muerte de B a la acción de A, sin embargo en el resultado acontecido no se ha realizado el riesgo de envenenamiento, sino el riesgo creado por la propia víctima al comer atropelladamente, que es el primero que se ha completado en la situación, alcanzando el 100% (el riesgo de envenenamiento, pese a ser *no*

*permitido*, no ha llegado a actuar en el resultado y, por tanto, no lo explica). En dicho contexto, por otro lado, el riesgo de atragantamiento que ha introducido A con la administración del bombón ha sido un riesgo *permitido*, el cual únicamente ha venido a acelerar o a intensificar la posibilidad de tal atragantamiento; y ese riesgo *permitido* no se convierte sin más en *no permitido* solo por el hecho de que A, en la práctica, no pudiera escindir fácilmente un riesgo del otro (pues ambos iban juntos).

A su vez, apunta Jakobs, se podría sostener que la víctima también se podría haber atragantado por engullir un dulce sin la intervención del autor, o bien antes, o al mismo tiempo, o después del suceso comentado; o quizás no habría sido así, pero esto constituye un juicio *hipotético* que resulta totalmente irrelevante para la resolución del caso. Para tal resolución, en efecto, solo interesa el curso causal *real*, mas no hechos hipotéticos —dice Jakobs—. Y tampoco importa ni ha de tenerse en cuenta la posibilidad (precisamente hipotética) de que, de haberse evitado la conducta no permitida (la administración del dulce envenenado), también se habría evitado el resultado. Según Jakobs dicha posibilidad es solo una causalidad *falaz* a la que nos conduce la *CSQN*, pero no es un indicio ni *necesario* ni *suficiente* de que el peligro en cuestión, creado por A, haya sido el que se haya materializado en el resultado.<sup>112</sup>

### \* *Conclusión parcial:*

En definitiva, Jakobs, con su argumento de que *habrá que atender a cuál de los riesgos se asienta completamente en primer lugar*, es decir, a cuál de ellos *se desprende en primer lugar del ámbito de organización del sujeto competente* en esa situación,<sup>113</sup> también realiza una ponderación de la importancia relativa de los riesgos concurrentes. Es decir, valora tales fuentes de peligro a fin de determinar cuál es la que ha alcanzado en primer lugar una probabilidad del resultado del 100% y, en definitiva, cuál es la que, desde una perspectiva *ex post*, ha ocasionado el resultado, en el

<sup>110</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231, 234 y 235 (marginales 83a, 92 a 95), así como marginales 98, 100 a 102; también en *La imputación...*, cit., pp. 115 a 117; sobre ello, vid. igualmente Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., p. 302.

<sup>111</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 232, marginales 87 y 88; con el mismo criterio vid. Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431; cfr. también Jäger, “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., pp. 349, 353 a 355. La solución opuesta, en cambio, aplicando la teoría del incremento del riesgo, defiende Gimbernat, en “*Teoría...*”, cit., p. 132.

<sup>112</sup> Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231 y 232, marginal 86. Propone un caso parecido Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 377, marginal 66.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 230, marginal 83a.

**Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado**

sentido de que se ha *hecho realidad* en él. Por lo tanto, no nos hallamos tan lejos de un proceso de determinación de la *causa eficiente*, y con ello, seguimos moviéndonos simplemente en el ámbito de la causalidad *material*.<sup>114</sup>

**5. Cómo se resuelve, en la práctica, el problema del 2° elemento de la imputación objetiva**

A continuación, una vez analizadas las opiniones de diversos especialistas en esa materia de “la causalidad alternativa” y de “los comportamientos alternativos conforme a derecho”, trataré de dilucidar ahora con exactitud en qué consiste dicho requisito relativo a que “el riesgo se haya concretado en el resultado”, y cómo el mismo se puede determinar. Para ello examinaré una a una las tres excepciones que la teoría de la imputación objetiva contempla en relación con tal requisito: es decir, aquellas tres constelaciones de casos en las que *no se dará* el elemento de la concreción del riesgo en el resultado, a saber:<sup>115</sup>

1. Casos de *desviación o interrupción del curso causal*.
2. Casos de *comportamientos alternativos conformes a derecho* (donde se incluyen los ejemplos *del ciclista y de la novocaína*, ya estudiados).
3. Casos *no cubiertos por el fin de protección de la norma*.

**5.1. Casos de desviación o interrupción del curso causal**

a) Comenzando por la primera de tales constelaciones, y siguiendo los postulados de la mencionada teoría de la imputación objetiva, se afirma que el riesgo introducido por el autor en la situación de que se trate no se habrá materializado en el resultado cuando este último se haya producido a través de un *curso causal anómalo* o *desviado*, y debido a la aparición de *otros factores de riesgo* distintos al creado por el autor, los cuales resultasen *ex ante desconocidos e imprevisibles* para él. En tal sentido, dichos *otros riesgos* podrán ser o bien *naturales* o *accidentales*, o bien introducidos por *terceras personas*, o bien causados por la propia *víctima*. De ese modo no será posible imputar objetivamente el resultado final a la acción inicial del sujeto, dado que dicho resultado es concreción de *otro* factor de riesgo imprevisible *ex ante* para él, y no del creado por su acción.<sup>116</sup> Es posible ilustrar este planteamiento mediante algún ejemplo en el que se trata de dilucidar si se hubiera producido o no tal interrupción del curso causal:

Caso 7. El 18/09/2006 José Pablo acudió a la Casa de Campo de Madrid, contactando con Claudia, con quien concertó servicios sexuales por un determinado precio, trasladándose ambos al domicilio de José Pablo en el vehículo de este. Una vez llegaron al citado domicilio, al entrar en la vivienda, se asustó Claudia ante el perro —de gran tamaño, mezcla de pastor belga y mastín— que se encontraba suelto en el interior por lo que José Pablo lo encerró en la cocina y cerró la puerta que separaba

<sup>114</sup> Con la misma opinión y línea argumental que Jakobs se pronuncia Martínez Escamilla, en “*Relevanz...*”, *cit.*, pp. 41 y 42: para dicha autora, a fin de resolver estos casos de “*conurrencia de riesgos*” lo importante es atender al curso causal *real* y a cuál de esos riesgos se ha concretado en el resultado, y no a elucubraciones *hipotéticas* como las que emplean tanto la teoría de la evitabilidad como la teoría del incremento del riesgo (pues estas tienen en cuenta “el comportamiento alternativo conforme a Derecho”). Por ejemplo, si un médico prescribe a su paciente una dosis de un fármaco por encima de la cantidad recomendada por la *lex artis* y dicho paciente muere, pero se descubre que dichas pastillas contenían una sustancia letal ajena a su composición ordinaria (por un error del laboratorio fabricante), según Martínez Escamilla el médico quedaría exento de responsabilidad por homicidio imprudente. Ello se debería a que, con independencia de cualesquiera planteamientos hipotéticos, en su comportamiento no existe un desvalor de resultado, dado que en el fallecimiento del paciente se ha realizado un riesgo prohibido distinto de aquel que tal médico creó. En definitiva, esta autora también se centra en encontrar en cada supuesto aquella causa que haya sido la verdaderamente eficiente, o lo que es lo mismo, la que se haya materializado en el resultado (cuestión de la causalidad).

<sup>115</sup> *Vid.*, por todos, Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 447 a 451, y en “*Tema 13...*”, *cit.*, pp. 239 a 254.

<sup>116</sup> *Vid.*, por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 262 y 263, marginales 58 y 59. En estos casos también se alega que la norma *supuestamente* infringida por el autor (es decir, el tipo penal en que consista el resultado: lesiones, homicidio, etc.) no tenía como finalidad evitar tal desviación del curso causal, pues esta resulta imprevisible *ex ante*. Por consiguiente, por lo que respecta al sujeto concreto, el resultado quedaría fuera del ámbito de protección de esa norma penal (tipo); y en efecto, su acción inicial no podría castigarse como típica en relación con tal resultado. En cambio, dicha acción del sujeto sí podría castigarse en relación con el resultado que efectivamente sí produjo: es decir, como lesiones dolosas o imprudentes, tentativa de homicidio, etc. Y, si fuera posible, también procedería castigar al creador del foco decisivo de riesgo, por el resultado finalmente causado.



el recibidor y la cocina del resto de la vivienda. José Pablo entró en su dormitorio donde se desnudó completamente, tumbándose en la cama, y llamó a Claudia para que iniciaran relaciones sexuales, contestándole Claudia que previamente tenía que pagarle lo pactado. José Pablo le dijo que solo tenía 20 € y que luego irían al cajero para sacar el dinero, desconfiando Claudia de esta promesa, salió del dormitorio diciendo que se marchaba. José Pablo se levantó entonces bruscamente de la cama acudiendo a donde estaba Claudia, agarrándola, empujándola e intentándola llevar hacia la cama, pidiendo Claudia ayuda a gritos y reaccionando cogiéndole del pene a José Pablo y apretando hasta que este cesó en su forcejeo. Ante tal actitud defensiva de Claudia, José Pablo, con la finalidad de que no se marchara, fue a la cocina, cogió un cuchillo y se enfrentó de nuevo a ella, que pretendía irse y que gritaba pidiendo ayuda, provocándose un nuevo forcejeo en el transcurso del cual el cuchillo se cayó al suelo. En esas circunstancias, ante la actitud violenta de José Pablo y el temor a que continuase su agresión, con el perro ladrando tras la puerta que daba a la única salida de la vivienda, Claudia no vio otra posibilidad que salir del lugar huyendo por la ventana, por lo que se subió a la misma y, tras traspasar los pies y apoyarlos en una placa de aluminio existente en el exterior, donde llegó a apoyar los dos pies, se cayó al vacío. José Pablo vio a Claudia cuando esta se encontraba ya en el exterior de la ventana y apoyada en la placa metálica, y no acudió en su ayuda a pesar del riesgo inminente de caída. Una vez Claudia cayó al vacío, José Pablo miró hacia abajo y cerró la ventana del salón, despreocupándose de las graves consecuencias que lógicamente sufriría Claudia en la caída, sin acudir o reclamar ayuda o asistencia médica para ella. Claudia sufrió politraumatismo severo y varias fracturas que requirieron una estancia de 12 días en la UCI, así como un tiempo completo de curación de 547 días (Sentencia del TS de 02/04/14).<sup>117</sup> ¿Deberá responder José Pablo de tales lesiones sufridas por Claudia?

Al hilo de este caso, se puede analizar cómo ha de resolverse dicha cuestión sobre “la concreción del riesgo en el resultado”. Se trata indudablemente de ponderar los factores de riesgo concurrentes en la situación, los cuales han contribuido conjuntamente al acontecimiento del resultado. Dicho en términos

descriptivos: a la conducta de coacción, violencia física e intimidación sobre la víctima por parte del autor se ha sumado el comprensible terror y la angustia experimentados por esa víctima como consecuencia directa de la actitud de él. Así pues, debería fijarse en primer lugar el porcentaje de probabilidad del resultado que ha introducido la acción del agresor, el cual podría estar situado entre un 60 y un 90%, por ejemplo, sin llegar al 100% (pues siempre cabría la intervención hipotética de otros factores que evitaran *in extremis* el desenlace fatal, como la ayuda inesperada y heroica de un vecino, la propia valentía y resistencia de la víctima, que, sin escapar de la habitación, se resignara a sufrir el ataque; una fortaleza inusitada en ella o la simple casualidad, que hubieran evitado que sufriera daño físico alguno con la caída, etc.). Y a su vez, mentalmente debe evaluarse el porcentaje de riesgo que aporta la víctima mediante su decisión personal, y de esa forma no previsible totalmente, de arrojarle por la ventana para escapar de su agresor. Puede considerarse que tal porcentaje estaría entre el 25% y el 50%, también sin llegar al 100%, y por supuesto, sin olvidar que la mayor parte de ese riesgo tiene su origen directo en la actitud opresiva y atemorizante del otro sujeto: en efecto, bajo tales circunstancias, solo una víctima extraordinariamente fuerte y con dominio de sí misma tendría todavía un pequeño ámbito de libertad de decisión sobre si lanzarse al vacío o no. Pero ello resulta inexigible desde la moral y desde la razón jurídica en contextos de tal naturaleza.

Por consiguiente, sopesando ambos porcentajes debe llegarse a la conclusión de que en el resultado acontecido se ha materializado precisamente el riesgo introducido por el agresor, pues este era el preponderante, el más elevado en esa situación; y a su vez, porque debe tenerse en cuenta y añadirse a dicho porcentaje aquella proporción dentro del riesgo introducido por la víctima, con su decisión, que emana originalmente de la propia conducta intimidatoria del autor.

Sin embargo, no fue esa la solución adoptada por el Tribunal Supremo en este caso, sino precisamente la contraria: así, siguiendo el criterio de la audiencia *a quo*, el supremo descartó la condena al acusado José Pablo por tentativa de homicidio o por lesiones, aun admitiendo que “se podía sostener que fue

<sup>117</sup> Número de referencia TOL: 4.280.625, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)



*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

su actuación la que puso conscientemente en grave peligro la vida de la víctima”. En efecto, el Tribunal reconoce que “fueron los obstáculos puestos por el acusado para su abandono de la casa los que determinaron que la víctima intentase salir por la ventana como medio de huir de la agresión violenta que estaba sufriendo”, ya que el agresor “impidió por la fuerza a la víctima que abandonase libremente la vivienda por la puerta”. Sin embargo, el Tribunal Supremo, limitado por el sentido de la propia resolución de instancia (que no fue recurrida en su momento por el Ministerio Fiscal), hubo de confirmar la condena dictada por la audiencia apreciando un delito de coacciones en concurso con una omisión del deber de socorro. Por lo tanto, se considera el factor introducido por la víctima con su decisión de arrojar por la ventana como aquel elemento de riesgo determinante y que se ha concretado en el resultado de sus lesiones, en lugar de la probabilidad de causación de tal desenlace introducida por el autor mediante su comportamiento gravemente intimidatorio.

\* *Conclusión parcial:*

En definitiva, este tipo de procesos de “cálculo mental”, y no otros, son los que se hallan detrás de la resolución jurídica del ejemplo comentado y de muchos más. De ese modo, se lleva a cabo *a posteriori* del caso (*ex post*), cuando ya se conoce todo lo sucedido, una ponderación entre porcentajes de riesgo, entre tasas de probabilidad que se determinan de un modo esencialmente intuitivo, con base en la propia experiencia de la vida y en la razón práctica — si bien, existen otros casos en los que, a efectos de establecer tales porcentajes, se cuenta con la orientación de una pericia científica y empírica, desde el ámbito de la medicina, la física, la biología, etc.—. Por lo tanto, seguimos en realidad sin abandonar el territorio de la causalidad, a fin de esclarecer cuál ha sido esa causa *eficiente*. Y los criterios con los que se decide cuál es el riesgo que se ha materializado en el resultado, de entre los concurrentes, son tan puramente prácticos, ontológicos, como los del denominado *plano de la causalidad*.

**b)** Se puede comprobar lo sostenido hasta ahora mediante otro ejemplo, muy parecido al anterior:

Caso 8. En el marco de una larga serie de maltratos, el 31/01/04 Eduardo lesionó a su mujer, Beatriz, con un cuchillo, produciéndole heridas de las que fue asistida en el Hospital. Dos días después, Eduardo encerró a su esposa en el domicilio familiar, guardándose después todas las llaves. Beatriz sintió que su vida estaba en peligro, hasta el punto de que escribió una nota de auxilio, la cual no logró que saliera del domicilio. Esa misma noche, Eduardo acometió físicamente a su esposa de tal modo que esta, atemorizada porque su marido pudiera acabar con su vida, quiso poner fin a la situación escapándose de la casa. Para ello no vio más posibilidad que hacerlo por alguna de las ventanas, lo que intentó en un instante en que Eduardo la dejó sola, colocándose sobre el alfeizar de la ventana del baño para, desde allí, alcanzar algún otro lugar al que escapar. Pero, debido al peso de ella (embarazada de 8 meses), cayó a la calle, falleciendo ella y el feto. Eduardo fue consciente en todo momento de la situación de desesperación en la que había colocado a su esposa, y de que ella quería escapar de la casa de cualquier modo (Sentencia del TS de 16/05/07).<sup>118</sup> ¿Deberá responder Eduardo por la muerte de Beatriz?

En este caso, el Tribunal Supremo sí consideró el riesgo creado por dicho autor agresivo como aquel que precisamente se había verificado en el resultado, excluyendo en ese sentido la relevancia causal del otro foco de riesgo aportado por la víctima con su decisión de arrojar al exterior. Así, afirma el Alto Tribunal la existencia de una “*relación de causalidad, material y psíquica*” entre el encierro y la violencia sufrida por Beatriz y su posterior muerte y la del feto. La razón que sustenta dicha afirmación es que la conducta del agresor originaba un grave riesgo de que la víctima tratara de escapar de manera extremadamente peligrosa para su vida y la del feto, de modo que no puede considerarse que la reacción de esta fuera “*imprevisible*” ni “*exagerada*”. Por ello, queda descartado que se haya producido la interrupción del curso causal y se aprecia, en cambio, la imputación objetiva. En consecuencia, teniendo en cuenta también que el autor “tenía conciencia de la racional y concreta

<sup>118</sup>Número de referencia TOL: 1.092.892, www.tirantonline.com

peligrosidad de su conducta para las vidas de su mujer y del feto”, se condena a aquel por homicidio y aborto doloso-eventuales.

*\* Conclusión parcial:*

Una vez más, se percibe en la argumentación del Tribunal Supremo un enfoque de ponderación de riesgos, considerando en el caso estudiado cuál es el factor de peligro (o de probabilidad del resultado) más elevado, el determinante de cara a la producción del resultado lesivo. En este ejemplo, como se ha dicho, sí aprecia el Tribunal que ha sido el riesgo creado por el autor el que se ha materializado en el resultado, y que la acción de la víctima entraría dentro de tal ámbito de riesgo: es decir, sería una derivación o consecuencia natural del mismo, y no un riesgo independiente. Por ello, constituyendo además un porcentaje de riesgo poco significativo, no viene a competir en importancia con la condición causal aportada por el propio autor, que es la determinante.

c) A continuación, analizaré un ejemplo de posible causalidad *cumulativa*, con intervención imprudente de la víctima (en cierto modo, un caso parecido al ya comentado “del ciclista”):

Caso 9. Con la intención de llevar a cabo un registro en un inmueble de Gramanet en el que se sospechaba se traficaba con drogas, y acompañados de la Secretaria Judicial y de otros policías, el agente de la Policía Autónoma Gaspar y otro funcionario del mismo cuerpo entraron a la carrera en dicho inmueble, portando en la mano sus respectivas armas reglamentarias y estando provistos de chalecos con el letrero que les identificaba como policías. Se dirigieron a una de las habitaciones, encontrándose allí Gaspar con dos personas tumbadas en sendas camas. Dicho agente llevaba la pistola sin seguro y en posición de doble acción, con el dedo fuera del receptáculo del gatillo. Las personas que estaban tumbadas, entonces, pese a las voces de los agentes de “¡alto, policía!” y “¡al suelo!”, comenzaron a levantarse de sus camas, tratando Gaspar mediante empujones de que no lo hicieran. Una de esas personas, Raúl, se irguió finalmente y cogió con sus dos manos la mano de Gaspar, que empuñaba el arma, comenzando un forcejeo entre

ambos. El policía trataba que Raúl no le arrebatara el arma pero, en ese forcejeo, este último, dando un violento tirón hacia Gaspar y tropezando con el borde de la cama cayó hacia atrás, arrastrando en su caída a Gaspar. En ese momento se disparó la pistola, impactando la bala en la región parietal izquierda, base del cráneo y cerebelo de Raúl, quien murió de forma instantánea. No se pudo probar quién de *los* dos accionó el gatillo. ¿Será responsable Gaspar de la muerte de Raúl? (Sentencia del TS de 20/11/2007).<sup>119</sup>

Con ocasión de esta sentencia, el Tribunal Supremo realiza un correcto repaso de la teoría de la imputación objetiva, exponiendo sus planteamientos principales. Aplicando tal teoría, resuelve el Supremo apoyar el punto de vista de la audiencia *a quo*, en el sentido de absolver al policía Gaspar por el delito de homicidio imprudente del que se le acusaba. En efecto, en este caso —que el Tribunal Supremo considera próximo a los de “compensación de culpas”— se empieza admitiendo que el citado policía, al portar el arma reglamentaria sin el seguro puesto, ha introducido ciertamente un riesgo el cual constituye, según la *conditio sine qua non*, una *causa natural* del resultado (pues, de haber llevado la pistola su seguro, no se habría disparado pese al forcejeo). Sin embargo, continuando con el análisis de la imputación objetiva, el Supremo niega que dicho riesgo resulte *desaprobado*; a lo sumo, y “extremando el análisis” (!), sería *levemente* imprudente, en base a las circunstancias concurrentes: a saber, se desconocía exactamente el número de personas alojadas en el inmueble y si estas se encontrarían armadas, por lo que llevar el arma presta para un rápido disparo era una precaución necesaria; y además, las características de la pistola impedían un disparo casual o por accidente, sobre todo si el policía llevaba el dedo correspondiente fuera del espacio del disparador.

Pero, fundamentalmente, la razón en la que el Tribunal Supremo sustenta la absolución de Gaspar es que ese supuesto riesgo creado por él no habría sido, desde luego el que “*crystalizó*” en el resultado, sino, por el contrario, el riesgo introducido imprudentemente por la víctima al forcejear con el policía, desobedeciendo las órdenes de alto emitidas por los dos agentes presentes. Este es el riesgo que, entre los dos

<sup>119</sup> Número de referencia TOL: 1.213.943, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

concurrentes, resultaría *mucho mayor, absolutamente predominante* y en clara *desproporción* con respecto al otro factor imprudente de riesgo, que se califica como *tenue*. En definitiva, la causa “actual” sería la intervención de Raúl, mientras que la actuación de Gaspar sería la causa “remota” del resultado acontecido. Por consiguiente, este riesgo aportado por Gaspar no es el que se ha realizado en el resultado, sino que el mismo debe ser imputado a la víctima “según el principio de la *autopuesta en peligro o principio de la propia responsabilidad*”.

\* *Conclusión parcial:*

Sin duda se puede considerar correcta esta resolución del caso, la cual refleja el aspecto en el que vengo insistiendo desde las pp. anteriores: a saber, que la cuestión de la “realización del riesgo en el resultado” no consiste en nada más que en dilucidar cuál es esa causa “actual”, eficiente, entre los diversos factores de riesgo que se hayan reunido en la situación. El propio Tribunal Supremo reconoce implícitamente en su fundamentación que se trata de esclarecer la *causalidad* de las conductas concurrentes, planteándose “*si tal acción levemente imprudente* (la llevada a cabo por Gaspar) *es lo suficientemente relevante para establecer con certeza la relación de causalidad con el resultado producido*”. Por tanto, el lenguaje que se emplea al discutir estas cuestiones revela claramente, mucho más que todas las complejas teorías que se quieran construir y defender, que en verdad continúa buscándose la causa real del resultado (es decir, la causa desde el punto de vista esencialmente *material*, y solo por añadidura *normativo*).<sup>120</sup>

d) Para finalizar este apartado, comentaré otra resolución emitida por el *Bundesgerichtshof* alemán el 12 de febrero de 1992, con los siguientes antecedentes de hecho:

Caso 10. El día 10/02/1990, A fue a ver a B, de 25 años de edad, a su casa, a fin de pedirle explicaciones, pues B había establecido una relación íntima con la novia de A. Al principio A y B solo discutieron, pero luego la emprendieron a puñetazos el uno con el otro. En el transcurso de esa pelea, A golpeó a B con un martillo de caucho de 550 gramos de peso que había llevado encima, por miedo a un posible enfrentamiento corporal con su rival, que era físicamente superior a él. Así, A propinó a B en la cabeza varios golpes con tanta fuerza que B cayó al suelo y quedó allí tendido, inconsciente, de manera que A lo dio por muerto y salió a la calle, llevándose consigo las llaves de la casa de B. Poco después, A se encontró casualmente con su primo, C, al que relató lo sucedido. C, sin embargo, no creía que A hubiera matado a B, de modo que A, para que se convenciera por sí mismo, le entregó las llaves de la casa de B. C acudió entonces a dicha vivienda y, creyendo efectivamente a B muerto, a fin de simular su suicidio le colgó del picaporte de la puerta. Más tarde, ya de noche, al contarle C a su primo lo que había hecho, considerando A que eso no iba a resultar efectivo para encubrir su acción, fueron ambos a un pantano para sumergir el cadáver en él. En el enjuiciamiento posterior del caso, la autopsia reveló que A había causado lesiones tan graves en el cráneo de B que este, aunque posiblemente hubiera sobrevivido algunas horas, habría muerto incluso recibiendo asistencia médica. El examen realizado en el cadáver de B permitió asimismo constatar que las lesiones ocasionadas por el estrangulamiento a manos de C le fueron infligidas cuando aún vivía; y además, *per se* también eran idóneas para haberle producido la muerte. ¿En qué medida serán responsables A y C del resultado de muerte de B?<sup>121</sup>

Este caso de causalidad múltiple (acelerada) plantea para el BGH la cuestión acerca de la responsabilidad penal que corresponde a A por el resultado de muerte de B, en particular teniendo en cuenta la intervención posterior de C, que asimismo introduce

<sup>120</sup> En este punto es preciso mencionar que nuestro TS suele resolver casos semejantes al ya citado del ciclista, o también casos como este último, apoyándose en el llamado principio de “compensación de culpas”, de acuerdo con el cual la imprudencia cometida por la víctima o por un tercero justificaría una estimación aminorada de aquella imprudencia en que hubiera incurrido el imputado. De esa forma, por ejemplo, una imprudencia grave por parte de este, aunque efectivamente se castigara, quedaría reducida a la categoría de menos grave o leve en función del grado de descuido o negligencia del otro implicado. Tal línea jurisprudencial, especialmente frecuente en el ámbito de los accidentes de tráfico, si bien puede ser aceptable a la hora de valorar la responsabilidad civil, resulta muy discutible como criterio para tipificar penalmente la conducta imprudente, dado que, en orden a evaluar la gravedad de la misma, solo debe atenderse al desvalor de acción y al desvalor de resultado de la acción del propio sujeto, mas no de la acción de otros.

<sup>121</sup> Vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 389, marginal 79, así como el contenido resumido de la sentencia en [www.jurion.de](http://www.jurion.de) ([www.jurion.de/Urteile/BGH/1992-02-12/3-StR-481\\_91](http://www.jurion.de/Urteile/BGH/1992-02-12/3-StR-481_91)). Consultada el 20 de octubre de 2016.

una condición suficiente para causar dicho resultado. En su argumentación, el BGH sostiene que, sin duda, las graves lesiones en el cerebro de B producidas por los golpes de martillo de A, “absolutamente letales”, constituyen una causa del resultado “en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones”, es decir, aplicando la *CSQNY*, en todo caso, también tales intensos daños producidos en el cerebro favorecieron y fomentaron el resultado de la muerte de B por el posterior estrangulamiento. De hecho, esos golpes ya habían hecho que comenzara el proceso de la muerte en el momento en que C procedió a ahorcar a B, pues tal víctima ya estaba entonces inconsciente, como fase previa de su ineludible y próximo fallecimiento.

Por eso, afirma el Tribunal, aunque ese ulterior estrangulamiento efectuado por C haya podido acelerar la muerte de B y ser la causa *inmediata* del resultado, no hay duda tampoco de que existe un *nexo estrecho y específico de realización del peligro* entre las lesiones infligidas por A y el resultado de muerte, y que dicho riesgo se ha plasmado en tal resultado (si bien este no habría sido concebido por el autor dolosamente, sino solo causado por imprudencia). En definitiva, a juicio del Tribunal, no cabría apreciar en este contexto una ruptura o desviación del nexo casual entre la acción de A y la muerte de B debido a la intromisión de C. En base a estas razones, el BGH resuelve confirmar la condena de A por el delito de lesiones dolosas con resultado de muerte por imprudencia, previsto en el parágrafo 226 del StGB alemán.<sup>122</sup> Precisamente dicho precepto tiene como *fin de protección* el de prevenir la causación de aquellas lesiones que lleven aparejado un riesgo específico de ocasionar la muerte.

A su vez, apunta el BGH, no afectaría a la consistencia de ese fallo el hecho de que no se haya podido aclarar en todos sus extremos la incidencia que tanto las lesiones ocasionadas por A como las causadas por su primo C hayan podido tener en la muerte de B; como tampoco importa el que no se haya podido comprobar con la suficiente precisión que hayan sido ambas lesiones las que hayan conducido *directamente* al resultado, circunstancia que el Tribunal supone (aunque se desconozca exactamente en qué proporción y con qué proximidad han actuado cada una de ellas).<sup>123</sup>

Por otro lado, aunque ese no sea exactamente el objeto de esta sentencia en particular, el BGH también constata que la acción de C *ha satisfecho los elementos típicos del mismo delito de lesiones con resultado de muerte*, si bien tal sujeto no tenía intención ni era consciente de estar ocasionando ese efecto, pues erróneamente había supuesto ya muerto a B. En consecuencia, considero que habrá actuado bajo un error vencible de tipo que implicaría la sanción de su conducta como homicidio imprudente (el BGH no resuelve tal cuestión en esta sentencia). Así pues, tanto la acción de A como la de C representan una condición suficiente por sí misma para producir el resultado. Sin embargo, destaca el BGH que C no ha actuado de forma autónoma ni totalmente desvinculada del hecho anterior de A; por el contrario, precisamente la única intención de C fue encubrir ese hecho de A, y pese a que no intervino en base a un acuerdo previo con él, según el BGH sí lo hizo en su interés y casi como en su lugar, como demostraría el hecho de que, a continuación, procederían ambos a deshacerse juntos del cadáver de B.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> En este punto se puede traer a colación la postura sostenida por Gimbernat Ordeig, E. (en “*Cursos causales irregulares e imputación objetiva*”, ADPCP, Vol. LXIII, 2010, pp. 16 a 94 (41 a 44)) a propósito de cursos casuales en cierta medida “irregulares”, como el que tiene lugar en el caso que estoy exponiendo. Dicho autor se refiere a aquellos supuestos en los que un primer sujeto haya causado lesiones potencialmente letales y con intención de matar (lo cual podría suceder aquí, quizás, de forma doloso-eventual, teniendo en cuenta que A había propinado a B *varios golpes muy fuertes* en una parte vital del cuerpo como es *la cabeza, el cráneo*, abandonándole después a su suerte en el domicilio, donde sabía que no iba a recibir ayuda inmediata por parte de otros), pero se haya interpuesto un tercero contribuyendo a la muerte final de forma imprudente (como ocurre con C, aunque Gimbernat se refiere solo a la intervención imprudente de profesionales sanitarios en el proceso de curación...). Pues bien, a juicio de Gimbernat, en estos casos ese primer sujeto deberá responder de la muerte de la víctima, siempre y cuando con su acción inicial haya incrementado el riesgo de que se produzca la muerte tal y como en concreto se produjo: es decir, el riesgo de que esos terceros dañen imprudentemente a la misma víctima (en este ejemplo, se trataría del tercero C). Así pues, entiendo que este criterio resulta semejante al empleado por el propio BGH a la hora de afirmar el nexo causal.

<sup>123</sup> Tal solución recuerda sin duda a la sugerida por Jäger para el ejemplo de las dos dosis de veneno, caso I (*Examens-Repetitorium...*, cit., p. 49, marginal 61 *in fine*), ya comentada *supra*, nota al pie nº 37: ambos envenenadores han de responder por el resultado, pues en este se ha materializado el riesgo introducido por uno y por otro.

<sup>124</sup> Muy distinta a la del TS alemán, y sin duda más correcta, resulta la valoración de Roxin en torno a este caso (*vid. Strafrecht...*, cit., p. 389, marginales 79 a 81): él considera la conducta de A constitutiva únicamente de un delito de lesiones, sin responsabilidad alguna en cuanto al resultado de muerte de B. Las razones que Roxin aduce para ello, con ánimo de corregir al BGH, son, en primer lugar, el carácter

*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado\* *Conclusión parcial:*

Este singular ejemplo (parecido al anteriormente explicado “caso del tirano”) resulta muy útil para apoyar la tesis que aquí defiendo, y que sostiene la estrecha vinculación entre las cuestiones de la causalidad material y de la concreción del riesgo en el resultado. En efecto, el BGH afirma expresamente que la acción de A, constituyendo una condición suficiente para el resultado y alcanzando en primer lugar un porcentaje de riesgo del 100% (pues, a raíz de sus lesiones, la muerte se hubiera producido ineludiblemente), sería entonces un factor que se habría *precipitado* (materializado) en dicho resultado. Por su parte, la acción de C, igualmente constitutiva de una condición suficiente (lesiones letales), ha supuesto asimismo un elevado riesgo para la vida de B, seguramente acelerando el proceso mortal previamente iniciado por A. De ese modo, considera el BGH que tanto uno como otro foco de riesgo se habrían materializado, en una proporción no determinada, en el resultado tal y como efectivamente se produjo. En consecuencia, el hecho de que ambas conductas por igual se consideren causas del resultado hace que ambas se entiendan asimismo materializadas en él. Salta a la vista, entonces, que en la argumentación del BGH “materialización” no puede significar algo distinto de “eficacia causal”.

5.2. *Casos de comportamientos alternativos conformes a derecho*

Pasando al segundo grupo de excepciones con respecto al requisito de “concreción del riesgo en el resultado” (2ª condición en la teoría de la imputación objetiva), se trata ahora de aquellos casos en los que se constate que el resultado se hubiera producido de todos modos, aunque el sujeto se hubiera comportado alternativamente a como lo hizo, es decir, conforme a derecho (a saber, respetando la norma de cuidado). Por consiguiente, en tales casos ya no podrá decirse que habrá sido el riesgo creado por dicho sujeto el que se haya concretado en el resultado, sino que lo habrán hecho otros factores de peligro preponderantes en la situación.<sup>125</sup> De ese modo, a juicio de la doctrina faltaría en tales supuestos fácticos “la realización de la lesión de cuidado precisamente en la producción del resultado” o la “conexión de la infracción del deber” (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*).<sup>126</sup>

Para ilustrar el análisis de esta excepción, además de los consabidos ejemplos del “ciclista ebrio” y de “la novocaína” es posible acudir a otros casos:

Caso 11. El empresario A compra pelos de cabra china y los entrega a sus empleados para que fabriquen con ellos pinceles, sin desinfectar previamente dicho tejido pese a las advertencias que, en ese sentido, le había realizado el proveedor del pelo. Cuatro trabajadoras mueren por infección a causa del bacilo del ántrax, incrustado en tal pelo; pero posteriormente se determina que aquellas posiblemente hubieran muerto aunque el empresario hubiera efectuado, conforme a su deber, la limpieza del

---

absurdo e imprevisible para A del curso causal que se desencadenó tras su salida de la casa de B y su encuentro con C. De ahí se deriva la falta de control de A con respecto a la decisión descabellada que adoptó C de ahorcar a B, a la vista de como se encontraba este, inconsciente y tendido en el suelo. Además, pese a que C supusiera estar actuando con esa maniobra en interés de A, lo cierto es que ambos no habían acordado nada de antemano, por lo que no se puede atribuir a A tal disparatada decisión que C tomó por su propia cuenta. Y a su vez, tampoco es de recibo apelar a que, de todos modos, la muerte de B se iba a producir en unas pocas horas, pues esto constituye un juicio hipotético totalmente distinto a cómo se desarrolló realmente el curso causal, el cual, por ello, no puede imputarse a A. En definitiva, afirma Roxin, el resultado final no puede ya contemplarse como realización del riesgo originalmente ocasionado por A, aunque este constituya, de acuerdo con la teoría de la equivalencia, una causa de dicha muerte y, en tal sentido, haya repercutido también en ella. Por el contrario, tal resultado debe ser atribuido a la conducta que directamente lo ocasionó con su riesgo: la de C. Esta solución contrasta, sin embargo (como ya indicamos en la nota 42) con el argumento que sostiene el propio Roxin, *ibidem*, p. 385 y marginal 70, para los casos de intervención de un tercero en el curso causal, afirmando que “*también es punible por delito de homicidio consumado aquel que, con dolo de matar, derribe de un tiro a otro y con ello ocasione que un tercero le propine el ‘tiro de gracia’*”. Así pues, lo único que podría explicar la diferente solución en un caso y en otro es el hecho de que, en este ejemplo analizado, el sujeto A hubiera actuado sin *dolus necandi* y, además, como indica Roxin, sin haber previsto ni podido prever *exactamente* el posterior curso causal que condujo al resultado de muerte de B, con lo que carecía del necesario dominio del hecho sobre dicho devenir.

<sup>125</sup> Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., pp. 375 y ss., especialmente marginales 63 y 64.

<sup>126</sup> De ese modo lo suelen afirmar los defensores de la teoría de la evitabilidad, según indica Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., p. 114.



tejido, ya que el desinfectante que se hubiera utilizado en tal caso no habría sido suficientemente eficaz, en la medida en que el bacilo del ántrax todavía se desconocía en Europa (inspirado en la Sentencia del RG alemán con referencia 63, 211; 1929).<sup>127</sup> ¿Serían imputables al empresario dichas muertes?

En casos como este, como ya se ha explicado, la doctrina tradicional y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo alemán (desde la época del *Reichsgericht*) solían aplicar la teoría de la evitabilidad<sup>128</sup> en su versión más restrictiva. Con base en ella precisamente, en su día el *Reichsgericht* optó por condenar a dicho empresario (invirtiendo la carga de la prueba) ya que no existía la seguridad o una probabilidad rayana en la certeza de que las muertes también se hubieran producido de haberse comportado aquel correctamente.<sup>129</sup> De ese modo, el RG consideró determinante en la situación una probabilidad comparativamente baja de causación del resultado (a saber, la introducida por ese patrono). Posteriormente, no obstante, el propio Tribunal revisó tal resolución y llegó a la conclusión de que debía absolverse al empresario, aunque basando esa decisión en el hecho de que, para este, la muerte de las trabajadoras no había sido lo suficientemente previsible.<sup>130</sup>

De acuerdo con Koriath, supuestos como este pertenecen en realidad a la modalidad de la causalidad hipotética (o “cursos causales ficticios”) y no tienen solución por vía empírica, pues en ellos no se puede demostrar el auténtico proceso de causación del resultado ni se puede alcanzar “seguridad rayana en la certeza” sobre tal extremo. Incluso la fórmula del riesgo de Roxin —dice Koriath— resulta inútil y fallida en estos ejemplos, ya que sigue basándose en una valoración hipotética, sien-

do así que un acontecimiento hipotético no puede jugar un papel en la imputación del resultado.<sup>131</sup>

Por mi parte, considero que la solución adecuada no pasaba, efectivamente, por imputar las muertes al comportamiento de dicho empresario,<sup>132</sup> y ello simplemente analizando la situación y los porcentajes de riesgo concurrentes: a saber, si en el estado de cosas vigente al tiempo de los hechos, la desinfección que eventualmente hubiera llegado a aplicar el patrono no hubiera acabado con el bacilo, es evidente que el foco de peligro representado por tal bacilo ya constituía en la situación un riesgo muy próximo al 100% (teniendo en cuenta, por otro lado, que algunos de los trabajadores de esa fábrica sí lograsen evitar el contagio o resistir a la infección, gracias a su especial fortaleza). Por lo tanto, aunque el empresario con su omisión de cuidado también introdujera algún riesgo de causación del resultado, este no habría sido desde luego tan elevado como el creado por el bacilo, que constituyó una causa suficiente para el resultado de infección (con la aparejada consecuencia de lesiones o de muerte).<sup>133</sup> Así pues, no habría sido el riesgo asociado a la conducta del empresario el que se materializó en el resultado (el preponderante), sino el otro, y de ahí que no fuera legítimo castigar penalmente lo que conformó en realidad una tentativa imprudente —aunque ello no obstaría, desde luego, a que se castigara tal omisión como infracción administrativa, según la regulación de higiene y seguridad en el trabajo que resultara aplicable—. En consecuencia, el RG debería haber optado desde el principio por la absolución de ese patrono, y ello tanto desde el punto de vista de la teoría de la evitabilidad (en su versión intermedia) como desde el punto de vista de la teoría del incremento del riesgo, pues lo contrario significaría —como tanto se ha criticado al planteamiento

<sup>127</sup> Vid. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 375, marginal 64; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 307 y siguientes, marginales 63, 66, 69 y 70.

<sup>128</sup> Sobre esto, por todos, véase Maiwald, M., “*Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? Rechtsvergleichende Bemerkungen zur „Kausalität“ des Unterlassens*”, en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (edit. por Hettinger, M., Hillenkamp, T., etc.), edit. C.F. Müller, 2007, Heidelberg, pp. 329 a 345 (333 y 334, 345).

<sup>129</sup> Criticando esta argumentación por invertir la carga de la prueba, aunque con ello, dice, se llegó a “una correcta aplicación de la teoría del incremento del riesgo”, vid. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 383, marginal 80.

<sup>130</sup> Vid. Sentencia RG, *Recht* 1930, 611, n° 2112. Sobre ello, Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431.

<sup>131</sup> Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 152.

<sup>132</sup> A favor de esta solución, vid. asimismo Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 308, marginales 65 y 66, así como Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431.

<sup>133</sup> En el mismo sentido, vid. Ranft, *ibidem*.

*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

roxiniano— sancionar de forma excepcional e injustificada la tentativa imprudente en ciertos sectores de actividad y no en otros.

Este ejemplo del “pelo de cabra china” lo resuelve Roxin, de hecho, de la misma forma que acabo de proponer, entendiendo que tal tentativa imprudente ha de quedar impune: a su juicio, el riesgo no permitido ocasionado por el empresario no se ha llegado a realizar en el resultado, por lo que este no se le puede imputar. De hacerlo, se estaría castigando a ese sujeto “*por el incumplimiento de un deber cuyo cumplimiento hubiera sido inútil; y eso lo prohíbe el principio de igualdad*”.<sup>134</sup> En consecuencia, aunque se haya creado un riesgo *no permitido*, puesto que el curso de los hechos real coincide totalmente con el que se hubiera producido también si el empresario se hubiera mantenido dentro del *riesgo permitido*, no cabe imputarle a él tal resultado (aunque eso no convierte dicho riesgo de *prohibido* en *permitido*).<sup>135</sup>

En otro pasaje posterior, sin embargo, Roxin sorprendentemente matiza su postura anterior afirmando que, en este caso del “pelo de cabra china”, lo que realmente sucedió es que “*la desinfección prescrita probablemente habría salvado a los trabajadores, solo que esto no se pudo comprobar con seguridad*”. Por tanto, al descuidar la desinfección, el empresario habría ocasionado un *incremento sustancial del riesgo*, de manera que, según la teoría defendida por Roxin, habría sido finalmente correcto que el *Reichsgericht* condenara al patrono en base a un homicidio imprudente.<sup>136</sup>

\* *Conclusión parcial:*

Como se vuelve a constatar, solucionar la cuestión de la “concreción del riesgo en el resultado” en casos

como el expuesto nos lleva a ponderar los factores de riesgo que en el contexto se hayan dado, y, de la mano sobre todo de la intuición y la razón práctica (es decir, guiados por “lo que nos parece materialmente justo”), a determinar cuál de ellos debe considerarse preponderante. Una vez más, puede llegarse a la conclusión de que este segundo elemento de la imputación objetiva consiste esencialmente en la comprobación de la causalidad eficiente.

De hecho, como comenta Koriath,<sup>137</sup> una diferencia fundamental entre la argumentación del *Reichsgericht* en este caso (1929) y la del BGH en el ya comentado caso del ciclista (1957) es que el primero de estos órganos judiciales analizaba en su fallo si se daba un *nexo causal* entre la conducta descuidada y el resultado de muerte, y negaba dicho nexo si se demostraba que, incluso bajo la hipótesis de comportamiento cuidadoso, tal resultado de todas maneras se hubiera producido (aplicando la *CSQN*),<sup>138</sup> por el contrario, el BGH negó en el caso del ciclista la *imputación* del resultado a la acción basándose en consideraciones *normativas* y *presuponiendo*, por tanto, que entre uno y otra ya existía un *nexo empírico, causal*. Por otro lado (afirma Koriath), Roxin parte en ambos ejemplos examinados de que ya concurre un nexo causal en el sentido en que lo entienden la teoría de la equivalencia de las condiciones y la *conditio sine qua non*; de ese modo, lo que restaría por averiguar sería el nexo entre la “*infracción del deber de cuidado*” y el resultado, pues, en todos estos casos estudiados, apunta Roxin, “no se trata de un verdadero problema de causalidad”.<sup>139</sup>

Sin embargo, como está poniéndose en estas pp. claramente de manifiesto, sí que se trata de resolver, en realidad, el problema del *nexo causal empírico, material* entre una acción y un resultado. En efecto, la ca-

<sup>134</sup> En contra, Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, *cit.*, pp. 43, 45 y 46.

<sup>135</sup> *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 375 y 376, marginal 64; p. 379, marginal 72; opina en cambio Martínez Escamilla, *ibidem*, pp. 43 y 46, que con tal planteamiento Roxin pasa a estimar ese riesgo *prohibido* como un riesgo *permitido*.

<sup>136</sup> *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 383, marginal 80; Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 117; crítico con ello, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 69.

<sup>137</sup> En *Kausalität...*, *cit.*, pp. 85 y 86.

<sup>138</sup> *Vid.* asimismo Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 114.

<sup>139</sup> Con esta expresión concreta cita Koriath a Roxin, *Kausalität...*, *cit.*, p. 86. De la misma opinión, Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 114: “*este enfoque del problema, como problema causal, ha dejado de tener vigencia, ya que no se puede discutir que, en estos casos (...), la realidad es que las muertes han sido causadas, por encima de cualquier discusión posible*”. A este respecto, y sin negar que ambos autores llevan razón en cuanto a que la causalidad se ha dado desde la perspectiva de la *CSQN* (así como observando la realidad, pues el resultado ha acontecido), sin embargo hay que recordar que ello va a suceder en todos los casos que resolvemos en materia de causalidad e imputación objetiva (puesto que todos son supuestos *de resultado de lesión*) y que eso no obsta a que, precisamente en este apartado de la concreción del riesgo en el resultado, de lo que se trate sea de hallar la *causa materialmente eficiente* entre todos los factores de riesgo

racterística de ser “contraria al deber de cuidado”, esa negligencia o carácter descuidado (*unsorgfältigkeit, pflichtwidrigkeit*) es solo una cualidad de la conducta, que se refiere a la disposición u orientación de la misma; por lo tanto, dicha característica no puede separarse de la conducta en sí, que es la que ocasiona el resultado.<sup>140</sup> En definitiva, en contra de lo sostenido por Roxin, no puede ser una “contrariedad a deber” lo que produzca el resultado, pues ese concepto es irreal, y lo único que puede causar un resultado es una conducta.<sup>141</sup> Por lo tanto, cuando se afirme en un caso concreto que falta ese “nexo de contrariedad a deber” (porque el resultado se habría ocasionado también con el comportamiento correcto) y que, por consiguiente, la conducta descuidada no ha causado un riesgo digno de ser penalmente castigado, ello sucederá porque habrá sido otro factor de riesgo el que, tanto en el caso real del comportamiento imprudente como en el caso hipotético de comportamiento conforme a derecho, se ha/se habría materializado en el resultado, por ser ese otro factor el preponderante en la situación. Tales razonamientos me afianzan, pues, en mi convicción de que, con la teoría del incremento del riesgo de Roxin, al tratar de hallar esa “misteriosa” y “críptica” relación entre la contrariedad a deber y el resultado, en realidad no se está indagando en otro aspecto más que en la naturaleza causal de una acción, en la causalidad.<sup>142</sup>

A su vez, Koriath señala que *no está clara la relación que exista entre el principio de riesgo de Roxin y la teoría de la equivalencia de las condiciones*, pues, en ocasiones (como por ejemplo, en el famoso caso de la “novocaína”), Roxin ha afirmado que una conducta es causal para un resultado según la *conditio sine qua non* (que encierra un juicio hipotético), para, a continuación, indicar que dicha conducta no ha incrementado el riesgo de causación del resultado, porque este último se hubiera producido de todas formas aunque el sujeto hubiera actuado conforme a derecho (empleando, pues, otro juicio hipotético). Koriath se pregunta, por consi-

guiente, qué sentido tiene efectuar ambas evaluaciones hipotéticas contradictorias.<sup>143</sup> Y por otro lado, apunta acertadamente Puppe que la teoría roxiniana del incremento del riesgo (del mismo modo que la teoría de la evitabilidad)<sup>144</sup> se apoya efectivamente en el criterio de la equivalencia de las condiciones y en su método de la *CSQN*, puesto que (como ya dijimos), según Roxin, a fin de determinar si un comportamiento descuidado ha sido causal para un resultado, se tratará igualmente de suprimir esa infracción del deber de cuidado (mentalmente) para analizar si, al mismo tiempo, disminuye el riesgo de que se produzca el resultado (en cuyo caso, la conducta habrá de considerarse causal).<sup>145</sup> Abundan las razones, por tanto, para pensar que la teoría del incremento del riesgo puede constituir, en realidad, una teoría sobre la causalidad.

### 5.3. Casos no cubiertos por el fin de protección de la norma

En tercer lugar, entre las constelaciones de casos en los que, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva de Roxin, estaría ausente la concreción del riesgo en el resultado, se sitúa el grupo de aquellos supuestos *no cubiertos por el fin de protección de la norma*. Tal circunstancia se dará cuando la acción del sujeto haya infringido una norma de cuidado y, por tanto, haya creado un riesgo típicamente relevante, en efecto, pero después se produzca en la situación un resultado que no sea materialización expresa de ese riesgo introducido por el autor, sino de otro riesgo. De ese modo, la norma de cuidado que haya infringido el sujeto no tendrá por finalidad evitar dicho otro riesgo distinto, que será el que efectivamente se haya concretado en el resultado. En definitiva, el resultado acaecido no es uno de los que la norma de cuidado infringida por el autor pretendía evitar, y en ese sentido *no entraba dentro del fin de protección de la norma*

que concurren en la situación. Por ello, sí se trata en el fondo de un problema de causalidad, aunque se recurra también a criterios normativos para resolverlo.

<sup>140</sup> Crítico asimismo se muestra Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, pp. 118 a 122 y nota 23.

<sup>141</sup> *Vid. Koriath, Kausalität...*, *cit.*, p. 91.

<sup>142</sup> El propio Koriath (*ibidem*, p. 149) parece optar por tal conclusión cuando afirma que el problema de la imputación del resultado a la acción del autor se elimina en la práctica resolviendo la cuestión sobre la causalidad fáctica, real, mediante criterios empíricos, propios de las Ciencias Naturales y de la Filosofía.

<sup>143</sup> *Ibidem*, pp. 90 y 91.

<sup>144</sup> Así lo menciona también Martínez Escamilla, “Relevanz...”, *cit.*, p. 38.

<sup>145</sup> *Vid. Puppe, “Brauchen wir...”*, *cit.*, p. 289.

*Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado

vulnerada por el sujeto. Veámoslo más claramente de la mano de un famoso ejemplo:

Caso 12. A y B van de noche conduciendo cada uno su bicicleta por un carretera escasamente transitada e iluminada, uno detrás del otro (en “fila india”), pero sin llevar encendidas las luces de ninguna de las bicis, por tenerlas fundidas. A, que va en primer lugar, choca con otro ciclista, C, que venía de frente a ellos y también sin luces, de tal forma que ambos caen de la bici y A sufre heridas leves (Sentencia del RG alemán de 20/01/1930, n° de referencia 63, 392).<sup>146</sup> ¿Le será imputable a B, por llevar sus luces apagadas, ese resultado de las heridas sufridas por A?

La solución que debe aportarse a este caso, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, consistirá en negar la imputación del resultado acontecido a la acción de B: en efecto, la norma de cuidado que prohíbe a los ciclistas circular sin luces, que es la norma que B ha infringido, no tiene por finalidad iluminar a otros vehículos, sino al propio sujeto que conduce. Y, por otro lado, el riesgo que se ha concretado en el resultado, que es el preponderante en la situación, es el producido por la propia víctima, A, al conducir a su vez con las luces apagadas —y no el riesgo que había creado B al no iluminar tampoco el camino con su bicicleta—. En consecuencia, el resultado ocasionado no se puede imputar a la conducta de B, porque ese (lesiones de A), y el riesgo del cual es concreción (la propia autopuesta en peligro de la víctima) no están cubiertos por el fin de protección de la norma infringida por B.<sup>147</sup>

En su día, el Fiscal Superior competente ante el RG alemán propuso resolver este caso de las bicicletas aplicando simplemente la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la *CSQN*. De ese modo, puesto que, suprimiendo mentalmente la presencia del ciclista B en la situación, el resultado seguiría produciéndose (dado que los otros ciclistas circulaban asi-

mismo desprovistos de luces), deducía el Fiscal que la actuación de dicho ciclista no había sido causa del resultado. El propio *Reichsgericht*, sin embargo, entendió que lo decisivo para resolver el caso era tener en cuenta el curso causal *real*, y por lo tanto, considerar el hecho de que, en efecto, el ciclista B estaba presente en el contexto y conduciendo sin luces. Sobre esa base, entonces, el tribunal se preguntó qué hubiera ocurrido si B hubiera llevado las luces encendidas (¿un curso causal *hipotético*, no *real*!), y a partir de la respuesta obtenida, resolvió imputar a B el resultado (de acuerdo con la teoría de la evitabilidad, por lo tanto).<sup>148</sup>

A propósito de este mismo ejemplo opina Puppe, por el contrario, que obviamente *la explicación causal concluyente del accidente* no tiene por qué incluir la intervención de B; en ese sentido, el riesgo prohibido que implica la infracción por parte de B de la norma de cuidado que le obligaba (a saber, “debes llevar iluminación si vas en bicicleta de noche en una calle pública”) no es el que se ha concretado en el resultado. Así, afirma Puppe, ello solo sucedería si *todas* las condiciones de esa infracción de la norma figuraran en la explicación causal del resultado como partes imprescindibles de ésta. De ese modo, si suprimiendo *todos* los elementos de la actuación incorrecta de B (es decir, conducir una bicicleta, hacerlo sin luces y en “fila india” detrás de A, dicho resultado desapareciera, sabríamos que la actuación de B habría sido la causa del resultado.<sup>149</sup> Con esta formulación, Puppe está aplicando de nuevo, a mi juicio, la *CSQN*, pero corrigiéndola con lo que se ha denominado “el requisito de la totalidad” (como ya se dijo *supra*, apartado IV.3).

Tal autora apunta, a su vez, otro criterio para solucionar este y otros ejemplos parecidos, basándose en el llamado “reflejo de la protección” (*Schutzreflex*). Dicho reflejo tiene lugar cuando “el comportamiento diligente de un sujeto favorece a otro solo de forma accidental” (v.gr., si B hubiera llevado luces habría favorecido con ello accidentalmente a A, que no las llevaba, evitando su colisión con C).<sup>150</sup> Para Puppe, la

<sup>146</sup> Vid. por todos Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 377, marginal 68.

<sup>147</sup> Vid. en este sentido Roxin, *ibidem*, pp. 377 y 378, marginales 68 y 69.

<sup>148</sup> Vid. asimismo la web de comentario de jurisprudencia [www.lecturio.de/magazin/drei-radfahrerfall-rgst-63-392](http://www.lecturio.de/magazin/drei-radfahrerfall-rgst-63-392). Consultada el 20 de octubre de 2016.

<sup>149</sup> Vid. Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 64 y 65.

<sup>150</sup> También Roxin menciona de pasada esta idea del “reflejo de la protección del deber de cuidado”, en *Derecho Penal...*, cit., p. 378, marginal 70.

imputación del resultado en estos casos a la persona que no aporta dicha protección (en el ejemplo, a B) no debe producirse, precisamente por el hecho de que tal protección, que efectivamente se puede prestar en la práctica, únicamente sería un reflejo casual de la verdadera protección que persigue y busca la norma infringida, que es la del propio B.<sup>151</sup> En este sentido, parafraseando a Puppe, el fin de protección de esa norma no puede ser proteger a A, porque si a A le sucediera un accidente circulando B detrás de él con sus luces apagadas, a B no se le podrían imputar dichas lesiones.<sup>152</sup> En definitiva, resumo: lo que ha causado tal accidente no es que B fuera detrás de A y no llevara sus luces, ya que B puede legítimamente hacer ambas cosas, por su propia cuenta y riesgo.

*\* Conclusión parcial:*

En mi opinión, Puppe basa realmente su argumentación, a un nivel profundo, en un criterio de justicia material o de “sensibilidad jurídica”, intuitivamente logrado y que después se recubre con un fundamento jurídico (a saber, que B fuera detrás de A sin sus luces es una cuestión totalmente independiente de que A, a

su vez, no las llevara, y cada uno actúa en su ámbito de autonomía y responde por las consecuencias de sus actos). Así, Puppe insiste en que el fin de protección de la norma infringida no puede abarcar estos casos porque en ellos no cabe imputar el resultado; pero, me pregunto, ¿por qué en ellos no cabe imputar el resultado? Pues porque B no puede razonablemente tener la culpa de que A colisione con C, considerando que A tampoco llevaba encendidas sus propias luces...

Así pues, finalizando este apartado relativo al “fin de protección de la norma”, se observa una vez más que, aunque tal argumento es el de carácter más *normativo* dentro de los propuestos por Roxin,<sup>153</sup> en última instancia se trata de identificar aquel factor de riesgo dentro de los existentes en la situación que resulta materialmente preponderante (en el caso de los ciclistas, la propia negligencia de A, o incluso la del ciclista que colisionó, C) y al que, por tanto, se ha de imputar legítimamente la causación del resultado. Los otros elementos de riesgo que se rechazan como no concretados en el resultado (a saber, el descuido de B o, en los casos anteriores, la conducta imprudente del empresario de los pinceles, las autopuestas en peligro de las víctimas, etc.), en cambio, son aquellos factores que no actúan como causa relevante, porque no superan un

<sup>151</sup> A propósito de esta idea, también Krümpelmann, J. (“*Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (edit. por Vogler, T./ Herrmann, J. y otros), Duncker & Humblot, 1985, pp. 313 a 335 (331 y 332) empleó, en relación con el caso “del ciclista”, un concepto semejante al mencionado “reflejo de protección”: a saber, el concepto de la “correspondencia normativa”. Según este argumento, existiría una correspondencia entre el deber del conductor de conducir correctamente (o, en este caso, el deber del ciclista B de llevar las luces encendidas) y la finalidad de dicho deber, por un lado, y el derecho o expectativa legítima del ciclista ebrio (en el otro caso, la expectativa del ciclista lesionado A), por otro lado, a que esa forma correcta de conducir le protegiera de posibles accidentes. Tal expectativa sería previsible *ex ante* para el propio conductor y para cualquiera, y estaría basada en los típicos peligros y amenazas que se pueden dar en el tráfico rodado. Sobre dicha base, pues, en ese caso la embriaguez del ciclista en cuestión vendría a incrementar el nivel de riesgo por encima de lo que sería normal en cualesquiera ciclistas, en general. Por consiguiente, en este ejemplo concreto, afirma Krümpelmann, dado que el conductor no pudo reconocer y, de hecho, no reconoció la embriaguez de dicho ciclista, que era la circunstancia que hacía necesario en ese caso un marco de protección más amplio para este (es decir, una distancia de seguridad mayor en el adelantamiento), el peligro concreto ya dejó de tener correspondencia (normativa) con la finalidad del deber de cuidado por parte de dicho conductor. En efecto, ese deber originario solo tenía la misión de soslayar aquel peligro que, por regla general, suele ir asociado al adelantamiento de un ciclista, para lo cual, en definitiva, habría bastado una distancia de seguridad de entre 1 y 1,5 metros. Así pues, sostiene Krümpelmann, el resultado de muerte no puede ser imputado al conductor del camión, y ello incluso aunque se llegara a saber que tal resultado no se habría producido de haber conducido él conforme a su deber, pues en ese caso la evitación del accidente habría sido solo un efecto reflejo de haber obedecido la norma, pero ese efecto reflejo, como tal, no puede fundamentar imputación alguna. Roxin (*Derecho Penal...*, cit., p. 385 y marginal 83) comenta igualmente el punto de vista de Krümpelmann, indicando que este criterio y otros parecidos han de *complementar* (y no *sustituir*) su teoría del incremento del riesgo.

<sup>152</sup> *Vid.* Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 66 y 67. En este pasaje, Puppe reconoce asimismo que la concreción del riesgo en el resultado, en general, supone que el *riesgo prohibido* derivado de la *infracción de la norma se realiza en el curso causal*. En consecuencia, concreción del riesgo y curso causal son exactamente lo mismo.

<sup>153</sup> Roxin (en *Derecho Penal...*, cit., p. 378, marginal 71) comenta precisamente en relación con este argumento que, en realidad, en todos aquellos grupos de casos en los que el riesgo no permitido no se concreta en el resultado se puede decir que esto ocurre porque la forma específica en que se ha producido dicho resultado no viene incluida, abarcada por el fin de protección de la norma cuya infracción ha supuesto la aparición de ese riesgo desaprobado. Por ejemplo, cuando en el caso de “los pelos de cabra” se afirma que en el resultado de las muertes no se ha concretado el riesgo introducido por el empresario al no desinfectar el tejido, también podría explicarse esa solución apuntando que el fin de protección de la norma de desinfección que dicho empresario desatendió no incluía la prevención de posibles muertes por el bacilo del ántrax, que era un riesgo de infección desconocido en esos momentos.



**Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado**

determinado porcentaje de riesgo de causación del resultado, quedando por debajo del riesgo preponderante o eficiente. En todo caso, por tanto, se está determinando el nexo causal.

Asimismo, preciso es señalar lo que admite Puppe en otro pasaje de su obra: a saber, que existe una estrecha conexión entre lo normativo y lo fáctico, entre los aparentemente bien delimitados planos de la causalidad y de la imputación objetiva. En esa línea, sostiene Puppe que “en realidad, también los requisitos de la imputación objetiva en sentido estricto están referidos a lo fáctico, aun cuando deben fundamentarse normativamente al igual que todos los presupuestos de punibilidad —incluida la causalidad misma—”, pues “las normas y las valoraciones carecen de sentido sin un contenido fáctico”. En consecuencia, concluye esta autora, “los requisitos de la imputación objetiva, especialmente la *realización del riesgo prohibido* y la vinculación con el fin de protección, no pueden ser otra cosa que peculiaridades precisamente del nexo causal”.<sup>154</sup>

Por mi parte, sin embargo, y después de lo que ya he analizado hasta ahora, pretendo dar un paso más y efectuar una propuesta que resulte innovadora. En ese sentido, formulo las siguientes:

## 6. Conclusiones y propuestas finales

A fin de clarificar el esquema de la teoría de la imputación y, asimismo, de simplificar los diversos niveles de análisis que han de aplicarse a la hora de apreciar la tipicidad de una conducta en relación con un delito de resultado cualquiera, me gustaría plantear la conveniencia de:

1. Eliminar el paso, previo al examen de la imputación objetiva, de evaluar aisladamente el nexo de causalidad entre la acción y el resultado, paso que

usualmente se ha realizado mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula hipotética de la *conditio sine qua non*. Esta resulta superflua y no aporta conocimiento adicional alguno al análisis del nexo causal.

De acuerdo con Koriath, hace mucho tiempo que en la doctrina se conoce el carácter falso —desde el punto de vista lógico—, trivial y totalmente prescindible de la *conditio sine qua non*.<sup>155</sup> Esta no sirve en absoluto para resolver problema alguno de imputación, y de hecho, el principio de la equivalencia de las condiciones trivializa de forma indebida tal cuestión. En particular, a veces el caso concreto que haya que resolver planteará *un verdadero problema de imputación*, como en el consabido ejemplo del ciclista (BGHSt 11, 1) y otros de cursos causales alternativos, cumulativos, hipotéticos, probabilísticos, etc., del estilo de los que se han analizado; tales supuestos generalmente solo se van a poder resolver mediante una *ponderación* entre las distintas condiciones causales para el resultado (como por mi parte también sostengo).<sup>156</sup> Pues bien, en esos contextos, señala Koriath, la teoría de la equivalencia de las condiciones y su trivial experimento intelectual del “eliminar mentalmente” solo consiguen ocultar y disimular burdamente tales complicados supuestos de hecho que se plantean, sin solucionarlos. Precisamente lo conveniente sería clarificar, en primer lugar, qué papel han de cumplir cursos causales hipotéticos en contextos de imputación, en lugar de aplicar directamente esa fórmula inútil de la *CSQN*<sup>157</sup> (que también se basa en un criterio hipotético, al comparar el resultado efectivo, real, con el que teóricamente se habría producido de eliminarse la acción).<sup>158</sup>

Por otro lado, comenta Puppe, asimismo en relación con el caso del ciclista (BGHSt 11, 1), que la aplicación al mismo de la *CSQN*, pese a ser muy *cómoda*, *conduce al resultado de que uno se deja llevar por su intuición, previa a cualquier método*, lo cual en casos tan complicados como ese no funciona, sino que arrastra hacia

<sup>154</sup> Vid. Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 11 y 12 (el subrayado en la cita es mío).

<sup>155</sup> Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 111. En el mismo sentido, Hoyer, “*Die traditionelle...*”, cit., p. 162, así como en “*Kausalität...*”, cit., pp. 96 y 97; Engisch, K., *Vom Weltbild des Juristen*, edit. Winter, Heidelberg, 1950, pp. 132 y ss.; asimismo muy crítico Maiwald, *Kausalität...*, cit. (1980), pp. 3 a 6: la teoría de la equivalencia y su fórmula no dicen nada acerca de la existencia del nexo causal en un caso concreto.

<sup>156</sup> Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 95 y 96, 119.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 119. A propósito de esto, considera en cambio Toepel, *Kausalität...*, cit., pp. 62 y 63, que quizás sea útil y adecuado hacer uso de cursos causales *hipotéticos* (por ejemplo, dice él, aplicando la *CSQN*) al hablar de causalidad, pues éstos pueden ser relevantes para determinar dicho nexo.

<sup>158</sup> Sobre el carácter hipotético de la *CSQN*, vid. Jäger, “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., p. 348 y 349.

conclusiones erróneas que quedan sin corregir.<sup>159</sup> De ese modo, manifiesta Puppe, si bien en aquellos contextos en los que no se pueda hallar la ley general que explique el curso causal el recurso a la CSQN para justificar ese nexos causal proporcionaría “una gran ventaja práctica” y cierta “comodidad intelectual” (como en ejemplos de causalidad probabilística: *v.gr.*, el caso *Contergan*),<sup>160</sup> en realidad dicha fórmula no tiene validez empírica alguna, sino que solo se basa en la intuición. De ese modo, apunta Puppe con ironía: “Ay de ti, si se atreves a preguntar qué significa pues esa frase, (...), (o) cómo se llega en el caso concreto a la conclusión de que el resultado desaparecería si uno eliminara mentalmente la acción. Entonces la fórmula (de la CSQN) pierde su fuerza, la bella imagen de la seguridad y la unidad de la causalidad se disipa y aparecen otra vez todos los problemas”.<sup>161</sup>

2. También considero conveniente señalar que tal cuestión sobre la causalidad de una acción (o una omisión) con respecto a un resultado se resuelve, dentro del marco general de la teoría de la imputación

objetiva, en el examen del 2º requisito de la misma, relativo a “la concreción o materialización del riesgo causado por el autor en el resultado”. A este respecto, dicho elemento de “la concreción” no constituye algo distinto de la causalidad material de esa acción con respecto al resultado: se trata, en efecto, de identificar, entre todos los factores de riesgo concurrentes en la situación (expresados como porcentajes, como probabilidades de que acontezca el resultado), aquel que resulta preponderante, aquel que actúa como causa eficiente, más relevante fácticamente (además de jurídicamente, por extensión).<sup>162</sup>

Siguiendo de nuevo a Koriath, este ha propuesto que, *al menos, se intente hacer depender la imputación del resultado de un verdadero nexos causal*. Con ello se devolvería la cuestión de la causalidad jurídica al ámbito de la causalidad científico-natural y filosófica: es decir, se trataría la cuestión de la causalidad como una relación empírica y regular (generalmente ajustada a una ley) entre dos acontecimientos, entre la conducta y el

<sup>159</sup> En “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 290. De esa forma, dice Puppe, *uno no llega a darse cuenta de que se trata* (en el caso del ciclista) *de un ejemplo de causalidad múltiple*. La única posibilidad de que esto no ocurra es que se haya reconocido ya intuitivamente que se trata de tal supuesto de causalidad doble y que se sepa cuáles son los factores concurrentes y cómo se pueden sustituir entre sí en cuanto a su eficacia a la hora de producir el resultado. Por tanto, la utilidad de la CSQN en casos como los estudiados es nula y, además, su empleo puede inducir a confusión. En contra, sobre la utilidad de la CSQN, véase Mir Puig, *derecho penal...*, *cit.*, p. 251, marginales 23 (“*la fórmula de la CSQN sirve para aclarar que el concepto de condición abarca a todo factor causal que no pudiera eliminarse sin suprimir el resultado. Para decidir cuándo ocurrirá esto último es para lo que es preciso el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Este conocimiento no basta, pues, por sí solo, sino como medio auxiliar para llenar de contenido el concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia y que permite comprobar la fórmula lógica de la CSQN*”) y 24; también Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 a 28: pese a sus limitaciones metodológicas evidentes cuando no se sepa lo que realmente haya ocurrido a nivel causal, es decir, cuando se desconozca científicamente la ley causal general que explique los hechos concretos, *en la gran mayoría de los casos penales ese problema no se plantea, ni tiene relevancia alguna y, por tanto, la fórmula de la CSQN puede ser allí eficaz, a pesar de esta limitación implícita (!)*; asimismo Frisch, W., “*Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 239 a 261 (253 y 254); del mismo modo, Toepel, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 56 a 58, 61 a 63: según este autor, a la CSQN no se le puede oponer ninguna objeción decisiva; además, presenta una ventaja sobre otros criterios para hallar la causalidad, y es que, “*en consonancia con el uso cotidiano del lenguaje, permite hablar de causalidad también en ámbitos no totalmente determinados*” (p. 93) -por ejemplo, en casos como “el del ciclista”. A su vez, esta fórmula no solo posee un valor de “adquisición de conocimientos” o de “descubrimiento”, sino que representa también “*un adecuado reflejo del significado de juicios de causalidad*”, que “*no necesita avergonzarse ni siquiera frente a una evaluación por parte de la moderna teoría de la ciencia*” (pp. 95 y 96). Como se puede deducir de mi argumentación, no estoy de acuerdo con este punto de vista.

<sup>160</sup> *Vid.* Puppe, “*Lob...*”, *cit.*, pp. 564 y 565, 569 y *passim*; en el mismo sentido, Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 a 28.

<sup>161</sup> *Ibidem*, pp. 565 *in fine*, 569 y 570. Sobre esta cuestión acerca de la validez y significado de la CSQN, véase asimismo Esquinas Valverde, P., “*Probabilistischer Kausalbegriff und richterliche Wertungsentscheidung*”, en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag* (edit. por Zöller, M., Hilger, H., Küper, W. y Roxin, C.), edit. Duncker & Humblot, 2013, pp. 333 a 348 (342 a 344).

<sup>162</sup> Por el contrario, Roxin ha defendido que su principio del riesgo representa un criterio de imputación que no sirve para fundamentar el nexos causal, sino que debe ser aplicado una vez que ya se haya determinado la causalidad, como por otro lado ha de suceder siempre con la imputación objetiva (*vid.* Roxin, C., “*Was ist Beihilfe*”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501 a 516 (510). Quizá quien lleve más razón sea Knauer, C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht < . Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, edit. Beck, Múnich, 2001, p. 115, cuando afirma que los límites entre la causalidad y la imputación objetiva no están fijos, sino que *fluyen*, de tal modo que no es posible separar la causalidad puramente naturalista de la imputación objetiva puramente valorativa. Así pues, según Knauer el concepto de causalidad difícilmente va a estar anclado o basado solo en lo natural, ya que a la causalidad en sentido “pre-jurídico-penal” no se la puede desproveer de una valoración *normativa*.

**Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado**

resultado.<sup>163</sup> Con parecido tenor, ha señalado Puppe que “el pecado original de la teoría de la imputación objetiva se ha encontrado en su desacoplamiento de la causalidad”, y que para corregir este fallo debe llevarse a cabo “una adecuada determinación de la causalidad en ‘sentido jurídico’ en el plano de la causalidad”. A continuación, una vez determinado ese nexo causal, todas las afirmaciones que se hacen en los niveles superiores de la teoría de la imputación objetiva, tanto empíricas como normativas, se refieren a dicho nexo. Por consiguiente, uno de los objetivos científicos perseguidos por Puppe es el de “reconducir la teoría de la imputación objetiva al terreno de los hechos ‘duros’, del que se ha despegado con demasiada rapidez y facilidad hacia el cielo de las ideas de valor”.<sup>164</sup>

Ahora bien, tanto Koriath como Puppe, como ya se indicó (al igual que Maiwald,<sup>165</sup> Rolinski,<sup>166</sup> Knauer<sup>167</sup>...), consideran que ese nexo causal puede determinarse en derecho penal no solo mediante leyes o normas causales deterministas y evidentes, o sea, naturales (es decir, certeras al 100%); por el contrario, con buen criterio entienden que, *en una imputación que se base en la causalidad*, también es posible resolver dicha causalidad mediante reglas *de probabilidad o estadísticas*<sup>168</sup> (siempre y cuando, añade Koriath, se basen en una probabilidad muy elevada; de lo contrario, se perdería el concepto de un nexo causal...)<sup>169</sup>

3. Por consiguiente, con objeto de no repetir niveles innecesarios de análisis, propongo la sustitución del tradicional examen del nexo causal, previo a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, por la utilización simplemente de esta última, teniendo en cuenta que su segundo requisito encierra la indagación sobre la causalidad fáctica, natural, material, eficiente.<sup>170</sup>

4. En un buen número de casos, además, la determinación de esa relación de causalidad eficiente tendrá lugar considerando reglas probabilísticas, estadísticas. Y en última instancia, a la hora de decidirse como causa determinante por un factor de riesgo (es decir, por un tanto por ciento de probabilidad de causalización del resultado) o por otro, será posible orientarse también por la razón práctica, por el sentido común o de justicia material y experiencia de la vida, en definitiva. Y ello no tiene por qué ser perjudicial ni erróneo, sino probablemente hasta necesario.<sup>171</sup>

**7. Bibliografía**

Ambos, K., “Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso”, *Revista Penal*, n° 37, enero 2016, pp. 5 a 22.

<sup>163</sup> Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 149. Por tanto, Koriath, al igual que Puppe o Jakobs, se inclina por efectuar un análisis del nexo causal *real*, sin prestar atención a criterios hipotéticos (*ibidem*, pp. 90 y 91). Por eso mismo pretende una vuelta de la imputación a la causalidad material, empírica.

<sup>164</sup> Vid. Puppe, *Die Erfolgsszurechnung...*, cit., pp. 6 a 8.

<sup>165</sup> Vid. Maiwald, *Kausalität...*, cit. pp. 102 y ss., 105; así como en “*Risikoerhöhung...*”, cit., pp. 339 y 345.

<sup>166</sup> Vid. Rolinski, “<Statistische...>”, cit., pp. 493 y ss., 497 y 498, 500.

<sup>167</sup> Vid. Knauer, *Die Kollegialentscheidungen...*, cit., pp. 111 y ss., 115 y ss.; asimismo Toepel, *Kausalität...*, cit., p. 93.

<sup>168</sup> Sobre ello, ampliamente, Esquinas Valverde, “*Probabilistischer Kausalbegriff...*”, cit., pp. 337 a 342, 344 a 348.

<sup>169</sup> Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 149. Por otro lado (en pp. 147 a 151), este autor propone el siguiente principio para la imputación de resultados: a una determinada conducta (entendiendo ésta como un movimiento corporal guiado por una voluntad) se le podrá imputar objetivamente un resultado cuando la misma constituya una condición *suficiente* para dicho resultado, o lo que él denomina una “*conditio per quam*”. En tal sentido, será una *condición suficiente* aquella conducta mediante cuya realización una persona pueda producir el resultado. Pero, además, partiendo de la teoría finalista de *Welzel*, Koriath afirma que tendrá también que existir una *relación teleológica* entre dicha conducta y el resultado (lo que identifico, según se desprende de su argumentación, con el dolo o la imprudencia, con una especie de previsibilidad objetivo/subjetiva y *ex ante* del resultado o una “capacidad de causalidad” de la acción en cuestión). En conclusión, siguiendo a Honig, Koriath (p. 154) considera que la imputación empieza y acaba en la conducta y debe basarse en el *nexo teleológico*, el cual incluye dentro de sí la relación de causalidad; por ello, también dicha relación causal es un criterio de imputación.

<sup>170</sup> Como muy bien ha señalado Pérez Alonso (en “*Notas...*”, cit. pp. 81 y 82), citando a Struensee: la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en un tornado teórico que cada vez va atrayendo más aspectos de la teoría jurídica del delito hacia sí. Acerca de esto, *vid.* también Esquinas Valverde, “*Sirve todavía...*”, cit., pp. 185 a 236; igualmente *vid.* Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., p. 46: la teoría roxiniana de la imputación objetiva, que ha modificado profundamente la categoría de la tipicidad necesitaría aún una precisión de sus relaciones sistemáticas y de su capacidad explicativa.

<sup>171</sup> En tal sentido, por todos, *vid.* Frisch, “*Defizite...*”, cit., pp. 257 y 258; Rolinski, “*Statistische...*”, cit., p. 496; Hilgendorf, E., “*Der <gesetzmässige Zusammenhang> im Sinne der modernen Kausallehre*”, en revista *Jura*, n° 10/1995, pp. 514 a 522 (521 y 522). Más extensamente sobre ello, *vid.* Esquinas Valverde, “*Probabilistischer Kausalbegriff...*”, cit., pp. 333 a 348.

- Engisch, K., *Vom Weltbild des Juristen*, edit. Winter, Heidelberg, 1950.
- Esquinas Valverde, P., “Probabilistischer Kausalbegriff und richterliche Wertungsentscheidung”, en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag* (edit. por Zöller, M., Hilger, H., Küper, W. y Roxin, C.), edit. Duncker & Humblot, 2013, pp. 333 a 348.
- Esquinas Valverde, P., “¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal”, en *CPC*, n° 118, 2016, pp. 185 a 236.
- Frisch, W., “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 239 a 261.
- Gimbernat Ordeig, E., “Cursos causales irregulares e imputación objetiva”, en *ADPCP*, Vol. LXIII, 2010, pp. 16 a 94.
- Gimbernat Ordeig, E., “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coord. por Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 111 a 136.
- Gómez Benítez, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, edit. por el Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- Hilgendorf, E., “Der <gesetzmässige Zusammenhang> im Sinne der modernen Kausallehre”, en revista *Jura*, n° 10/1995, pp. 514 a 522.
- Hoyer, A., “Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 160 a 178.
- Hoyer, A., “Kausalität und/oder Risikoerhöhung”, en *Festschrift für H.-J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, edit. Luchterhand (edit. por Rogall, K., Puppe, I., Stein, U. y Wolter, J.), München, 2004, pp. 95 a 105.
- Jäger, C., “Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), edit. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 345 a 364.
- Jäger, C., *Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., edit. C.F. Müller, München, 2011.
- Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, edit. De Gruyter, 2ª ed., Berlín, 1993.
- Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Cancio Meliá, M.), edit. Grijley, Lima, 1998.
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 2002, Edit. Comares (traducción al castellano de Olmedo Cardenete, M.).
- Kaufmann, A., “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (edit. por Bockelmann, P. y Gallas, W.), edit. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1961, pp. 200 a 231.
- Kindhäuser, U., “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (trad. de Mañalich, J.P.), edit. Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2007.
- Knauer, C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, edit. Beck, München, 2001.
- Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, edit. Nomos, Baden-Baden, 2007.
- Krümpelmann, J., “Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (edit. por Vogler, T./ Herrmann, J. y otros), Duncker & Humblot, 1985, pp. 313 a 335.
- Küper, W., “Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, edit. De Gruyter, 1987, p. 247 a 288.
- Maiwald, M., “Risikoerhöhung oder an Sicherheit greifende Wahrscheinlichkeit? Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Kausalität des Unterlassens”, en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (edit. por Hettinger, M., Hillenkamp, T., etc.), edit. C.F. Müller, 2007, Heidelberg, pp. 329 a 345.



Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

- Maiwald, M., *Kausalität und Strafrecht: Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, edit. Schwartz, Gotinga, 1980.
- Maqueda Abreu, M.L. y Lorenzo Copello, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2016.
- Martínez Escamilla, M., “Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?”, en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein Spanisch-Deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (edit. por Gimbernat, E., Schünemann, B. y Wolter, J.), VVAA, edit. Müller, 1995, pp. 37 a 46.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Repertor, 10ª ed., 2016 (2ª reimpresión).
- Pérez Alonso, E., “Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en *Derecho Penal, Parte General* (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), edit. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 433 a 464.
- Pérez Alonso, E., “Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 93, 2007, pp. 79 a 112.
- Pérez Alonso, E., “Tema 13: Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), edit. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, pp. 237 a 254.
- Puppe, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil I”, *Zeitschrift für das Juristische Studium* (ZJS, www.zjs-online.com), *Strafrecht*, 5/2008 (consultado el 10/12/2016).
- Puppe, I., “Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (edit. por Schünemann, B., Achenbach, H. y otros), edit. De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 287 a 306.
- Puppe, I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, edit. Nomos, Baden-Baden.
- Puppe, I., *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* -traducción de García Caveró, P.-, edit. Comares, Granada, 2001.
- Puppe, I., “Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2010, pp. 551 a 570.
- Ranft, O., “Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom <rechtmässigen Alternativverhalten>”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 25/1984, pp. 1425 a 1443.
- Röh, L., *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, edit. Lang, Fráncfort, 1995.
- Rolinski, K., “<Statistische Kausalität> im Strafrecht?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 483 a 500.
- Roxin, C., “Streitfragen bei der objektiven Zurechnung”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), edit. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733.
- Roxin, C., “Was ist Beihilfe”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501 a 516.
- Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), edit. Civitas, Madrid, 1997.
- Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen — Der Aufbau der Verbrechenslehre*, edit. C. H. Beck, 4ª edición, 2006.
- Schünemann, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter* (JA), 1975, pp. 647 a 656.
- Toepel, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992.
- Ulsenheimer, K., “Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte”, *Juristen Zeitung*, nº 11/12, 1969, pp. 364 a 369.
- Volk, K., “Kausalität im Strafrecht. Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8.1995”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ), nº 3/1996, pp. 105 a 110.
- Zugaldía Espinar, J.M., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, *ADPCD*, 1984, pp. 321 a 332.





## Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador en materia penal tributaria, con referencias al sistema español



Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

**RESUMEN:** Este artículo analiza la compleja relación entre el derecho penal tributario y el sistema recaudador y sancionador administrativo, que recaba las pruebas para perseguir los fraudes fiscales al mismo tiempo que interviene en el proceso penal defendiendo los intereses económicos de las administraciones públicas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal tributario, derecho administrativo sancionador, penas, infracciones y sanciones administrativas.

**ABSTRACT:** This article analyses the complex relation between the tax criminal law and the collector and administrative sanctioning system, which gathers proof to pursue tax frauds and, at the same time, intervenes in the criminal process by defending the public administrations, economic interests.

**KEYWORDS:** Tax criminal law, Punitive administrative law, Penalties, Administrative infringements and penalties.

**SUMARIO:** 1. Aproximación. 2. El mito de la identidad sustancial. 3. La hipervaloración del principio non bis in idem. 4. Normas administrativas, actuaciones de la Administración e incremento de riesgo. 5. La actuación de la Administración en la fase prejurisdiccional; 5.1. Sin indicios de delito; 5.2. Con indicios parciales de delito; 5.3. Presencia exclusiva de conductas delictivas. 6. ¿Una prejudicialidad administrativa de facto? 7. El paralelismo procedimental; 7.1. Actuaciones jurisdiccionales; 7.2. Actuaciones en sede administrativa. 8. La fase postjurisdiccional. 9. Bibliografía.

Rec: 15/03/2018 | Fav: 30/04/2018

## 1. Aproximación

La relación entre los distintos órdenes sancionatorios, concretamente entre el administrativo y el punitivo, ha sido siempre bastante compleja.<sup>1</sup> Como ha apuntado Navarro Cardoso, ambas son manifestaciones de un único sistema jurídico sancionador que regula el control social de determinadas conductas desviadas, sistema que persigue impedir comportamientos ilícitos —en nuestro caso fraudes fiscales— a través de la prevención, garantizando a su vez los derechos fundamentales del individuo.<sup>2</sup> La tendencia político-criminal de las últimas décadas se caracteriza por un considerable incremento de los ilícitos penales de naturaleza económica, lo que ha supuesto la intervención punitiva en ámbitos anteriormente reservados de forma exclusiva a las infracciones y sanciones administrativas. Por una parte, estas reformas han puesto en duda la vigencia real del principio de subsidiariedad, acudiendo al derecho penal cuando tal vez no era necesario. Por otra parte, también se cuestiona la vigencia del principio de ofensividad cuando se tutelan intereses formales, difícilmente encuadrables como bienes jurídicos que poseen entidad para merecer una sanción penal en consonancia con las necesidades reales de nuestra sociedad. Decíamos que esta relación entre instancias sancionadoras es compleja. A primera vista podría afirmarse que la solución administrativa se prevé para los ilícitos menos relevantes, reservando la pena para las conductas más graves. Sin embargo, estas fronteras son poco nítidas y exigen profundizar la justificación de la vigencia de un doble orden sancionatorio. Es conveniente destacar que los objetivos que se persiguen —ambos de *interés público*— son parecidos, pero no iguales. Desde la perspectiva penal, la política criminal guiará la formulación legal y su aplicación jurisdiccional conforme a criterios propios, como la forma de tutelar el bien jurídico *Hacienda Pública* (excluyendo, por ejemplo, casi todas las infracciones formales o las

conductas negligentes), o persiguiendo objetivos preventivo-generales a través de la motivación de toda la comunidad para que se abstenga de lesionar dicho bien jurídico.<sup>3</sup> La Administración Tributaria ejercerá una política fiscal que puede coincidir con las finalidades político-criminales enunciadas, pero también desarrolla objetivos recaudatorios y procedimentales propios que son al menos distintos a los que se persiguen en sede penal. Sin embargo, no podemos perder de vista que se trata de finalidades públicas y que por lo tanto deben estar regidas por el *interés general* y no llevar constantemente a soluciones contradictorias.

Así las cosas, se exige un singular esfuerzo para coordinar ambos ámbitos de actuación, ya que puede generarse un espacio intermedio bastante conflictivo, con decisiones cuestionables tanto para el sistema penal como para el tributario, soluciones que suelen ser fruto de un excesivo pragmatismo y de una construcción conforme a criterios exclusivos de oportunidad política.<sup>4</sup> Para aportar más confusión a esta situación, la doctrina ha destacado recientemente que al derecho penal económico se le está asignado un papel que tradicionalmente correspondía al derecho administrativo sancionador, y que algunos delitos económicos se guían ya por esos criterios.<sup>5</sup> Las recientes reformas operadas en el derecho penal tributario español parecen ratificar y dar certeza a estas inquietudes.

A los órganos administrativos corresponde la afanosa tarea de recabar las pruebas que en caso de no concurrir dificultarían enormemente la actuación del Ministerio Público a la hora de exigir responsabilidades penales en el marco tributario. Si bien es cierto que las actuaciones administrativas no son un presupuesto requerido legalmente para iniciar un proceso por delitos contra la Hacienda Pública, sus aportaciones son necesarias o incluso imprescindibles en la mayor parte de los casos. Sin embargo, no se puede olvidar que se trata de las pruebas que aporte una de las partes procesales (la acusación) y, por lo tanto,

<sup>1</sup> Puedo afirmar que la complejidad, presente en todos los espacios jurídicos en los que entran en conexión lo penal y lo administrativo, se magnifica en la particular materia penal tributaria. Puede apreciarse fácilmente en el programa político criminal desarrollado en Italia en estas materias. Cfr. así Musco, E. y Ardito, F. “Diritto penale tributario”, Turin, 2010, p. 37 y sig.

<sup>2</sup> Cfr. Navarro Cardoso, F. “Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal”, Madrid, 2001, p. 24.

<sup>3</sup> Sobre el bien jurídico en los delitos de defraudación tributaria, ampliamente Ferré Olivé, J.C. “Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, Valencia, 2018, p. 109 y sig.

<sup>4</sup> Cfr. Musco, E. y Ardito, F. “Diritto penale...”, *op. cit.*, p. 364 y sig.

<sup>5</sup> Cfr. Bajo Fernández, M. “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en AAVV, Libro homenaje a Rodríguez Ramos, Valencia, 2013, p. 411.

pueden ser desvirtuadas en el proceso por la actividad probatoria contraria.

## 2. El mito de la identidad sustancial

Se repite casi unánimemente y sin mayores cuestionamientos que el interés jurídico protegido por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador es el mismo, variando únicamente la entidad o grado del ataque. Así, se considera que desde la perspectiva del bien jurídico o interés protegido el delito y la infracción tributaria son sustancialmente idénticos.<sup>6</sup> La infracción administrativa sería un ilícito menor que no se ha llevado al ámbito penal en aplicación del principio de *ultima ratio*, existiendo una serie de valoraciones en torno al ataque que indican el ámbito puramente administrativo de las conductas culposas, por ejemplo, o de las que no alcancen cierta entidad lesiva. Se trataría del mismo interés jurídico protegido por distintas técnicas, bien administrativas, bien penales, que no se diferencian en lo sustancial sino en lo cuantitativo. Considero que apelar a una identidad sustancial supone simplificar enormemente el análisis. Porque los objetivos políticos que se persiguen con la tutela penal y administrativa no son idénticos, y en consecuencia la similitud de intereses protegidos será a lo sumo *formal* y en ningún caso *material*. La identidad, en definitiva, es solo aparente. Afirmar que se tutela el mismo interés ante los ataques más graves (por vía penal) y de menor entidad (por vía administrativa) supondría que nunca podrían sancionarse penalmente conductas cuyos ataques más leves sean indiferentes para la Administración, y ello no siempre es así.

En esa línea de pensamiento, podríamos entender que los principios y fundamentos del derecho penal y del derecho tributario guardan muchas similitudes, cuando en realidad son escasamente coincidentes.<sup>7</sup> La

idea de un solo bien jurídico con dos niveles de intensidad de tutela se encuentra en contradicción con la realidad que se presenta, ya que:

- En cuanto a la severidad de las sanciones, el sistema de infracciones y sanciones tributarias no guarda relación con las penas, ya que en estas materias el sistema penal no suele imponer penas privativas de libertad de entidad suficiente —raramente se llega a un cumplimiento efectivo— y si recurre a la multa, esta suele quedar diluida en cuantías de relevancia menor, sobre la base de conformidades y acuerdos que impiden la celebración del juicio oral. En definitiva, es frecuente encontrar mayor contundencia en las sanciones pecuniarias que se imponen en sede administrativa, en ocasiones más severas y temidas que las penas,<sup>8</sup> lo que genera una enorme contradicción y falta de eficacia preventiva de la *auténtica* pena.
- La duplicidad valorativa permite criminalizar penalmente conductas que en el ámbito tributario no son merecedoras de sanción administrativa, como lo ha entendido durante años la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de fraude de ley tributaria.

## 3. La hipervaloración del principio *non bis in idem*

Buena parte de los conflictos que se han producido en los últimos años en materia penal tributaria entre la Administración y la justicia penal han nacido de una excesiva e incorrecta valoración del principio *non bis in idem*. Para evitar la violación de este principio se delimitaron los ámbitos propios de la jurisdicción penal y de la Administración, estableciendo la paralización del procedimiento sancionador —lo que

<sup>6</sup> Con carácter general Cfr. Navarro Cardoso, F. “Infracción administrativa...”, *op. cit.*, p. 14 y sig. y 74 y sig.; Espejo Poyato, I. “Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal”, Madrid, 2013, p. 47; Gracia Martín, L. “La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español”, *Civitas, Revista española de Derecho Financiero* n° 58, 1988, p. 278. Este planteamiento viene histórica y pacíficamente avalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio.

<sup>7</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 36, nota 18. Defienden la existencia de una “comunidad de principios” que informarían el derecho sancionador, entre otros, Boix Reig, J. y Mira Benavent, J. “Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, Valencia, 2000, p. 33 y sig.; Laporta, M. “Delito fiscal”, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 9 y sig.

<sup>8</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 32 y sig.; Navarro Cardoso, F. “Infracción administrativa...”, *op. cit.* p. 21; Ramírez Gómez, S. “El principio *ne bis in idem* en el ámbito tributario (aspectos sustantivos y procedimentales)”, Madrid, 2000, p. 115 y sig.

es correcto— pero también del procedimiento de liquidación y cobro —solución que puede considerarse bastante desafortunada—. <sup>9</sup> En realidad, el impedir totalmente cualquier actuación administrativa previa o paralela se fundamentó por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, en la necesidad de eliminar toda prejudicialidad administrativa en materia penal tributaria, pues se atribuía a esas actuaciones previas —que estuvieron vigentes entre 1977 y 1985— el fracaso de la aplicación práctica de los delitos fiscales. <sup>10</sup> Esta solución se coordinó con las disposiciones pertinentes en la Ley General Tributaria buscando en definitiva una *huida ciega* de la prejudicialidad administrativa. <sup>11</sup> Estos argumentos fueron avalados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, que mantenía que la Administración debe respetar el planteamiento fáctico realizado por la justicia, porque “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. Este planteamiento jurisdiccional se conoció como la “prohibición de *dos verdades*”. Sin embargo, esto podría tener algún significado en la valoración de los elementos fácticos y su prueba a la hora de aplicar o no una sanción, pero no en la valoración jurídica que debía determinar la cuota tributaria impagada. Así, se ha considerado por la doctrina que “hay un evidente salto conceptual respecto de este principio en la exigencia de paralización del procedimiento administrativo de liquidación”. <sup>12</sup> Considero que en este punto la regulación recientemente reformada en la legislación española (año 2012) es mucho más acertada, porque la responsabilidad patrimonial del defraudador tributario se va diluyendo con el paso de los años —los que se demora en alcanzar una sentencia penal condenatoria firme en estas materias, que normalmente culmina en unas cifras ridículas de recuperación patrimonial—. Todo ello genera, en definitiva, un injustificado trato desigual contrario al mero infractor administrativo —que debe pagar en el acto, tras un procedimiento administrativo de apremio— respecto al delincuente. La paralización del procedimiento de

liquidación fue analizada oportunamente por la doctrina tributarista y se entendió que en nada afecta al principio *non bis in idem* ya que no se trata del ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino de una mera cuestión de vigencia del principio de seguridad jurídica y cosa juzgada. <sup>13</sup> Distintos autores se manifestaron contrarios a la paralización del procedimiento liquidatorio, incluso invocando la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, interpretando que dicha resolución permite la calificación diferente de los mismos hechos si se aplican también normas diferentes: se prohíben dos *sanciones*, no dos *pronunciamientos* sobre los mismos hechos. <sup>14</sup>

La necesidad de seguir adelante con el proceso de liquidación y cobro ante la presencia de un delito contra la Hacienda Pública no avala plenamente los medios adoptados para esta tarea por nuestro legislador. La metodología procesal aplicada a las liquidaciones vinculadas a delito (LVD) que analizaremos a continuación cuenta con innumerables puntos débiles que deben ser objeto de debate y pronta reforma.

#### 4. Normas administrativas, actuaciones de la Administración e incremento de riesgo

Como elemento esencial para la imputación objetiva del resultado, la conducta del sujeto debe suponer la creación o el incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que deja en evidencia como contrapartida la posible existencia de un espacio de riesgo permitido con efectos exonerantes de responsabilidad criminal. En el ámbito de los delitos tributarios debe darse necesariamente la infracción a una norma jurídica extrapenal —tributaria— que puede servir para fundamentar tal creación o incremento de riesgo jurídicamente desaprobado. Si bien la doctrina más calificada valora la posibilidad de que en delitos económicos puedan darse supuestos en los que no se infringe una norma administrativa, y pese a ello existe un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho

<sup>9</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 117 y sig.

<sup>10</sup> Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. y Ferré Olivé, J.C. “Todo sobre el fraude tributario”, Barcelona, 1994, p. 15 y sig.

<sup>11</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 87 y sig., 120 y sig.

<sup>12</sup> Cfr. *ibid.*, p. 119.

<sup>13</sup> Cfr. Ramírez Gómez, S. “El principio *ne bis in idem*...”, *op. cit.*, p. 115 y sig.

<sup>14</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración y jurisdicción en el delito fiscal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 33, 2013, p. 58.

penal,<sup>15</sup> esta solución es difícilmente predicable al específico espacio objeto de esta investigación —fuertemente regulado por el ordenamiento jurídico—, pues un cambio legislativo o una laguna administrativa descartarían cualquier responsabilidad penal pese al riesgo que pudiera padecer el interés jurídico tutelado.

Tratándose de leyes penales en blanco, la actuación de la Administración tendrá importantes consecuencias. Efectivamente, una autorización o permiso administrativo —que puede darse a través de consultas vinculantes emitidas por la Administración Tributaria— podría dar lugar a un supuesto de atipicidad por riesgo permitido, pues como recuerda Silva Sánchez la valoración del conflicto queda en manos de la propia Administración y no de la ley o el juez penal.<sup>16</sup> También sería posible su caracterización dentro de la antijuricidad, como un supuesto de ejercicio legítimo de un derecho. Como ha señalado Roxin, estas autorizaciones conforman un espacio que aún se encuentra en los comienzos de la elaboración científica y pueden excluir “no solo la antijuricidad sino ya el tipo”.<sup>17</sup>

## 5. La actuación de la Administración en la fase prejurisdiccional.

En los delitos contra la Hacienda Pública poseen un valor determinante las actuaciones administrativas previas. Es la Administración la que conoce los datos, consigna cifras y aprecia normalmente en primer lugar el desencuadre entre lo que se debería haber consignado en las declaraciones tributarias y la realidad de lo acontecido. Obviamente este delito se puede comenzar a perseguir a partir de la *notitia criminis*, que puede llegar a oídos de los órganos jurisdiccionales competentes por múltiples vías, normalmente a través de los propios funcionarios de la Administración Tributaria que por razón del su cargo tienen la obligación de denunciar los delitos públicos (art. 262 Ley de Enjuiciamiento Criminal), aunque es cada día más

frecuente que las sospechas surjan de otras actuaciones jurisdiccionales (delitos de corrupción, tráfico de drogas, etc.) en las que aparecen sorprendentes manifestaciones de riqueza desconocidas para la Hacienda Pública. En todo caso, sea cual sea el origen de la denuncia, el acopio de material probatorio no puede realizarse sin contar con la determinante información que obra en poder de la Administración Tributaria,<sup>18</sup> por lo tanto por otra parte requiere estudiar en profundidad si en el caso concreto se dan los presupuestos de la responsabilidad penal que haga viable la denuncia (indicios bastantes de delito). Y las actuaciones no quedan en la mera sospecha de delito tributario: la denuncia debe acompañarse de toda la documentación pertinente para que el Ministerio Público pueda encontrar una base sólida para la acusación.

Se habla equivocadamente de una *fase preprocesal* en delitos contra la Hacienda Pública para hacer referencia a las actuaciones que se inician cuando la inspección tributaria advierte, en el marco de un procedimiento de liquidación o de sanción, la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública.<sup>19</sup> Parecería que esos actos no se rigen por ningún proceso (*preprocesales*), sino que se estructuran sobre la base de unos criterios no del todo reglados que aplican los funcionarios y autoridades de la Administración Tributaria. Se trata de instrucciones y decisiones emanadas de distintas instancias que son el resultado de la *praxis funcionarial*, lo que genera un panorama decisorio al menos poco claro.<sup>20</sup> Sin embargo, evidentemente existe un procedimiento administrativo en marcha antes del comienzo de la fase jurisdiccional. En realidad, estamos ante una *fase prejurisdiccional*, previa a las actuaciones propias de la administración de justicia. La fase prejurisdiccional surge, entonces, cuando la Administración da comienzo al procedimiento de liquidación o al procedimiento sancionador, y su culminación dependerá, como se verá, del cariz que tomen las investigaciones. Pero no puede ignorarse la necesidad de conocer al menos provisionalmente la cuota tributaria debida, que no está

<sup>15</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M. “Fundamentos del Derecho penal de la Empresa”, Madrid, 2010, p. 20.

<sup>16</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M. “Teoría del delito y Derecho penal económico empresarial” en AAVV, *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid, 2013, p. 45.

<sup>17</sup> Cfr. Roxin, C. “Derecho Penal. Parte General. Tomo 1”, Madrid, 2008, p. 758 y sig.

<sup>18</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 125 y sig.

<sup>19</sup> Cfr. Sanz Díaz-Palacios, J. “Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública”, Madrid, 2004, p. 49.

<sup>20</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 132.



conformada como condición de procedibilidad sino como presupuesto lógico para saber si las actuaciones penales que se dirigirán al presunto defraudador van bien encaminadas, sustentándose *prima facie* en cierto marco probatorio, o se trata de una investigación sin fundamento o incluso un acoso administrativo encubierto —como se ha dado histórica y puntualmente con algunos artistas, deportistas de élite o empresarios— con inconfesables objetivos publicitarios, moralizantes y recaudatorios. La inspección no debe aplicar criterios automáticos al constatar una infracción que supere la cuantía señalada por el artículo 305 del Código Penal. Por el contrario, debe valorar si la conducta es dolosa y si existen indicios convincentes de fraude (asentado en un *ocultamiento*) a la Hacienda Pública.<sup>21</sup>

### 5.1. Sin indicios de delito

Si la administración *no aprecia indicios de delito*, pero sí de una infracción administrativa, liquidará los tributos adeudados y aplicará el régimen previsto por la Ley General Tributaria para infracciones y sanciones tributarias, siguiendo el procedimiento ordinario a partir de un *acta de inspección* y en base al principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias (art. 179.1, Ley General Tributaria). El sistema de infracciones y sanciones tributarias es otra manifestación de la potestad sancionatoria estatal, que presenta una limitación en la entidad de las consecuencias jurídicas, en principio de menor importancia que las penas. Este sistema incorpora en buena medida los principios propios del sistema penal. Las infracciones y sanciones tributarias, aunque se encuentran reguladas por la Ley General Tributaria no pertenecen a la órbita procedimental de liquidación de la deuda tributaria, sino en el espacio que corresponde a la potestad sancionatoria.<sup>22</sup> La inmensa mayoría de las investigaciones en sede administrativa no conducirá a responsabilidades penales. Por el contrario, el espacio para el

derecho penal es hasta cierto punto residual —limitado a las afecciones más escandalosas y graves contra la Hacienda Pública— por lo que cobra toda su fuerza el espacio propio de las infracciones y sanciones tributarias. El régimen sancionador administrativo ha ido incorporando, con el paso de los años y con matizaciones, un buen número de garantías que previamente solo se encontraban en sede penal (principios de legalidad, irretroactividad, *non bis in idem*, culpabilidad, etc.).<sup>23</sup> También se consagran expresamente reglas de singular importancia, como una serie de supuestos de exención de responsabilidad (art. 179.2, Ley General Tributaria). Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese consideran que la aplicación de sanciones tributarias debería estar presidida sin matices por los principios rectores del derecho penal, por tratarse de la máxima expresión del derecho sancionatorio en manos de la Administración.<sup>24</sup> Las infracciones y sanciones tributarias poseen su espacio propio e independiente que se estructura en torno a los ilícitos previstos en los artículos 191 a 206 bis de la Ley General Tributaria. La Administración posee exclusividad en materia de infracciones culposas y en orden a infracciones dolosas que no superen la cuantía de 120 000 euros (art. 183.1 Ley General Tributaria y 305.1 Código Penal). En cuanto a las infracciones dolosas que superen la cuantía de 120 000 euros caerán, según las características específicas del caso, en el ámbito penal o en el administrativo, sin posibilidad alguna de aplicar dos sanciones por el mismo hecho (*non bis in idem*).<sup>25</sup>

### 5.2. Con indicios parciales de delito

Se dará este supuesto cuando la administración *aprecie parcialmente* indicios de delito. Esta compleja situación se presentará si en la misma investigación se descubren algunas cuantías que están vinculadas a un posible delito y otras que no. La liquidación se producirá entonces de *forma separada* (art. 305.5,

<sup>21</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 127. Sobre el concepto de fraude tributario caracterizado como ocultamiento, cfr. Ferré Olivé, J.C. “Tratado de los delitos...”, *op. cit.*, p. 402 y sig.

<sup>22</sup> Cfr. López Díaz, A. “La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria” en AAVV, “Derecho Penal Tributario”, T.I, Madrid 2008, p. 67 y sig.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.68 y sig.

<sup>24</sup> Cfr. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S “Derecho Penal económico”, 2ª ed. Madrid, 2010, p. 261.

<sup>25</sup> Cfr. Ferré Olivé, J.C. “Tratado de los delitos...”, *op. cit.*, p. 75 y sig.

Código Penal). Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, existía la obligación ineludible de paralizar todos los procedimientos administrativos en curso. Establecía entonces el artículo 180.1 de la Ley General Tributaria que la Administración Tributaria “se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal”. La principal consecuencia práctica de dicha paralización total no se apreciaba en el cese del procedimiento sancionador, ya que era evidente la vigencia del principio *non bis in idem* que impide la duplicidad sancionatoria, sino en el procedimiento de liquidación.

Las consecuencias eran graves en cuanto a la liquidación y cobro de la deuda tributaria, que quedaban paralizados *sine die* a expensas del resultado del proceso penal. Incluso esta situación adquiría carácter definitivo si se alcanzaba una sentencia penal condenatoria, lo que se ha calificado como exención tributaria *contra legem*.<sup>26</sup> En realidad, esta deuda se convertía a través de una extraña y difícilmente comprensible *mutación del título* en la responsabilidad civil derivada del delito.<sup>27</sup> A partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, consolidada a partir de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, en el momento en que se decide pasar el tanto de culpa a los órganos jurisdiccionales o al Ministerio Público el procedimiento administrativo se divide. Todos los aspectos sancionatorios se remiten al orden jurisdiccional, y la faz liquidatoria culmina en un proceso paralelo al judicial, que en ningún caso tiene naturaleza sancionatoria. Se ha regulado en el art. 250.1 de la Ley General Tributaria, referido a la *práctica de liquidaciones* en caso de existencia de indicios de delitos contra la Hacienda Pública:

Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que

se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal [...]

Este fue uno de los objetivos claramente perseguidos y declarados por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, cuyo Preámbulo señala:

Se introduce un nuevo apartado que permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación. Y también se atiende a una exigencia del ordenamiento comunitario, ya que las autoridades comunitarias vienen reclamando a España una reforma de su sistema legal para que la existencia del proceso penal no paralice la acción de cobro de las deudas tributarias que constituyan recursos propios de la Unión Europea.

En el marco de esta división de procedimientos, por una parte, se encuentran los conceptos y cuantías que no están vinculados a los delitos contra la Hacienda Pública. En este caso, la liquidación seguirá la tramitación ordinaria a partir de un *acta de inspección* y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria (arts. 305.5, Código Penal y 250.3, Ley General Tributaria). En otros términos, la Administración seguirá gozando del privilegio de la autoejecución de sus propios créditos. Por otra parte, se apreciarán los conceptos y cuantías efectivamente *vinculadas al delito*. También respecto a estos conceptos se practicará una liquidación, conocida como *liquidación vinculada a delito* o LVD, que “seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal” (art. 305.5,

<sup>26</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>27</sup> Como advierte la doctrina, la *teoría de la mutación* no nació de una espontánea decisión jurisprudencial, sino que fue instada por la Administración Tributaria, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en una especie de exaltación pragmático-recaudadora que consolidó un auténtico despropósito jurídico. Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 34.

Código Penal). La Ley General Tributaria establece en su artículo 250.1 párrafo 2º que se separarán en liquidaciones diferentes los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación “que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública”. Los criterios para cumplimentar ambas liquidaciones se explicitan en el artículo 253.3 de la Ley General Tributaria. Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, practicará la liquidación siguiendo las siguientes pautas (art. 253 Ley General Tributaria):

- Procederá a formalizar una propuesta de liquidación vinculada al delito (LVD), en la que se expresarán los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa la misma.
- Dicha propuesta se notificará al obligado tributario concediéndole el trámite de audiencia para que alegue lo que convenga a su derecho en el plazo de 15 días naturales, contados a partir del siguiente al de notificación de la propuesta.
- Transcurrido el plazo previsto para el trámite de audiencia y examinadas las alegaciones presentadas en su caso, el órgano competente dictará una liquidación administrativa (LVD), con la autorización previa o simultánea del órgano de la Administración Tributaria competente para interponer la denuncia o querrela, cuando considere que la regularización precedente pone de manifiesto la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública.

Esta solución, que a primera vista puede parecer sencilla, tiende a ser la fuente de grandes problemas interpretativos. Como se señala por la doctrina, el funcionario de la Administración Tributaria deberá diferenciar los conceptos tributarios que tienen trascendencia penal y los que no la tienen (manejando la Ley General Tributaria conceptos poco claros en esta materia, como la presencia o ausencia de dolo —art.

250.3 Ley General Tributaria—), cuando es sumamente difícil discernir la frontera de la criminalidad, decisión con importantísimas consecuencias cuando las sumas analizadas no estén muy distantes de la cuantía de 120 000 euros fijada como límite cuantitativo por el artículo 305.1 del Código Penal.<sup>28</sup> Frente a esta liquidación administrativa “no procederá recurso o reclamación en vía administrativa” (art. 254.1, Ley General Tributaria). Con esta polémica decisión los creadores de este nuevo marco jurídico intentan que no exista una intervención jurisdiccional doble que se pronuncie sobre la liquidación de la cuota presuntamente defraudada: el tribunal penal y el contencioso-administrativo.

Parte de la doctrina defiende que esta liquidación en el ámbito tributario no puede resultar ajena al régimen de recursos contencioso-administrativos, pues el contribuyente quedará en una situación de clara indefensión ante importantes actos de la Administración Tributaria.<sup>29</sup> Se alega por sus defensores que la LVD puede ser revisada por la jurisdicción penal, que puede “de oficio o a instancia de parte” acordar “la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa presentación de garantía” (art. 305.5, Código Penal). Según destaca Martín Queralt, esta solución “desnaturaliza el concepto de Juez *natural* llamado a pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa. Lo que hace, en definitiva, es configurar un Juez *natural* al servicio de los objetivos de la política criminal de la reforma”.<sup>30</sup>

Por su parte, dispone el artículo 253.1 de la Ley General Tributaria:

Una vez dictada la liquidación administrativa, la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y el procedimiento de comprobación finalizará, respecto de los elementos de la obligación tributaria regularizados mediante dicha liquidación, con la notificación al obligado tributario de la misma, en la que se advertirá de que el período voluntario de ingreso solo comenzará a computarse una vez que sea notificada la

<sup>28</sup> Cfr. Martín Queralt, J. y García moreno, A. “Código Penal y Ley General Tributaria”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 34, febrero 2013, p. 13.

<sup>29</sup> Cfr. Boix Reig, J y Grima Lizandra, V. “Código Penal y Ley General Tributaria”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 34, 2013, p. 18.

<sup>30</sup> Cfr. Martín Queralt, J.B. “Una mirada a la irrecorribilidad en vía administrativa de la liquidación vinculada a delito”, *Carta Tributaria* 11/2006, p. 21.

admisión a trámite de la denuncia o querrela correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 255 (de la Ley General Tributaria).

Dado que se ha apreciado la presencia de un delito de carácter público, la Administración Tributaria *está obligada* a formular la denuncia (art. 262, Ley de Enjuiciamiento Criminal) aunque el presunto defraudador se allanara al pago de las sumas requeridas.

Es destacable que la ley limita al órgano jurisdiccional penal la suspensión de la ejecución de la LVD. Establece el artículo 305.5 del Código Penal:

Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

Sin embargo, esta solución legislativa viola la *tutela judicial efectiva*, ya que no permite al juzgador valorar o resolver sobre los distintos aspectos de la actuación administrativa, y solo le permite suspender la ejecución de una LVD con dispensa de garantías de forma excepcional, debiendo demostrar que se pueden ocasionar *daños irreparables* o de muy difícil reparación. Estos conceptos no son propios del orden penal, sino de la normativa que regula la jurisdicción contencioso-administrativa y que aparecen en esta normativa *pretendidamente penal*, mientras se ignoren otros criterios de idéntico origen como la apariencia de buen derecho (*Fumus Bonis Iuris*). Estas normas y las que consagra la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título X bis) persiguen claramente obstaculizar cualquier intento que provenga del orden jurisdiccional para paralizar la liquidación y cobro de la deuda tributaria por parte de la Administración.

Ante determinadas situaciones la Administración *no debe* practicar la liquidación vinculada a delito, estableciendo el artículo 251.1 de la Ley General Tributaria que se abstenga de hacerlo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la tramitación de la liquidación administrativa pueda ocasionar la prescripción del delito con arreglo a los plazos previstos en el artículo 131 del Código Penal.
- b) Cuando de resultados de la investigación o comprobación, no pudiese determinarse con exactitud el importe de la liquidación o no hubiera sido posible atribuirle a un obligado tributario concreto.
- c) Cuando la liquidación administrativa pudiese perjudicar de cualquier forma la investigación o comprobación de la defraudación.

En los casos anteriormente señalados, junto al escrito de denuncia o de querrela presentado por la Administración Tributaria, se trasladará también el acuerdo motivado en el que se justifique la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de la decisión administrativa de no proceder a dictar liquidación. En estos casos no se concederá trámite de audiencia o alegaciones al obligado tributario.

En estos casos tasados —que no dejan de incrementar la incertidumbre por la amplitud de sus términos— solo corresponderá la determinación judicial de la cuota defraudada. La continuidad del procedimiento de liquidación no impide la inmediata paralización del procedimiento sancionador administrativo, como se expondrá a continuación.

### 5.3. Presencia exclusiva de conductas delictivas

Este supuesto se da cuando la Administración aprecia *exclusivamente* indicios de delito. Se sigue el mismo procedimiento anteriormente descrito para la liquidación del tributo cuando se han detectado indicios parciales de delito contra la Hacienda Pública. Como se ha visto, el camino que recorre el proceso de liquidación se aparta del proceso sancionador administrativo, que debe suspenderse, dando por finalizada desde esta perspectiva la etapa prejurisdiccional (sancionadora) y dando nacimiento al *paralelismo procedimental* en orden a la liquidación. En el supuesto de apreciar indicios de delito:

la Administración se abstendrá de iniciar o, en su caso, continuar, el procedimiento sancionador correspondien-

## Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador en materia penal tributaria

te a estos mismos hechos. En caso de haberse iniciado un procedimiento sancionador, de no haber concluido éste con anterioridad, dicha conclusión se entenderá producida, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal. (art. 250.2, Ley General Tributaria)

Habiéndose iniciado un procedimiento sancionador, “éste se entenderá concluido, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente ante el Ministerio Fiscal” (art. 251. 2, Ley General Tributaria). A esto se añade otra importante consecuencia: “Las actuaciones del procedimiento de comprobación e investigación realizadas durante el período de suspensión respecto a los hechos denunciados se tendrán por inexistentes” (art. 251.2 Ley General Tributaria).<sup>31</sup>

Cuando se hayan recabado un número suficiente de indicios y pruebas de un delito contra la Hacienda Pública, que permitan sustentar un proceso penal en condiciones, los antecedentes deben remitirse al Ministerio Público o presentar denuncia ante el juez penal (art. 250.1, Ley General Tributaria). La exigencia de indicios racionales de criminalidad debe ir avalada por pruebas bastantes. En otras palabras, la labor de la Administración Tributaria debe facilitar la acusación que deberá formular posteriormente el Ministerio Público, aportando todos los datos que sean necesarios para determinar el fraude y su cuantía.<sup>32</sup> De esa forma se evita que en muchos casos el juez deba recurrir a indicios poco sólidos, aplicando de forma exclusiva criterios de estimación indirecta de bases tributarias para definir esas cuantías,<sup>33</sup> lo que conducirá regularmente a que los propios expedientes no prosperen y terminen sobreesidos y archivados. Normalmente la Administración Tributaria que ha advertido el delito de defraudación tributaria remitirá las actuaciones pertinentes al Ministerio Público. La Fiscalía puede

desarrollar diligencias en una etapa previa de investigación antes de presentar la denuncia al Juez de Instrucción, o bien formular directamente la denuncia aportando los antecedentes y material probatorio que obren en su poder.

## 6. ¿Una prejudicialidad administrativa *de facto*?

Un sector doctrinal considera, creo que con acierto, que la intención legislativa de hacer desaparecer toda prejudicialidad administrativa operada por las reformas en el Código Penal y Ley General Tributaria a partir de 1985 no ha logrado impedir que dicha prejudicialidad siguiera subsistiendo fácticamente, con independencia del marco jurídico aplicable. Por una parte, las actuaciones y dictámenes desarrollados por la Inspección tributaria serán una clave interpretativa básica, por la otra no todos los jueces penales cuentan con unos conocimientos técnicos suficientes como para decidir sin la ayuda de las diligencias y valoraciones que realice la Inspección, por lo que no pueden desligarse de ellas.<sup>34</sup> De allí la tendencia del Tribunal Supremo y demás tribunales de justicia a aceptar los expedientes de Hacienda como informes periciales, dando entrada por esta vía a las actuaciones prejudiciales que se convierten sin previsión legal en una prueba de cargo determinante, casi definitiva. La materia más trascendente es la determinación de la cuota tributaria, de la que derivará la cuota defraudada, elemento esencial para las responsabilidades en sede penal. Como expone con claridad Espejo Poyato:

no son infrecuentes las condenas penales sobre la exclusiva base, prácticamente indiscutida, del informe inspector, que produce, con mayor o menor fundamento, a menudo sin la adecuada confrontación, una inversión de la carga de la prueba, que sitúa al acusado en la necesidad de ofrecer una contraprueba en condiciones de

<sup>31</sup> Sobre la deroga al secreto delle indagini en el Derecho penal tributario italiano, *cf.*: Musco, E. y Ardito, F. “Diritto penale...”, *op. cit.*, p. 332 y sig.

<sup>32</sup> *Cf.*: Sanz Díaz-Palacios, J. “Derecho a no autoinculparse...”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>33</sup> *Cf.*: Berdugo, I y Ferré Olivé, J. “Todo sobre el fraude tributario”, *op. cit.*, p. 105, Sánchez Ostiz Gutiérrez, P. “El delito contable tributario”, Pamplona, 1995, p. 634 y sig. Sobre el régimen de estimación indirecta y sus consecuencias en materia penal *cf.*: Ferré Olivé, J.C. “Tratado de los delitos...”, *op. cit.*, p. 485 y sig. Sobre las presunciones tributarias en el Derecho penal tributario italiano *cf.*: Musco, E. y Ardito, F. “Diritto. penale...”, *op. cit.*, p. 351 y sig.

<sup>34</sup> *Cf.*: ampliamente Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...”, *op. cit.*, p. 194 y ss. Sostiene esta autora con acierto que son “los datos del informe de la Comprobación, de la Investigación o, en su caso, de la Sección de Recursos o de Liquidación” los que “normalmente se toman en cuenta como cuota defraudada”. *Cf.*: “Administración y jurisdicción...”, *op. cit.*, p. 60.



práctica imposibilidad, pues se trataría de hacer una auténtica contrapericia que, tanto en términos técnicos como temporales, no suele estar en condiciones de hacer.<sup>35</sup>

No puede discutirse que el delito de defraudación tributaria es un delito público perseguible de oficio y que la *notitia criminis* habilita el inicio del procedimiento penal con o sin la intervención previa de la Administración Tributaria. Por ese motivo, jurídicamente no es preceptiva ninguna actuación prejudicial a cargo de la Administración. Por ejemplo, cabría la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima defraudada tratándose de defraudaciones llevadas a cabo “en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva” (art. 305.3, Código Penal). Sin embargo, esta hipótesis es bastante infrecuente sin la intervención de la Administración Tributaria. El marco probatorio de la existencia de fraude casi siempre proviene de las administraciones tributarias, y esta tiene que seguir un procedimiento previo a dar la *notitia criminis*; esto es, una vez realizada la liquidación administrativa en los términos del artículo 253 de la Ley General Tributaria.

El poder fáctico que ejercita la Administración se hace evidente, si reflexionamos sobre el texto del artículo 252 de la Ley General Tributaria, que establece que “La Administración Tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, salvo que conste que el obligado tributario no ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago...”. En realidad este texto no consagra un impedimento procesal, ya que estamos ante un delito público perseguible de oficio, y la pretendida regularización puede tener otra lectura en sede jurisdiccional que no la valore, con lo que el delito seguiría vivo. Sin embargo, dado que la Administración Tributaria está obligada a denunciar los delitos públicos (art. 262, Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados

a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción...”), esta cláusula exoneraría de responsabilidad penal a sus funcionarios por no denunciar, operando en el marco de las causas de justificación.

## 7. El paralelismo procedimental

El paralelismo procedimental se desarrolla sobre la base de la ausencia de identidad entre la determinación de la cuota tributaria (competencia administrativa) y la determinación de la cuota defraudada (competencia penal). Esta duplicidad de procedimientos, pese a que permite coordinar más ajustadamente las responsabilidades penales y administrativas, y prevé fórmulas para corregir los aspectos patrimoniales en el momento procesal oportuno, no ha sido ajena a las críticas doctrinales. Así, cuestiona Terradillos Basoco que puede haber pronunciamientos distintos en ambas instancias, y al haberse sustanciado previamente un expediente administrativo “el presunto infractor puede facilitar pruebas o reconocer hechos determinantes, *de facto*, del sentido de la decisión penal, vaciándose así de contenido tanto la presunción de inocencia como el derecho al debido proceso”.<sup>36</sup>

### 7.1. Actuaciones jurisdiccionales

Al pasar las actuaciones de la órbita administrativa a sede penal no se produce, como ya se ha visto, la suspensión del cobro del tributo ya liquidado, que se ejecuta a través de un procedimiento administrativo de apremio paralelo, salvo disposición de la *justicia penal* que suspenda dicho cobro. La pregunta que cabe formular es la incidencia que tiene la liquidación que previamente ha hecho y cobrado la Administración en un concepto clave para el delito de defraudación tributaria como es el de cuota tributaria defraudada. La determinación de la *cuota tributaria defraudada* no es una cuestión prejudicial en manos de la Administración Tributaria en los términos del artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuestión prejudicial

<sup>35</sup> Cfr. Espejo Poyato, I. “Administración tributaria...” *op. cit.*, p. 204.

<sup>36</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. “Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social” (art. 307 ter) en AAVV (Álvarez García coord.) “Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012”, Valencia, 2013, p. 861.

*devolutiva*), sino que es una tarea que debe llevar a cabo el juez penal.<sup>37</sup> Establece con claridad el artículo 254 de la Ley General Tributaria que corresponde "... al Juez penal determinar en sentencia la cuota defraudada vinculada a los delitos contra la Hacienda Pública que hubiese sido liquidada al amparo de lo previsto en el apartado 5 del artículo 305 del Código Penal y en el Título VI de esta Ley". En otros términos, la LVD es un indicio supeditado a lo que finalmente se acredite en el marco de un procedimiento penal contradictorio.

El tribunal penal determinará la cuantía defraudada. Si no existiera correspondencia entre dicha cuantía y la liquidación administrativo-tributaria, el artículo 257 de la Ley General Tributaria da solución a este problema fijando los efectos de dicha alteración. Así, si las cuantías fueran idénticas, no se modificará la liquidación realizada, "sin perjuicio de la liquidación de los intereses de demora y recargos que correspondan". En cambio, si existieran diferencias en más o en menos, la liquidación vinculada a delito (LVD) ya dictada deberá modificarse según las pautas específicamente señaladas por dicho artículo. De esta forma quedan aclaradas las consecuencias que para el proceso penal tienen las decisiones que previamente se pudieran haber tomado en sede Administrativa respecto a la cuota tributaria. La cuota defraudada que se fija en sede penal puede perfectamente no coincidir con la liquidada por la Administración Tributaria por infinidad de motivos. Destacamos los siguientes:

- Las conductas culposas son penalmente irrelevantes, al contrario de su trascendencia en sede tributaria.
- La Administración Tributaria recurre regularmente a presunciones como las previstas en la estimación indirecta, que la justicia penal suele rechazar si no van acompañadas de otros indicios concluyentes.
- La presunción de inocencia prevalece en sede penal.

Establece el artículo 614 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que "Una vez iniciado el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, el juez de lo penal decidirá acerca de las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria". Se trata de las medidas cautelares adoptadas por la Administración Tributaria para asegurar el cobro de las deudas "para cuya recaudación sea competente".

### 7.2. Actuaciones en sede administrativa

En este supuesto, como *regla general*, establece el artículo 305.5. del Código Penal que "La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro...". El artículo 255 de la Ley General Tributaria complementa esta disposición, estableciendo las reglas que regirán estas actuaciones administrativas. Establece dicho precepto:

Una vez que conste admitida la denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, la Administración Tributaria procederá a notificar al obligado tributario el inicio del periodo voluntario de pago requiriéndole para que realice el ingreso de la deuda tributaria liquidada en los plazos a que se refiere el artículo 62.2 de esta Ley.

Con esta solución se modifica sustancialmente la situación anterior, cuando la iniciación del procedimiento penal suponía la paralización total de las dos vías administrativas: el proceso sancionatorio y el proceso de liquidación. Con la nueva regulación solo se paraliza la faz sancionatoria, que queda en espera de la decisión final que adopte la sede penal, mientras se sigue adelante con la liquidación y el cobro del tributo adeudado.<sup>38</sup> Sin embargo, esta bifurcación procedimental no debe ser desposeída de su marco garantista. La acción de cobro de los conceptos y

<sup>37</sup> Así lo entendió en su momento parte de la doctrina. *Cfr.* al respecto Espejo Poyato, I. "Administración tributaria...", *op. cit.*, p. 245 y sig.

<sup>38</sup> La doctrina penalista se ha manifestado críticamente sobre esta solución legislativa, porque permite pronunciamientos contradictorios sobre los mismos hechos, aunque excepcionalmente el juez instructor pueda paralizar el proceso de liquidación administrativa si previamente recibe un afianzamiento cautelar. *Cfr.* Morales Prats, F. "De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social" en AAVV, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª ed. Navarra, 2016, p. 1097.

cuantías vinculados con el delito puede resultar paralizada, pues según el artículo 305.5 del Código Penal queda en manos del juez, de oficio o a petición de parte, el acordar la suspensión de las actuaciones de ejecución, *previa prestación de garantía*. El artículo 621 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ocupa de “las especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública” reiterando que el inicio del procedimiento penal no paraliza las actuaciones administrativas de cobro de la deuda ya liquidada, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiese acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución. En caso de que decidiera la suspensión, “habrá de fijar el alcance de la garantía que haya de prestarse y el plazo para hacerlo, que en ningún caso excederá de dos meses” salvo los supuestos excepcionales de dispensa judicial de esta garantía. Este supuesto está contemplado en el artículo 305.5 del Código Penal, que dice que “Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”. Completa este panorama legislativo el artículo 621 bis 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece: “La garantía así prestada deberá cubrir suficientemente el importe resultante de la liquidación administrativa practicada, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la misma”.

Como puede advertirse fácilmente, la ley ha privado al contribuyente de la posibilidad de recurrir a los tribunales contencioso-administrativos en caso de disconformidad con la liquidación realizada, que puede llegar a ser objeto de una revisión limitada por parte de un tribunal penal, juzgador que por expreso deseo de la ley *no es juez natural* respecto a la liquidación del tributo. Estamos ante un incomprensible *parche procesal* guiado por el más puro pragmatismo, carente de todo aval científico y lesivo del derecho a una *tutela judicial efectiva* y del sometimiento de la actividad de la Administración a la revisión jurisdiccional básico en todo Estado de derecho.

## 8. La fase postjurisdiccional

Una vez adoptada por los órganos jurisdiccionales las decisiones que correspondan, se abren para la Administración Tributaria distintas vías, según haya sido el resultado final del proceso.

- En el caso de inadmisión de la denuncia o que-rella, esta circunstancia “determinará la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior a aquel en que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito, procediendo en ese caso la formalización del acta que corresponda, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en esta Ley y su normativa de desarrollo” (art. 253.2, Ley General Tributaria). Similar solución se brinda si se trata de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre, aplicando el artículo 257.2c de la Ley General Tributaria.
- En el caso de sentencia condenatoria, esta impedirá la aplicación de una sanción administrativa por los mismos hechos (art. 250.2 y 251.2, Ley General Tributaria). El artículo 257 de la Ley General Tributaria indica las pautas para verificar si la suma adeudada a Hacienda en virtud de la condena penal ya ha sido completamente cobrada en el procedimiento administrativo paralelo, o debe corregirse a través de nuevos pagos o devoluciones.
- Por otra parte, “De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración Tributaria iniciará, cuando proceda, el procedimiento sancionador administrativo de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados” para lo cual se iniciará un nuevo procedimiento sancionador (art. 250.2, Ley General Tributaria).

Es de singular importancia destacar que “El pase del tanto de culpa o la remisión del expediente interrumpirá los plazos de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria y a imponer la sanción, de acuerdo con lo previsto en los artículos 68.1 y 189.3 de esta Ley” (art. 251.2, Ley General Tributaria). Y que “el cómputo de los plazos de prescripción se iniciará de nuevo desde la entrada de la resolución judicial en el registro de la Administración Tributaria

correspondiente” (art. 251. 3, Ley General Tributaria).

## 9. Bibliografía

- Bajo Fernández, M. “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en AAVV, *Libro homenaje a Rodríguez Ramos*. Valencia, 2013.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. *Derecho Penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Ferré Olivé, J.C. *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994.
- Boix Reig, J. y Mira Benavent, J. “Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, Valencia, 2000.
- Boix Reig, J y Grima Lizandra, V. *Código Penal y Ley General Tributaria*, El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, nº 34, 2013.
- Espejo Poyato, I. *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*, Madrid, 2013.
- Espejo Poyato, I. *Administración y jurisdicción en el delito fiscal*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 33, 2013.
- Ferré Olivé, J.C. *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2018. Existe edición mexicana, ed. Tirant lo Blanch y Centro Mexicano de Estudios en lo penal tributario. Ciudad de México, 2018.
- Gracia Martín, L. *La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español*, Civitas, Revista española de Derecho Financiero nº 58, 1988.
- Laporta, M. *Delito fiscal*, Buenos Aires- Montevideo, 2013.
- López Díaz, A. “La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria” en AAVV, *Derecho Penal Tributario*, T.I, Madrid 2008.
- Martín Queralt, J.B. “Una mirada a la irrecurribilidad en vía administrativa de la liquidación vinculada a delito”, *Carta Tributaria* 11/2006.
- Martín Queralt J. y García Moreno, A. “Código Penal y Ley General Tributaria”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* nº 34, febrero 2013.
- Morales Prats, F. “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” en AAVV, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 10ª ed. Navarra, 2016.
- Musco, E. y Ardito, F. *Diritto penale tributario*, Turín, 2010.
- Navarro Cardoso, F. “Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal”, Madrid, 2001.
- Ramírez Gómez, S. *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario (aspectos sustantivos y procedimentales)*, Madrid, 2000.
- Roxin, C. “Derecho Penal. Parte General. Tomo 1.”, Madrid, 2008.
- Sánchez Ostiz Gutiérrez, P. *El delito contable tributario*, Pamplona, 1995.
- Sanz Díaz-Palacios, J. *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2004
- Silva Sánchez, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid, 2010.
- Silva Sánchez, J.M. *Teoría del delito y Derecho penal económico empresarial* en AAVV, *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid, 2013.
- Terradillos Basoco, J. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter) en AAVV (Álvarez García coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia, 2013.

## Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos y varias situaciones jurídicas conflictivas

Javier García Amez

Profesor asociado del Área de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo

**RESUMEN:** Asistimos en la actualidad a un momento de cambio en la concepción del proceso final de la vida. La muerte de la persona se ve no como un resultado inevitable, sino como el resultado de un proceso al cual el derecho no debe permanecer al margen. Garantizar y contribuir al reforzamiento de la autonomía y la dignidad de la persona en este proceso constituye un deber ineludible de todos los poderes públicos, pero para ello deben aclararse los conceptos y las formas, especialmente la diferencia entre eutanasia y cuidados paliativos.

**PALABRAS CLAVE:** Eutanasia, cuidados paliativos, suicidio, muerte digna, asistencia sanitaria.

**ABSTRACT:** Actually, we are on times where conception about death and dying is changing. The death of the human being is a process that should be attending by the law focus on the respect and enforcement of the dignity of the human person and his autonomy. But in this point is necessary to establish a very important difference in the concepts and the procedures, especially between euthanasia an palliative cares.

**KEYWORDS:** Euthanasia, palliative cares, suicide, death with Dignity, health assistance.

**SUMARIO:** 1. Introducción: la dignidad en el proceso del morir. 2. Precisando los términos: eutanasia, suicidio asistido y cuidados paliativos; 2.1. La importancia de diferenciar; 2.2. El concepto de eutanasia; 2.2.1. El concepto de eutanasia en sentido amplio; 2.2.2. Eutanasia activa; 2.2.3; Eutanasia pasiva; 2.2.4. Eutanasia voluntaria e involuntaria; 2.3. El suicidio médicamente asistido; 2.3.1. El concepto de suicidio; 2.4. Los cuidados paliativos. 3. La sedación terminal. En particular, la doctrina del doble efecto y su aplicación a los cuidados paliativos. 4. La sedación en el Código Penal español. 5. El rechazo al tratamiento vital: un derecho del paciente. 6. La adecuación del esfuerzo terapéutico. 7. Cuidados paliativos: ¿eutanasia o asistencia sanitaria? 8. Bibliografía.

Rec: 01/09/2918 | Fav: 24/09/2018



## 1. Introducción: la dignidad en el proceso del morir

Existen dos momentos que son irremediables en la existencia de toda persona, el nacimiento y la muerte. A ambas realidades se ha ocupado el derecho en mayor o menor medida, a través de una regulación que aborda los dos aspectos.

El final de la vida de la persona es un proceso irremediable para el propio ser humano y la sociedad que tarde o temprano llegará. Constituye el momento en el cual toda persona se prepara para afrontar la finalización de un proceso que comenzó con su nacimiento y que terminará irremediablemente con su fallecimiento. No obstante, este proceso no es el mismo en una persona que llega al final de su vida en un estado óptimo de salud, con los deterioros propios de su edad, que aquella que padece una enfermedad que le ocasiona fuertes dolores, físicos o emocionales, y que no le va a provocar una transición a la muerte tranquila, deseada, toda vez que la abocará a llevar a cabo este proceso agonizando en una cama, o bien padeciendo unos dolores que la dificultarán el llevar una vida ordinaria. En este último supuesto es en el cual en los últimos tiempos se ha empezado a hablar de la “dignidad en el proceso de morir”;<sup>1</sup> ya que se entiende que, la dignidad, valor y derecho constitucional recogido en el artículo 10.1 de la Constitución, ampara esta última fase de la vida humana, motivo por el cual varios legisladores autonómicos han venido a aprobar sus propias normas sobre el proceso de morir con dignidad, sumándose de esta manera a una corriente que, con inspiración norteamericana, se ha venido llevando a cabo en los últimos tiempos, de manera que se facilite a la persona una muerte calificada de digna. No olvidemos que la dignidad de la persona se manifiesta no solo en la manera conforme a la cual son tratados los pacientes, sino también cómo es llevado su proceso de agonía, su irremediable camino hacia la muerte.

Esta muerte digna de la que estamos hablando no está exenta de polémica alguna, toda vez que debe

tenerse en cuenta que está en juego el derecho a la vida, que no solo es fundamental en nuestra Constitución, sino que también es un derecho humano, y que como tal goza de la máxima protección por parte de los poderes públicos, que inevitablemente tendrán que adoptar medidas que contribuyan no solo a su disfrute, sino a su salvaguardia frente a posibles violaciones intencionales o no, sobre todo si se tiene en cuenta que en estos casos las sociedades se centran más en la protección de la vida que en la muerte del paciente,<sup>2</sup> en virtud del principio de la santidad de la vida,<sup>3</sup> y por tanto aprueban legislaciones que la protegen frente a posibles acotamientos voluntarios o involuntarios de la misma, como sucede en España con los apartados tercero y cuarto del artículo 143 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (en adelante CP), que criminaliza la inducción, cooperación y colaboración al suicidio junto con la eutanasia, máxime si se tiene en cuenta que a la hora de hablar de muerte digna, se suele asociar la misma no solo con el momento en el cual sucederá, sino también con forma de morir, de manera que, en caso de ser requerido por las circunstancias del paciente, se pueda acudir a la ayuda de profesionales sanitarios para poner fin a la vida, manteniendo su autonomía hasta el momento del desenlace final.<sup>4</sup>

Conviene señalar desde este momento que no compartimos este planteamiento doctrinal. En primer lugar, por el hecho de que esta definición deja entrever que no existe más muerte digna que aquella que implica el poner fin a la misma de manera voluntaria, por lo que las restantes muertes no serían consideradas dignas a pesar de que se hubiese respetado los deseos del paciente.<sup>5</sup> Hablar de una muerte digna no es solo hablar de la terminación de la vida de manera voluntaria, sino que el proceso final de la persona sea conducido sin dolores, sufrimiento, permitiendo que en todo momento sea acompañado tanto personal como espiritualmente, respetando igualmente su autonomía. Este es sin lugar a dudas el enfoque que

<sup>1</sup> Sobre la misma, véase, Fernández Suárez, J. A., “El Derecho a una muerte digna”, en AA.VV. *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.

<sup>2</sup> Véase el asunto *Brophy v. New England Sinai Hospital, Inc.* (398 Mass. 417, 497 N.E.2d 626, 1986 Mass.).

<sup>3</sup> Sobre este principio, véase Young, R., *Medically Assisted Death*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 61-83.

<sup>4</sup> *Vid.* Cohen-Almagor, R., *The Right to Die with Dignity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey y London, 2001, pp. 1-2.

<sup>5</sup> *Vid.* Yuil, K., *Assisted Suicide: The Liberal, Humanist Case Against Legalization*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, pp.12-13.

presentan las distintas normas que en el Ordenamiento Jurídico español han venido a desarrollar este derecho a la muerte digna por parte de las Comunidades Autónomas,<sup>6</sup> y el cual consideramos más adecuado.

Todo esto no ha sido obstáculo para que se hayan adoptado a su vez medidas tendentes a ayudar el tránsito a la muerte, disminuyendo el dolor del paciente o aliviándolo en los casos de enfermedades irreversibles o terminales, toda vez que en estos casos los propios profesionales sanitarios han venido a distinguir entre el curar la enfermedad y hacer confortable el proceso de agonía,<sup>7</sup> y en algunas veces han rechazado tratar al desesperanzado y agonizante como si fuera curable.<sup>8</sup> Para ello, se hace necesario el establecimiento de una clasificación o unos criterios que permitan delimitar cuándo un paciente puede ser considerado como agonizante y cuándo no, sin que hasta hoy exista un criterio claro al respecto, de manera que en última instancia va a quedar en manos del profesional sanitario el clasificar al paciente, admitiéndose que en caso de que no exista una terapia que proporcione al paciente una expectativa razonable de curación de la enfermedad, será clasificado como paciente con una enfermedad terminal.<sup>9</sup> A ello, se ha añadido además un criterio temporal, de manera que aquellos pacientes cuya expectativa de vida está entre uno y cinco años, aunque no resulta aconsejable que se establezca plazo alguno,<sup>10</sup> toda vez que la incertidumbre que pesa sobre el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad es enorme.<sup>11</sup>

A pesar de ello, desde las distintas sociedades médicas se han venido desarrollando una serie de criterios que permiten precisar cuándo un paciente se encuentra ante una enfermedad terminal y cuándo no, unos criterios que al formar parte de la *Lex Artis* deberán ser observados de manera obligatoria por parte de los distintos profesionales sanitarios, siempre que no quieran incurrir en responsabilidad profesional. En concreto, para el caso de España, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), en su guía sobre cuidados paliativos,<sup>12</sup> establece que los elementos fundamentales que deberán darse para hablar de enfermos terminales pasa por observar la presencia de una enfermedad avanzada progresiva e incurable; falta de posibilidades razonables de respuestas al tratamiento específico; presencia de numerosos problemas o síntomas intensos; múltiples, multifactoriales y cambiantes; gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia explícita o no de la muerte; y un pronóstico de vida inferior a los seis meses. De este modo, si se dan estos elementos en el paciente, podemos concluir que está en una situación terminal, y en este momento es el cual entra en juego el concepto de muerte digna que anteriormente hemos señalado, de modo que ante el proceso irreversible de la misma, y que inevitablemente traerá consigo una disminución de la calidad de vida del paciente, por parte de los profesionales sanitarios se adopten todas aquellas medidas que permitan aumentar la calidad de vida del paciente, de tal forma que se le proporcione una buena muerte. Una

<sup>6</sup> En concreto se trata de la Ley 2/2010, de 8 de abril de Andalucía, sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, Ley 10/2011, de 24 de marzo de Aragón, sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, sobre dignidad de la persona en el proceso de muerte de Navarra, Ley 1/2015, de Canarias, sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, Ley 4/2015, de 9 de febrero, de Baleares, sobre derechos y garantías de la persona en el proceso de morir en las Islas Baleares, Ley 5/2015, de 26 de junio, de Galicia, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, la Ley del País Vasco 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, Ley 4/2017, de 9 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Madrid de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir, Ley 5/2018, de 22 de junio, del Principado de Asturias sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida y 16/2018, de 28 de junio, de la Generalitat Valenciana, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

<sup>7</sup> Es lo que se ha denominado como medicina paliativa, en contraposición a la medicina curativa. *Vid.* RICH, B. A., "The Delineation and Explication of Palliative Options of Last Resort", en Moore, R. J. (Ed.), *Handbook of Pain and Palliative Care: Biobehavioral Approaches for the Life Course*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012, pp. 809 y Zepptella, G., *Palliative Care in Clinical Practice*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012, pp. 1-4.

<sup>8</sup> Según ha declarado el Tribunal Supremo Norteamericano en el asunto *In re Quinlan*, (70 N.J. 10, 355 A.2d 647, 1976).

<sup>9</sup> *Vid.* Miller, R. D., *Problems in Hospital Law*, Aspen, Rockville, 5ª ed., 1986, p. 340.

<sup>10</sup> *Vid.* el asunto *In re Spring* (380 Mass. 629, 405, N.E. 2d 115, 118, 1980).

<sup>11</sup> *Vid.* AA.VV., "The Physician's Responsibility toward Hopelessly Ill Patients", *New England Journal of Medicine*, núm. 210, 1984, p. 956.

<sup>12</sup> <http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf> (ultimo acceso el 23 de septiembre de 2018).

## Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

muerte, que no solo coincida con la falta de dolores, sino también con los propios valores y creencias de la persona, de manera que se controle el dolor y se vaya preparando a la persona para la muerte, permitiéndosele conservar el control sobre las decisiones que adoptará para ello, teniendo en cuenta otros aspectos importantes que no son solo psicológicos, sino también culturales y espirituales.<sup>13</sup>

Es en este momento, en el cual entran en juego los cuidados paliativos, como asistencia que se presta por parte de un equipo interdisciplinario, tanto al propio paciente como sus familiares y allegados durante el proceso de la agonía. O bien, tal y como define acertadamente el artículo 3 de la Ley de Galicia sobre muerte digna, el “conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales”. De este modo, se puede comprobar la importancia que adquiere el facilitar el acceso a los mismos como prestación sanitaria por parte de los poderes públicos, tal y como ha señalado el Consejo de Europa a través de la Recomendación (2003) 24 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre organización de cuidados paliativos.<sup>14</sup>

Si bien los cuidados paliativos tienen como centro de atención el confort y el bienestar del paciente, una de las posibles medidas que se adoptan una vez que se han comenzado a aplicar, es la sedación terminal, la cual se aplicará en las últimas fases del proceso de agonía, cuando su sufrimiento y dolor es tan elevado que hacen médicamente aconsejable el uso de la misma, causándole una depresión en la respiración que le ocasiona el fallecimiento. El principal problema que ocasiona esta práctica es el hecho de que, el profesional sanitario, es consciente de que el paciente fallecerá una vez administrado el sedante, y por tanto puede incurrir en un posible delito de homicidio por ello. Si bien no existe un dolo directo o una imprudencia grave constitutiva de delito, puede considerarse en estos casos la posible existencia de un dolo eventual, ya que, si bien el profesional no busca provocar la muerte del paciente, es consciente de que, con su acción puede causarla, asumiendo el resultado de la misma, por lo que puede incurrir en un supuesto de eutanasia activa, prescrita en el Ordenamiento Jurídico.<sup>15</sup> Incluso, se ha llegado a precisar que, en estos casos, la propia sedación puede llegar a suponer que la dignidad que se quiere ofrecer al paciente en el proceso de morir, se pueda perder, toda vez que la muerte no es causada de manera inmediata, sino que lo es con el paso del tiempo, durante el cual se le ha retirado al paciente todo tipo de alimentación o hidratación,<sup>16</sup> y en este último caso puede llegar incluso a suponer una práctica eutanásica.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Vid. Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide. A palliative care perspective*, Radcliffe, Oxford, New York, 2009, pp. 21-22 y Foley, K., “Patients Need Better End-of-Life Care Rather than Assisted Suicide”, en Medina, L. M. (Ed.), *Euthanasia*, Thomsom-Grenhaven Press, Farmington Hills, 2005, pp. 186-187.

<sup>14</sup> Previamente ya se había pronunciado la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de fecha 25 de junio de 1999, para la protección de los derechos de los enfermos moribundos. Sobre ambas resoluciones, véase Di Stasi, A. y Palladino, R., “Advance Health Care Directives Under European Law and European Biolaw”, en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care Decisions Making in Germany and Italy*, Springer, Heidelberg, New York, Dosrecht, Londres, 2013, pp. 61-69, que hacen igualmente referencia a la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1859 (2012), aprobada el 25 de enero de 2012, en la que se insta a los distintos Estados a que aprueben mecanismos que refuercen la implantación de las instrucciones previas, voluntades anticipadas o testamentos vitales, pero que no entra a fondo en el tema de los cuidados paliativos y la eutanasia, limitándose, con respecto a esta última, a precisar que constituye una muerte intencionada por acción u omisión de un ser humano dependiente pretendiendo con ello su propio beneficio, lo cual deberá ser siempre prohibido por los Estados.

<sup>15</sup> Vid. Holm, S., “Terminal sedation and euthanasia: the virtue in calling a spade what it is”, en Sterckx, S., Raus, K. y Mortier, F. *Continuous Sedation at the End of Life*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 228-229.

<sup>16</sup> Vid. Quill, T. E., Bernard, L. y Brock, D. W., “Palliative Options of Last Resort: A Comparison of Voluntarily Stopping Eating and Drinking, Terminal Sedation, Physician-Assisted Suicide and Voluntary Active Euthanasia”, en Birnbacher, D. y Dahl, E. (Eds.), *Giving Death a Helping Hand*, Springer, Heidelberg, New York, Dosrecht, Londres, 2008, pp. 52-53.

<sup>17</sup> Vid. Hom, S., “Terminal sedation...”, *cit.*, pp. 238-239.

## 2. Precisando los términos: eutanasia, suicidio asistido y cuidados paliativos

### 2.1. La importancia de diferenciar

Tal y como hemos advertido anteriormente, una de las posibles, que no única, consecuencias últimas de los cuidados paliativos es la sedación terminal o paliativa, seguida del posterior fallecimiento del paciente, entendiendo la misma como el tratamiento del dolor, las dificultades respiratorias o la agitación del paciente, mediante el empleo de medicinas sedantes cuando otras medidas terapéuticas han resultado fallidas, y cuando por parte de los profesionales se entiende que va a fallecer a los pocos días.<sup>18</sup> Esto puede suponer que el profesional se enfrente a una posible responsabilidad penal por la posible causación de la muerte, ya que habría llevado a cabo un acto eutanásico, entendiendo por tal la provocación de una muerte dulce, al causar el fallecimiento de una persona por razones humanitarias, compasión por la situación de dolor del paciente, motivo por el cual se puede incurrir en un delito de homicidio, siempre que no se cuente con el consentimiento expreso del paciente, o bien de cooperación al suicidio, en aquellos casos en los que sí se tiene el citado consentimiento.

Con independencia de ello, en ambos casos intervendría el derecho penal, el cual tomará en cuenta el resultado final de la conducta: la muerte del paciente. Para el mismo es irrelevante la calidad de vida que el fallecido habría tenido o no en caso de no haberse llevado a cabo la sedación.<sup>19</sup> En estos casos lo importante es que, el profesional, ha querido provocar la muerte al paciente,<sup>20</sup> y su acción deberá ser reprimida de conformidad con lo dispuesto en la normativa penal, salvo que esta hubiese despenalizado la eutanasia o el suicidio asistido, tal y como ha sucedido en varios Estados de los Estados Unidos y de Europa y en Colombia.

En este momento, conviene precisar que no es lo mismo la muerte provocada de manera consciente y voluntaria por parte del profesional sanitario, que aquella que se ocasiona indirectamente por haber procedido a una sedación del paciente. En el primer caso estaríamos hablando de un supuesto de eutanasia activa voluntaria, entendiendo por tal cuando, con consentimiento y conocimiento del paciente, el profesional sanitario lleva a cabo una actuación que ocasiona consciente y deliberadamente la muerte del paciente, y que viene caracterizada por la existencia de un móvil humanitario: ayudar al paciente terminal a fallecer. Una acción que cuenta con el consentimiento propio de la víctima, y por tanto se entiende que moralmente está justificada, aunque esto es irrelevante para el derecho, que lo considerará igualmente homicidio.<sup>21</sup> Será considerado homicidio toda vez que junto con el resultado existe el elemento clave para poder hablar de ello, el dolo,<sup>22</sup> entendiendo el mismo como la intención de quitarle la vida a la persona,<sup>23</sup> si bien, con un importante añadido, como es el motivo humanitario que mueve al profesional sanitario en este caso de homicidio de pacientes terminales, aunque no será suficiente para excluir la responsabilidad penal en que ha incurrido por la muerte.

Los cuidados paliativos, por su parte, no se centran en la muerte de la persona, sino que como bien ha señalado la doctrina, en estos casos lo que se quiere es reafirmar la vida, y entender el proceso de agonía del paciente como un proceso natural,<sup>24</sup> si bien, esto implica que en ocasiones deba acudir al empleo de algunos medicamentos que, como sucede con la sedación, puedan acortar o acelerar el fallecimiento, haciéndose con la finalidad de tratar el dolor del paciente, se trata de una medicina paliativa dirigida a mitigar el dolor al paciente. Igualmente, ha de señalarse que, en todos estos casos, los cuidados paliativos no son los que acortan la vida del paciente, toda vez que, como se ha dicho anteriormente, conllevan algo más que el suministro de

<sup>18</sup> Cfr. Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide...*, cit., p. 14.

<sup>19</sup> Vid. Cohen-Almagor, R., *The Right to Die with Dignity...*, cit., p. 3. Cuestión diferente será que la misma sea tomada en cuenta de cara a fijar posibles indemnizaciones por daños derivados del delito, mediante la responsabilidad civil.

<sup>20</sup> Vid. Meyer, D. W., *Medico-Legal Implications of Death and Dying*, The Lawyers Cooperative Publishing Co., Rochester, New York, 1981, pp. 124-125.

<sup>21</sup> Vid. el asunto *In re Eichner on behalf of Fox*, (426 N.Y.S.2d 517).

<sup>22</sup> Tal y como se ha señalado en los casos *People v. Conley* en 1966 (63 Cal 2d 310) e *In Re Eichner* en 1980 (73 App Div 2d 410).

<sup>23</sup> Vid. Torcia, C. G., *Wharton's Criminal Law*, 15<sup>a</sup> Ed., Clark, Boardman, Callaghan, Deerfield, New York, Rochester, 1994, pp. 139-141, Berger, A. S., *Dying & Death in Law & Medicine*, Praeger, Westport, 1993, pp. 8-9 y Meyer, D. W. *Medico-Legal Implications...*, cit., p. 124.

<sup>24</sup> Cfr. Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide...*, cit., p. 29.



Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

un fármaco. Son un conjunto de servicios que se prestan al paciente, bien en su propio domicilio, o bien en centros sanitarios, por parte de profesionales sanitarios y no sanitarios. Pretenden, en general garantizar que el paciente pueda finalizar su vida resolviendo aquellas cuestiones que puedan afectar a su partida, en el ámbito social, personal o familiar, y por tanto que la persona los pueda solucionar,<sup>25</sup> motivo por el cual es importante que en los cuidados paliativos no solo intervengan profesionales sanitarios, sino también trabajadores sociales, ministros de culto, compañeros del paciente, y, sobre todo, su familia, de manera que se le permita al propio paciente el dejar “su casa ordenada”, y por tanto poder fallecer tras finalizar todo aquello que quisiera el paciente.

Diferenciar en este momento los cuidados paliativos de la eutanasia, es una cuestión prioritaria y esencial de cara garantizar y salvaguardar la seguridad jurídica del profesional sanitario ante situaciones que tiene que afrontar en su práctica asistencial diaria, y que en función de la decisión adoptada puede suponer que incurra en responsabilidad penal o no, por haber privado al paciente de la vida. No obstante, en estos casos, y en aras a salvaguardarse frente a una posible condena, el profesional actuará guiado por un principio esencial, como es la salvaguardia de la vida, por lo que adoptará toda medida que sea necesaria para ello, lo cual puede llegar a ser incluso contraproducente para el propio paciente, al cual se le aplicarían tratamientos que pueden considerarse fútiles, sin utilidad terapéutica alguna, o bien llegar a una situación límite como es el encarnizamiento terapéutico. Por tanto, desde este momento conviene precisar con claridad los conceptos de eutanasia, prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y cuidados paliativos, admitidos por el mismo. Todo ello, sin olvidar la existencia de otro concepto que puede ser controvertido, como es el relacionado con el suicidio asistido.

## 2.2. El concepto de eutanasia

## 2.2.1. El concepto de eutanasia en sentido amplio

Hablar de la eutanasia es sin lugar a dudas hablar de una de las cuestiones que más controversias ha creado en el ámbito del sanitario, y que más preocupa en el entorno de los profesionales sanitarios. Nos encontramos en un campo en el cual se da un claro choque entre los valores de la profesión médica en la relación con pacientes terminales, como es el tratar y aliviar el dolor, y cumplir con los deseos del paciente, la muerte, como manifestación de su principio de autonomía, e incluso del ejercicio de un derecho constitucional al suicidio, en su modalidad de suicidio asistido,<sup>26</sup> toda vez que, los defensores del mismo, señalan que uno de los valores de la sociedad actual es que, toda crueldad, deberá ser prevenida, y por tanto forzar a alguien a padecer dolores, y por tanto sufrimientos y en ocasiones depresión, rechazando su petición de morir, es una de forma de crueldad, una tortura física,<sup>27</sup> No obstante, se olvidan de que, en estos casos, el fallecimiento del paciente no es la única solución para tener una muerte digna, sino que aquí es donde juegan un importante papel los cuidados paliativos, en los términos que luego veremos.

Partiendo del concepto clásico de eutanasia, y de su propia etimología,<sup>28</sup> entendida como muerte dulce,<sup>29</sup> se puede definir la eutanasia como aquella conducta que lleva a cabo el profesional sanitario, consistente en quitar la vida, de manera consciente y voluntariamente a un paciente terminal con la finalidad de aliviar los dolores de este.<sup>30</sup> De este modo, hablaremos de eutanasia en aquellos casos en los cuales, en el fallecimiento del paciente se han dado, cumulativamente, las siguientes circunstancias:

- El paciente padece una enfermedad incurable.
- La enfermedad le provoca graves sufrimientos.

<sup>25</sup> Cfr. Hedges, R., *Bioethics, Health Care, and the Law. A Dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999, p. 177.

<sup>26</sup> Vid. Keown, J., “Introduction”, en Keown, J. (Ed.), *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 1.

<sup>27</sup> Cfr. Berger, A. S., *Dying & Death...*, cit., p. 57.

<sup>28</sup> La palabra eutanasia procede del griego clásico, “eu”, que significa bien o bueno y “thanatos”, muerte.

<sup>29</sup> Vid. Romeo Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 420-421, Nuñez Paz, M. A. *La Buena Muerte. El derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 94 y Beuchamp, T. L. y Davidson, A. I., “The definition of Euthanasia”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 1979, p. 299.

<sup>30</sup> Vid. Keown, J., *Euthanasia, Ethics and Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 9-10, Somerville, M., *Death Talk*, McGill-Queen’s University Press, 2ª Ed., Montreal & Kingston, Londres, Ithaca, 2014, p. 102 y Suárez Llanos, L., “La ley de la muerte. eutanasia, éticas y derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 325.



- La vida es quitada sin dolor para el solicitante y previa solicitud del mismo.
- La conducta es realizada por un profesional sanitario, con la finalidad de aliviar el dolor al paciente.

Si se dan estos requisitos puede hablarse de eutanasia, la cual, tal y como puede apreciarse, viene caracterizada por el acto de ayudar a una persona que se encuentra gravemente enferma a fallecer, de manera tendría lo que se considera como una muerte digna.<sup>31</sup>

Eutanasia, la cual ha sido criminalizada en la mayoría de los Estados, asimilándola criminalmente al homicidio, considerándose en estos casos irrelevante el móvil humanitario en el profesional, ya que el actuar por motivos humanitarios no va a absolver al profesional sanitario de responsabilidad penal, siempre que comprenda que su conducta no es tolerable por la sociedad, siendo el consentimiento de la víctima en estos casos irrelevante. No obstante, no es menos cierto que en estos casos de homicidio eutanásico, el legislador ha querido imponer una pena menor al profesional que ha cometido el delito, en atención al motivo que le ha movido para actuar. De este modo, si bien el móvil sigue siendo irrelevante para exculpar de responsabilidad al homicida, sí tiene relevancia a la hora de concretar la pena que se le va a imponer, toda vez que será menor que la que correspondería a un homicidio voluntario, tal y como puede verse en la regulación actual que hace el artículo 143.4 del Código Penal español, que impone una pena menor con respecto al delito de homicidio.<sup>32</sup>

Retomando la definición de eutanasia, ha de precisarse que es intrínseca a la misma la existencia de

una voluntariedad por parte del profesional sanitario que actúa, siendo su principal intención el terminar con la vida del paciente para que deje de padecer los dolores que sufre,<sup>33</sup> actuando además con la convicción de que la muerte puede ser incluso un beneficio para el propio paciente,<sup>34</sup> en lugar de seguir viviendo, que sería perjudicial para el mismo. Esto puede hacerse bien mediante una acción, suministrando un medicamento que le causa la muerte, pero también puede hacerse mediante una omisión, de manera que el profesional en este caso decide no actuar, o bien lleva a cabo la desconexión de algún soporte vital para el paciente, como puedan ser respiradores o soportes nutricionales, pero con la finalidad directa de causar el fallecimiento del paciente, acortar su vida intencionadamente.<sup>35</sup> Ahora bien, para que esto sea cierto, es necesario que el tratamiento que se omite o se retira sea calificado de fútil, de manera que el mismo sería inefectivo para el paciente, por lo que seguir con él sería considerada una mala práctica profesional.<sup>36</sup>

Surge de este modo la tradicional distinción entre eutanasia activa y pasiva en el seno doctrinal, aunque esta distinción carezca de utilidad en la práctica,<sup>37</sup> y ha empezado a perder relevancia en el ámbito sanitario, desde el momento en el cual toda retirada de una medida que sea fútil en el tratamiento del paciente no puede ser ni es considerado como un acto eutanásico, y la retirada o decisión de no iniciación de un tratamiento no tiene por finalidad terminar con la vida del paciente, sino únicamente el tratar al mismo con dignidad, no sometiéndole a tratamientos que, por no reportarle beneficio alguno, pueden llegar a suponer un claro atentado a la dignidad del paciente moribundo.

<sup>31</sup> Vid. Roxin, C., "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia", en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M., *Eutanasia y suicidio*, Comares, Albolote, 2001, p. 1.

<sup>32</sup> En concreto este artículo prevé una pena inferior en uno o dos grados a lo que el CP establece para la cooperación al suicidio en los apartados 2º (Cooperación con actos necesarios que ayudan al suicidio de la persona, delito que tiene una pena de dos a cinco años de prisión) y 3º (Cooperación que llega a causar la muerte del suicida, delito que tiene una pena de seis a diez años de prisión). Por su parte, el artículo 138 del CP prevé una pena de prisión de diez a quince años para el delito de homicidio en su modalidad básica, si bien, caso bastante probable en el contexto en el cual nos movemos, se impondrá la pena superior en grado siempre y cuando el fallecido sea una persona especialmente vulnerable por razón de su enfermedad.

<sup>33</sup> Vid. Somerville, M., "Euthanasia", *The Lancet*, vol. 345, 1995, pp. 1240-1241.

<sup>34</sup> Cfr. Keown, J., *Euthanasia, Ethics and Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 10-11.

<sup>35</sup> Vid. Keown, J. *Euthanasia, Ethics and Public Policy...*, cit, pp. 12 y 15-17 y Meyer, D. W., *Medico-Legal Implications...*, cit., pp. 122-124.

<sup>36</sup> Vid. Kimsma, G. K. y Leeuwen, E. V., "Euthanasia and Suicide in the Netherlands and the USA: Comparing Practices, Justifications and Key concepts in Bioethics and Law", en Thomasa, D. C., Kimbrough-Kushner, T., Kimsma, G. K. y Ciesielski-Carlucci, C. (Eds.), *Asking to Die: Inside the debate about Euthanasia*, Kluwer Academic Press, Dordrecht, 1998, pp.42-34.

<sup>37</sup> Vid. Tomás-Valiente Lanuza, C., "Eutanasia", en Gascón Abellán, M., González Carrasco, Mª. C. y Cantero Martínez, J. (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 952.

## Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

Ahora bien, esto no supone un obstáculo aparente para que esta clasificación deba ser explicada y analizada la misma,<sup>38</sup> toda vez que a efectos penales sí tiene relevancia que nos encontremos ante una u otra eutanasia, ya que lejos de lo que pueda parecer, no toda clase de eutanasia está prohibida por parte del legislador en el artículo 143.4 del CP.

## 2.2.2. Eutanasia activa

Con respecto a la eutanasia activa, es aquel supuesto en el cual se lleva a cabo una acción, generalmente por parte de un profesional sanitario, que provoca de manera directa la propia muerte de la persona,<sup>39</sup> motivo por el cual se ha calificado a la misma como eutanasia activa directa, ya que aquí existe una acción voluntaria, intencional y dolosa, que tiene por finalidad causar la muerte de la persona.<sup>40</sup> Así pues, la nota que va a calificar a este tipo de eutanasia no es el resultado, la muerte de la persona, sino el hecho de que aquí se quiere causar directamente la muerte de la persona enferma, del moribundo, por petición o no de esta última, de ahí que también se califique este supuesto como homicidio a petición,<sup>41</sup> aunque la misma se lleva a cabo mediante la realización de actos positivos que conducen al resultado.<sup>42</sup> Es el caso, por ejemplo, del profesional sanitario que suministra al paciente por vía intravenosa un vial de pentobarbital a petición expresa del mismo, y que le causará la muerte, pero también puede ser el caso del profesional sanitario que suministra a un paciente que está en fase terminal y que está recibiendo cuidados paliativos, una dosis de ketamina por esta misma vía, provocando un

efecto sedante al paciente, que progresivamente irá perdiendo la consciencia, produciéndose finalmente el fallecimiento del paciente por causas naturales.

Esta definición de eutanasia activa, en los términos que hemos señalado, conduciría a considerar como tal no solo los actos tradicionalmente calificados como eutanásicos, sino también aquellos otros que hemos visto se engloban dentro de los cuidados paliativos. Es por ello, y por el hecho de que ambos comportamientos no tienen la misma relevancia para el derecho penal, que debe hacerse una importante diferenciación de estas conductas, de manera que se diferencia entre eutanasia activa directa y eutanasia activa indirecta.

Con respecto a la primera de ellas, la eutanasia activa directa, es aquella en la cual la muerte del paciente es buscada de manera consciente y deliberada.<sup>43</sup> En estos casos, existe un claro dolo en la persona que causa la muerte del paciente, siendo por tanto esta clase de eutanasia la que está expresamente prohibida por nuestro legislador en el artículo 143.4 del CP.

Por su parte, la llamada eutanasia activa indirecta, viene a corresponderse con aquellos casos en los cuales la muerte se provoca por una conducta llevada a cabo por una persona, pero que no pretende el fallecimiento, sino que lo que se pretende es tratar el dolor del paciente,<sup>44</sup> ayudarle no a morir, sino ayudarle en el morir.<sup>45</sup> Por tanto, esta intencionalidad del autor excluye la responsabilidad penal por la actuación, y no existe, tal y como ha señalado la doctrina, un delito de homicidio, tanto por dolo directo como eventual, por el profesional sanitario.<sup>46</sup> Es más, se ha señalado, acertadamente, que en estos casos el profesional sanitario que lleva a cabo este tipo de conductas, actúa cumpliendo un deber de la propia profesión médica,

<sup>38</sup> Sobre la dificultad de la misma, véase Suárez Llanos, L. “La ley de la muerte...”, *cit.*, pp. 331-334.

<sup>39</sup> *Vid.* Nuñez Paz, M. A. *La interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo blanch, 2016, p. 345 y Corcoy Bidasolo, M. “Art. 143”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 504.

<sup>40</sup> *Cfr.* Torio López, A., “Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989-1990, p. 238.

<sup>41</sup> *Vid.* Roxin, C. “Tratamiento jurídico-penal...”, *cit.*, p. 25.

<sup>42</sup> *Vid.* Mendes de Carvalho, S. *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, Comares, Albolote 2009, pp. 268-269.

<sup>43</sup> *Vid.* Zwick, A., “The German Law on Euthanasia: The Legal Basics and the Actual Debate” en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care...*, *cit.*, p. 156.

<sup>44</sup> *Vid.* Torio López, A., “Reflexión...”, *cit.*, p. 232, Sanz Moran, A., “La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa”, en Gómez Tomillo, M., (Dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor; la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly, Unión Editorial, Madrid, 2008, pp. 310-311, López Borja de Quiroga, J., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 193, Roxin, C., “Tratamiento jurídico-penal...”, *cit.*, p. 7, Nuñez Paz, M. A., *La Buena Muerte...*, *cit.*, p. 103 y *La interrupción voluntaria...*, *cit.*, pp. 335-336 y Zwick, A., “The German Law...”, *cit.*, p. 157.

<sup>45</sup> *Cfr.* Mantovani, F., “El problema jurídico de la euthanasia”, en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M., *Eutanasia...*, *cit.*, p. 90.

<sup>46</sup> *Cfr.* Romeo Casabona, C. M., *El Derecho...*, *cit.*, p. 429.

como es el mitigar el sufrimiento del paciente, y si omitiera el mismo podría llegar a darse un supuesto de omisión del deber de socorro punible.<sup>47</sup>

### 2.2.3. Eutanasia pasiva

Eutanasia pasiva es aquel supuesto en el cual, la muerte se causa no por una conducta activa, sino por una omisión del tratamiento que se debería ofrecer al paciente, que se encuentra en una situación de deterioro irreversible o terminal.<sup>48</sup> Una omisión que puede darse bien con anterioridad al inicio del tratamiento médico, de manera que el paciente no es sometido al mismo, o bien, una vez que este ha sido iniciado, se decide retirar del mismo.<sup>49</sup>

Lo característico de la misma es que el paciente no es sometido a un tratamiento que, si bien puede no curar de modo definitivo su dolencia, puede alargarle la vida. Ahora bien, en estos casos nos encontramos con un elemento esencial, como es que esta decisión de omitir es tomada por el propio paciente, por lo que se trata de una omisión que es libre, voluntaria y deliberada,<sup>50</sup> ejercida a través del consentimiento al propio tratamiento que se llevaría a cabo, de manera que en estos casos se deja que la enfermedad siga su curso natural, y por tanto se deja que el paciente fallezca,<sup>51</sup> toda vez que el tratamiento que se omite o rechaza puede ser vital, y que por tanto conduce a un alargamiento de la vida del paciente, tal y como hemos expuesto anteriormente.<sup>52</sup>

Esta decisión puede ser tomada tanto por el propio paciente como por parte de sus propios representantes, en aquellos casos en los cuales el mismo se encuentra incapacitado para consentir, con los problemas que de ello se derivan, y a los cuales haremos alusión más adelante. Por tanto, puede observarse cómo

en estos casos, aún a pesar de que se esté hablando de una omisión,<sup>53</sup> no debe equipararse la eutanasia pasiva con un no hacer, toda vez que lo que el profesional hace es respetar los deseos o la voluntad del paciente de no ser tratado, y por tanto que la enfermedad prosiga su curso natural hasta el desenlace final.

Este tipo de eutanasia no está penalizada en el Código Penal español. Nos encontramos ante un supuesto en el cual el profesional sanitario que actúa omitiendo el tratamiento, o bien mediante la retirada del respirador artificial que mantiene la respiración del paciente, también respetando el deseo del paciente de no someterse a un tratamiento de quimioterapia para su cáncer, por ejemplo, actúa de manera correcta, toda vez que en estos casos está respetando los deseos del paciente, que está ejercitando su derecho a no verse sometido a un tratamiento médico, derecho que además ha sido elevado a fundamental por parte del Tribunal Constitucional español. Es más, si el profesional no atiende a los deseos del paciente y sigue manteniendo el tratamiento o lo impone forzosamente, fuera de los casos que expresamente permite el Ordenamiento español, se estaría cometiendo un delito de coacciones recogido en el artículo 172.1 del CP, en su modalidad agravada, toda vez que en estos casos se impide el ejercicio de un derecho fundamental al paciente, como es el consentir toda actuación médica que se lleve a cabo sobre el mismo.<sup>54</sup>

Pero ahora, cuando hablamos de eutanasia pasiva, no solo vamos a recoger dentro de la misma aquellos casos en los cuales es el propio paciente el que decide rechazar o retirar el consentimiento para el tratamiento médico, sino que además contemplamos los supuestos en los que el paciente no está capacitado para decidir, bien por su propia situación clínica o por incapacidad legal, y el profesional sanitario, a iniciativa propia, o por haberlo consentido el representante

<sup>47</sup> Vid. Torio López, A., “Investigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 4, 1979-1980, p. 191.

<sup>48</sup> Vid. Nuñez Paz, M. A., *La Buena Muerte...*, cit., p. 105 y *La interrupción voluntaria...*, cit., p. 257.

<sup>49</sup> Vid. Torio López, A., “Reflexión...”, cit., p. 234 y Lindsay, R. A., “Euthanasia”, en LaFollette, H. (Ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, London, 2013, pp. 1771-1772.

<sup>50</sup> Vid. Mendes de Carvalho, S., *Suicidio...*, p. 272.

<sup>51</sup> Vid. Zwick, A., “The German Law...”, cit., p. 159.

<sup>52</sup> Es el caso, por ejemplo, de un enfermo que padece una enfermedad renal, pero que decide no someterse a un tratamiento de diálisis.

<sup>53</sup> En idéntico sentido al nuestro, Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, S., “Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, 2012, pp. 123-124. Estos autores, con acierto igualmente, vienen a precisar que, a la hora de hablar de eutanasia activa, tampoco debe asimilarse la misma con un hacer, con una conducta activa, ya que en estos casos lo relevante es llevar a cabo una conducta para matar, no se trata simplemente de dejar morir al enfermo.

<sup>54</sup> Véase la sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011.

Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

del paciente, decide no someter al mismo a un tratamiento que es fútil, y que por tanto no va a conducir a la mejora del paciente, ni a su recuperación. Con buen criterio, en estos casos se ha afirmado la legalidad de esta práctica, toda vez que el profesional sanitario ha actuado de manera correcta, conforme al criterio de la *lex artis ad hoc*.<sup>55</sup> a tenor del cual, no está indicado ni ética ni jurídicamente, el someter al paciente a un tratamiento carente de sentido,<sup>56</sup> que prolonga su agonía en el tiempo, convirtiendo al propio ser humano en un mero cuerpo que ya no depende de sí mismo, sino de la tecnología sanitaria para conservar al paciente, privándolo de lo que podemos considerar como una muerte natural, a la cual toda persona tiene derecho, en la medida en que de lo contrario estaríamos atentando contra uno de los valores fundamentales, como es la propia dignidad, y sometiendo a la persona a un claro supuesto de encarnizamiento terapéutico.<sup>57</sup>

Aún así, en este último caso, es fundamental que el tratamiento que se omite por parte del profesional sanitario sea considerado fútil en los términos que anteriormente hemos señalado, o bien que se cuente con el rechazo por parte del propio paciente al tratamiento. De lo contrario, sí podría generarse responsabilidad penal por parte del profesional sanitario que decide no llevar a cabo un tratamiento que podría reportar algún tipo de mejoría al paciente, en virtud del artículo 196 del CP, que recoge el delito de denegación de asistencia sanitaria, si bien, en este caso deberá generarse un riesgo grave para la salud del paciente, ya que de lo contrario no sería posible aplicar este precepto, sino que debería acudir al régimen disciplinario, y por tanto a las sanciones administrativas.

## 2.2.4. Eutanasia voluntaria e involuntaria

Finalmente, ha de hacerse referencia a una última clasificación que diferencia entre eutanasia voluntaria e involuntaria, en función del papel del paciente. Con carácter preliminar, ha de señalarse que en esta clasificación resulta igualmente de aplicación a las anteriores, siendo un complemento de ellas, de manera que la eutanasia activa y la eutanasia pasiva, podrán ser a su vez voluntaria e involuntaria, según el grado de participación del paciente en la decisión.

Por eutanasia voluntaria,<sup>58</sup> entendemos aquellos casos en los cuales es el propio paciente el que solicita que se le practique el acto médico que conducirá al fallecimiento —eutanasia activa voluntaria directa—, o bien que se le apliquen los cuidados paliativos, en concreto la sedación —eutanasia voluntaria indirecta—. Igualmente, entran dentro de esta categoría los supuestos en los que es el propio paciente quien solicita que se le retire el tratamiento de soporte vital, o decide rechazar un tratamiento que se le indica —eutanasia pasiva voluntaria—. Lo fundamental y esencial en todos estos casos, es que el propio paciente es quien adopta la decisión, participando de este modo de una manera activa en el procedimiento, siendo este consentimiento el que legitima el acto médico en aquellos casos en los que él no está penalizado, o sirve de atenuante cuando sí está penalizado. Se trata del ejercicio de la autonomía del propio paciente en el contexto de las decisiones al final de la vida.

La eutanasia involuntaria,<sup>59</sup> en cambio, es aquel supuesto en el cual el acto médico se lleva a cabo sin el consentimiento del propio paciente, que se encuentra en una situación de incapacidad médica —véase el caso de los enfermos en coma, o en estado vegetativo

<sup>55</sup> La cual marcará las actuaciones médicas que son correctas para el paciente en concreto, según su propio estado y características, y además servirá para fijar el riesgo permitido a efectos penales, y por tanto fijar la frontera entre la licitud y la criminalización de la conducta. Vid. Torio López, A., “Investigación y auxilio al suicidio...”, *cit.*, pp. 192-193.

<sup>56</sup> Vid. Sanz Moran, A., “La eutanasia...”, *cit.*, p. 316, Torio López, A., “Reflexión...”, *cit.*, p. 236 y Romeo Casabona, C. M., *El Derecho... cit.*, pp. 421-422.

<sup>57</sup> Un deber, el de evitar el encarnizamiento terapéutico, que ha sido positivizado igualmente en las distintas Leyes autonómicas sobre Muerte Digna, aprobadas hasta la fecha. En concreto véase el artículo 18 de la Ley de Galicia y 21 de las Leyes de Baleares, Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Canarias y País Vasco y 20 de la Ley Foral Navarra.

<sup>58</sup> Vid. Herring, J., *Medical Law and Ethics*, 6ª ed., Oxford University Press, Londres, 2016, p. 535 y Montgomery, J., *Health Care Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 468-470.

<sup>59</sup> Vid. De Cruz, P., *Medical Law*, 2ª ed., Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, London, 2005, p. 217 y Scherer, J. M. y Simon, R. J., *Euthanasia and the Right to Die. A Comparative View*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanhan, Boulder, New York, Oxford, 1999, p. 13. En la jurisprudencia americana resulta esencial sobre este término, la sentencia del Corte de Apelaciones del noveno circuito, del 7 de diciembre de 1994, *Compassion in Dying v. Washington* (79 F.3d 790).

persistente—, o bien legal.<sup>60</sup> La problemática que plantean estos casos es elevada, toda vez que al no ser el propio paciente el que consiente es necesario que el propio facultativo sea el que determine cuál es el mejor interés para el paciente atendiendo al estado del mismo, o bien sean los propios familiares o representantes legales del mismo los que tengan la complicada decisión, para lo cual tendrán que hacer una tarea retrospectiva para conocer los deseos del paciente, para acabar tomando, en ambos casos, la decisión de consentir o no por representación.<sup>61</sup>

Por eso motivo que hemos señalado, nos encontramos ante el supuesto que mayor atención ha merecido por parte del legislador sanitario, previendo el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LDO), el criterio que en estos casos se ha de seguir para adoptar la decisión: siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente.<sup>62</sup> En caso de que no se actúe en estos supuestos en los que el paciente no ha especificado su voluntad, y no es posible conocerla, el profesional sanitario podría incurrir en un delito de homicidio en comisión por omisión,<sup>63</sup> toda vez que en estos casos es quien asume la posición de garante del enfermo incapaz, y por tanto encargado de salvaguardar la vida del paciente desde el momento en el cual empieza a estar bajo su responsabilidad.

En estos casos se entiende que, ante la ausencia de conocimiento de la voluntad del paciente, por carecer de documento de instrucciones previas, por no haberse podido conocer la misma a través de personas unidas al mismo, y en virtud del artículo 9 de la LDO que hemos señalado, se deberá adoptar toda medida terapéutica que contribuya a salvaguardar la vida del paciente, ya que de lo contrario, si se adopta la decisión de no tratar al paciente o de retirar un tratamiento ya iniciado, cuando este no es considerado como fútil, de producirse el fallecimiento de la persona nos encontraríamos ante un supuesto de homicidio, siendo imputable a la persona que autorizó la decisión.<sup>64</sup> Si, por el contrario, el tratamiento no va a proporcionar ningún beneficio para el propio paciente, y por tanto sería un tratamiento fútil, el profesional sanitario estaría legitimado para no llevar a cabo el mismo o retirarlo en ese momento.<sup>65</sup>

Finalmente, y con respecto a la eutanasia involuntaria, merece especial interés el denominado documento de instrucciones previas, en la medida en que permite conocer la voluntad del paciente, previamente manifestada, con respecto a qué tratamiento quiere o no llevar a cabo, o bien, llegado un determinado momento y situación, si quiere que se ponga fin al tratamiento que se le viene administrando, pudiendo ordenar incluso la retirada de medidas de soporte vital. Esta posibilidad, está amparada en el artículo 11 de la LDO, y siempre que el paciente hubiese emitido este documento, y el mismo cumple con los requisitos formales y materiales que este mismo artículo

<sup>60</sup> Vid. Pattinson, S., *Medical Law & Ethics*, 4ª ed., Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, London, 2014, p. 487 y Warnock, M. y Macdonald, E., *Easeful Death*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 51.

<sup>61</sup> Véase al respecto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 5 de junio de 2005, asunto *Lambert y otros vs. Francia* (Recurso nº 46043/14). En esta sentencia se discutía la posibilidad de ordenar la retirada de un tratamiento a un paciente en estado vegetativo por parte de sus familiares. El Tribunal avaló esta posibilidad, pero añade un importante matiz para hacerla compatible con el Convenio, ya que en estos casos los Estados deberán prever un procedimiento que contribuya a garantizar que la decisión que se adopta sería la misma que adoptaría el paciente en caso de encontrarse en condiciones de consentir por sí mismo la retirada. Igualmente, prohíbe de manera expresa el encarnizamiento terapéutico.

<sup>62</sup> Tal y como expresamente recogen los apartados 6 y 7 de este artículo 9. En caso de que se entienda que la decisión que se adopta por el representante es contraria a dichos intereses, la LDO prevé que en estos casos, la misma deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

<sup>63</sup> Vid. Nuñez Paz, M. A., *La interrupción voluntaria...*, cit., pp. 267-268.

<sup>64</sup> Vid. Corcoy Bidasolo, M “Art. 143...”, cit., p. 505.

<sup>65</sup> Véase al respecto el caso de la Cámara de los Lores de Gran Bretaña *Airedale NHS Trust v. Bland* ([1993] A.C. 789), en la cual se declara la posibilidad de finalizar con un tratamiento considerado como fútil para un paciente incapacitado, a pesar de que era un tratamiento vital, y por tanto se produciría la muerte del paciente tras ello. En este caso, la Cámara de los Lores admite que los profesionales sanitarios puedan llevar a cabo esta acción, siempre y cuando sea para garantizar la dignidad del paciente en el proceso de la muerte, cuando el tratamiento médico no va a reportar beneficio alguno al paciente.



Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

reconoce, el profesional sanitario deberá cumplir con lo dispuesto en las instrucciones previas, siendo pues, el documento clave para conocer la voluntad del paciente que ha devenido incapaz con posterioridad a este acto.<sup>66</sup>

### 2.3. El suicidio médicamente asistido

#### 2.3.1. El concepto de suicidio

Junto al término eutanasia que hemos analizado anteriormente, ha de tenerse en cuenta a su vez otro concepto no menos importante que el anterior, el suicidio asistido. La eutanasia, tal y como hemos señalado, parte de la base de la existencia de una situación en la cual el paciente solicita a una persona que se termine con su vida, accediendo a ello y adoptando las medidas necesarias. Existe por tanto una actuación de una persona que provoca en última instancia el fallecimiento del paciente.

En otras ocasiones, en cambio, cuando la persona que actúa es un profesional sanitario, lo que viene a hacer es ayudar al propio paciente para que sea este el que lleve a cabo el acto de terminar con su vida, proporcionándole aquellos fármacos cuyo consumo provoca irremediamente el fallecimiento. En este supuesto se habla de suicidio asistido,<sup>67</sup> cuyo tratamiento jurídico-penal es diferente, toda vez que en este caso no se habla de homicidio, sino que estaríamos ante otro delito diferente, como es el caso de suicidio,

que en el campo sanitario es denominado como suicidio médicamente asistido, y tiene como nota característica, y diferenciadora de la eutanasia, que es la cooperación del profesional sanitario en la muerte del paciente proporcionando un modo con el cual llevar a cabo la misma,<sup>68</sup> pero no siendo la persona que ejecuta directamente el acto que causa la muerte. De lo contrario, si existe una cooperación activa a la muerte del paciente, estaremos hablando de eutanasia activa o pasiva, en función de cómo ha actuado el cooperante.

El suicidio en sí mismo, no se encuentra en la actualidad penalizado en los distintos Estados, constituye una conducta que no es típica desde el punto de vista penal,<sup>69</sup> toda vez que carece de sentido la imposición de pena alguna a aquella persona que atenta de modo directo contra su vida sin poner en riesgo otros bienes jurídicos pertenecientes a terceras personas.<sup>70</sup> Si es considerada como una conducta constitutiva de delito la cooperación o la inducción al suicidio, ya que es la persona que ha provocado el ánimo suicida al fallecido que previamente no tenía, o bien, en el caso de la cooperación, la misma es asimilable al homicidio, toda vez que directamente conduce a la muerte del suicida, ejecutando actos que conducen al fallecimiento de la persona.

A pesar de la importancia que presenta el concepto de suicidio, el legislador español no ha querido recoger una definición expresa de qué se entiende por tal, sino que únicamente se ha limitado a penalizar, en los apartados primero a tercero del artículo 143 del

<sup>66</sup> Este artículo 11, entiende por documento de instrucciones previas, en su apartado primero, aquel documento, por el cual, “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. Además, también permite que el otorgante del documento pueda designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el profesional sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Ahora bien, en el apartado tercero de este mismo artículo se contempla un límite a este deber de cumplimiento, de manera que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. Si se dan estos supuestos, el profesional sanitario podrá omitir el cumplimiento de las mismas, si bien, deberá dejar constancia razonada de ello en la historia clínica del paciente. Sobre las instrucciones previas, con carácter general, véase por todos, Gallego Riestra, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: una Nueva Realidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009 y De Montalvo Jääskeläinen, F., *Muerte Digna y Constitución: Los límites del Testamento Vital*, Editorial Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, y la bibliografía citada en estos trabajos.

<sup>67</sup> Vid. Somerville, M. *Death Talk...*, cit., p. 106.

<sup>68</sup> Vid. Keown, J. *Euthanasia, Ethics and Public Policy...*, cit, p. 31 y Barrios Flores, L. F. “La sedación terminal”, *Derecho y Salud*, volúm. 13, núm. 2, 2005, p. 159. No obstante, este autor contempla igualmente aquellos supuestos en los cuales la muerte es causada de modo directo por el profesional sanitario a petición del propio paciente. Nosotros entendemos que esta última modalidad es un supuesto de eutanasia activa y no un suicidio médicamente asistido.

<sup>69</sup> Cfr. Felip i Saborit, D., “El homicidio y sus formas”, en Silva Sánchez, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015, p. 46 y 48.

<sup>70</sup> Vid. Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, 2015, p. 57.

CP, la cooperación y la inducción al mismo, habiendo perdido. en el momento de aprobación del CP y sus posteriores reformas, una importante oportunidad de contribuir a dotar de seguridad jurídica al profesional sanitario en su actuación,<sup>71</sup> a diferencia de lo que ha hecho en el apartado cuarto de este mismo artículo con la eutanasia, en la cual proporciona los elementos esenciales de la misma. Es por ello, por lo que ha de acudir nuevamente a la doctrina y a la práctica jurisprudencial, que ha desarrollado ampliamente este concepto, de cara a disipar aquellas dudas que puede generar el mismo.

Se define al suicidio como la muerte provocada de manera voluntaria por una conducta de la propia víctima.<sup>72</sup> Es decir, ha sido la persona la que ha llevado a cabo su propia muerte en circunstancias en las cuales no se ha visto coaccionado por otra para llevar a cabo esa acción, la muerte querida libremente por la persona suicida. A esta definición, generalmente aceptada, se añade a su vez, por un importante sector doctrinal, y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la necesidad de que el suicida pueda ser considerado como imputable penalmente,<sup>73</sup> a los efectos de poder determinar cuándo se ha dado o no un conducta voluntaria, de manera que en estos casos se trasladan al ámbito del suicidio los requisitos generales que exige el CP en los artículos 155 y 156 para que dar

validez al consentimiento en la lesiones. De este modo, se considerará que nos encontramos ante un suicidio que ha sido ejecutado de manera libre, en todos aquellos casos en los cuales no esté presente alguna de las causas por las cuales el suicida puede ser considerado como un sujeto inimputable de conformidad con los artículos 19 y 20 del CP. De lo contrario, estaríamos hablando de un suicidio que no es libre, y toda persona que hubiese contribuido al mismo, sería responsable de un delito de homicidio o asesinato.<sup>74</sup>

En conexión con esta libertad que ha de tener la decisión del suicida, este deberá tener en todo momento el dominio de hecho sobre el acto, de tal forma que sea libre de decidir si lleva hasta sus últimas consecuencias su acto, o bien si quiere poner fin al mismo, de manera que ya no decida suicidarse<sup>75</sup>. Esta es, pues, la nota que viene a diferenciar de manera clara el suicidio del homicidio,<sup>76</sup> ya que en este último el dominio del hecho no está en la propia víctima, sino en el sujeto activo del delito.

El concepto de suicidio que hemos señalado, y al que nos adherimos, no exige que exista motivación alguna específica en el suicidio por parte de la persona.<sup>77</sup> El motivo que le ha llevado a tomar la decisión del suicidio es irrelevante, salvo que exista influencia de un tercero a través de la inducción al mismo, en cuyo caso sí adquiere relevancia penal este motivo.

<sup>71</sup> De idéntico parecer al nuestro, Tomás-Valiente Lanuza, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 41 y 50-51.

<sup>72</sup> Vid. Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, S., “Participación en el suicidio y eutanasia...”, *cit.*, p. 125, Olmedo Cardenete, M., “Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido”, en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M., *Eutanasia...*, *cit.*, p. 114. Otros autores lo definen como la muerte querida de una persona con capacidad racional para decidir libremente sobre su vida, *cfr.* Corcoy Bidasolo, M “Art. 143...”, *cit.*, p. 500.

<sup>73</sup> Véase a tales efectos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 1994 (Ar. 8870), que expresamente define el suicidio como “muerte querida y buscada por parte de una persona imputable”. Un concepto que es extraído a su vez de Torio López, A., “La noción jurídica de suicidio”, en *Estudios de Derecho público y privado. Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano, Tomo II*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 663. También, Carbonell Mateu, J. C., “Homicidio y sus formas (y III): suicidio y eutanasia”, en González Cussac, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 75, Quintero Olivares, G., “Art. 143”, en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 75, Silva Sánchez, J. M., “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, fasc. II, 1987, pp. 454 y Tomás-Valiente Lanuza, C., *La cooperación...*, *cit.*, p. 48. Igualmente, aunque únicamente hace referencia a la necesidad de que, el suicida, sea consciente de su acto y no exista engaño, López Borja de Quiroga, J., *Los límites de la vida...*, *cit.*, pp. 182-183. En contra, Romeo Casabona, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pp. 102-103 y *El Derecho...*, *cit.*, pp. 427-428, que entiende que en estos casos no es posible extrapolar al ámbito del suicidio los criterios que determinan o no la imputabilidad penal de una persona, a pesar de reconocer que sean más fácilmente objetivables y comprobables que unos propios y exclusivos para el suicidio. Para este autor, lo relevante en estos casos es que atenerse a la capacidad real natural de juicio o madurez del suicida en el momento del hecho, de manera que pueda comprender el alcance y la trascendencia de su conducta.

<sup>74</sup> Vid. Mendes de Carvalho, S., *Suicidio...*, *cit.*, pp. 226-227 y Tomás-Valiente Lanuza, C., *La cooperación...*, *cit.*, p. 43.

<sup>75</sup> Vid. Romeo Casabona, C. M., *Los delitos...*, *cit.*, pp. 100-101.

<sup>76</sup> Vid. Silva Sánchez, J. M. “Causación de la propia muerte...”, *cit.*, pp. 455-456.

<sup>77</sup> Vid. Molero Martín-Salas, Mª. P. *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014, p. 190.

Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

Igualmente, entendemos que ha de darse un elemento intencional, que la conducta que se lleva a cabo, esté informada por un objetivo concreto, tener como finalidad en sí misma o englobada dentro de otra, el terminar con la propia vida.<sup>78</sup>

La persona puede llevar a cabo el suicidio, sin necesidad de requerir la ayuda de un tercero, o bien requiriendo su ayuda, pero para utilizar medios para llevar a cabo el acto que no son propiamente sanitarios, como pueda ser el caso de una pistola, o bien puede requerir la ayuda de un profesional sanitario que le facilite o le indique aquellas sustancias que deberán ser ingeridas por el paciente para suicidarse. En este último caso, hablamos de suicidio médicamente asistido, entendiendo por tal aquellos casos en los cuales es la persona lleva a cabo la ingesta de un medicamento, el cual le ha sido previamente recomendado o prescrito por un profesional sanitario.<sup>79</sup> Este es el supuesto que ha sido legalizado en la amplia mayoría de los Estados en los cuales se ha legalizado el suicidio, aunque combinando el mismo con los requisitos que anteriormente hemos visto para el caso de la eutanasia, exigiéndose que el paciente al cual se le prescribe el llamado coctel suicida, debe cumplir una serie de requisitos de carácter clínico, en concreto relacionados con la enfermedad que padece, que ha de ser terminal, aceptando además el criterio de una expectativa de vida de seis meses desde el diagnóstico de la enfermedad para ser considerada como terminal. El ejemplo más claro lo constituye la legislación sobre muerte digna de los Estados de Oregón —8 de noviembre de 1994—, Washington —4 de noviembre de 2008—, Vermont —20 de mayo de 2013— y

California —5 de octubre de 2015— en los Estados Unidos.<sup>80</sup>

2.4. *Los cuidados paliativos*

Los cuidados paliativos, tal y como hemos comentado al inicio del presente trabajo, son una consecuencia necesaria de la prolongación que han conseguido las nuevas tecnologías sanitarias, del proceso de agonía del paciente, por lo que el fin último que pretenden está estrechamente relacionado con los mismos. Es por ello, por lo que se ha señalado, con buen criterio, que la diferencia entre los cuidados paliativos y la eutanasia viene marcada el hecho de que el paciente está sufriendo dolores, pero en el caso de los cuidados paliativos, el profesional sanitario tomará en cuenta y actuará con la finalidad de aliviarlos, existiendo desde este momento una necesaria interrelación entre el tratamiento y la prolongación del alivio del dolor, por lo que sin los cuidados paliativos no sería posible, de ahí que en estos casos no exista en ningún momento una intención de provocar el fallecimiento del paciente.<sup>81</sup> Se trata de facilitar la muerte natural del paciente de la manera más digna. Si algo caracteriza a la medicina moderna, es el hecho de que la propia tecnología sanitaria ha hecho posible el prolongar la vida del paciente hasta momentos insospechables hasta hace no mucho,<sup>82</sup> aunque sin que eviten el resultado final, la muerte por la enfermedad que el paciente, en condición terminal,<sup>83</sup> padece.

En estos casos el profesional sanitario no solo va a actuar legitimado por el consentimiento que el propio paciente le ha dado, sino que también cumple con

<sup>78</sup> Vid. Silva Sánchez, J. M., “Causación de la propia muerte...”, *cit.*, p. 456.

<sup>79</sup> Vid. Wolf, M. S., “Physician-Assisted Suicide”, *Clinics in Geriatric Medicine*, núm. 21, 2005, p. 181 y Nuñez Paz, M. A., “Suicidio asistido”, en Romeo Casabona, C. M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho. Tomo II: i-2*, Comares, Granada, 2011, pp. 1571-1572.

<sup>80</sup> Existe a su vez otro Estado que ha despenalizado el suicidio asistido, como es el caso de Montana, si bien, lo ha hecho a consecuencia de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Montana de 31 de diciembre de 2009, Baxter contra el Estado de Montana, y en el cual se declaró la posibilidad de que el profesional sanitario que prescribe una medicación que va a ser empleada por un paciente terminal para su suicidio, pueda verse amparado por el consentimiento de este para eximirse de responsabilidad penal por el suicidio, y por tanto no ser procesado penalmente por ello. Igualmente, no debe perderse de vista la situación de Canadá, tras la sentencia de su Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2015, *Carter* contra Canadá ([2015] 1 SCR 331), en la cual se declara contrario a la constitución la tipificación del auxilio al suicidio como delito.

<sup>81</sup> *Cfr.* Gordon, M. y Singer, P. A., “Decisions and care at the end of life”, *The Lancet*, vol. 346, 1995, p. 163.

<sup>82</sup> *Vid.* Randall, F. y Downie, R. S., *Palliative Care Ethics*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 1999, pp. 122-123.

<sup>83</sup> Por paciente terminal, entendemos, de acuerdo a la SECPAL, en el apartado segundo de su guía sobre cuidados paliativos, aquel paciente en el cual concurren las siguientes circunstancias: Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable, falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes, gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte, y presenta un pronóstico de vida inferior a 6 meses.

un importante deber de la profesión médica para con aquellos pacientes cuya enfermedad ya no es curable. El Código Deontológico Médico,<sup>84</sup> en su artículo 36.1, obliga a que el médico intente la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible, ahora bien, en aquellos casos en los que esto no es posible, este deber de curación o mejoría se convierte en un deber de mitigación del dolor, de manera que surge la obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir su bienestar, aun cuando pudiera derivarse un acortamiento de la vida.

De conformidad con la Organización Mundial de la Salud, los cuidados paliativos, “constituyen un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual”.<sup>85</sup> Es decir, los cuidados paliativos no constituyen una única medida terapéutica que es adoptada por parte del facultativo para con un paciente que ya se encuentra en la fase final de su enfermedad, como pueda ser la sedación terminal o el tratamiento con opiáceos para el dolor. Los cuidados paliativos son algo más, es un conjunto de medidas que se adoptan no solo por una persona en concreto, como es el facultativo, sino por un equipo multidisciplinar de profesionales, tanto sanitarios como no, y que tienen como finalidad única y exclusiva el alivio del dolor del paciente, teniendo en

cuenta que no solo se busca con ello un alivio físico, sino también emocional y espiritual.<sup>86</sup>

Se trata de que acompañar al paciente en el tránsito hacia la muerte, de manera que este tránsito sea lo más confortable y digno, y que, además, tal y como hemos expuesto más arriba, la persona pueda dejar en orden las cosas de su casa de manera ordenada, y lo más importante de todo, sin perder en ningún momento su autonomía y dignidad,<sup>87</sup> garantizando de este modo una atención integral a la persona, toda vez que los cuidados paliativos no se centran solo en la propia enfermedad y cómo aliviar sus efectos, sino también en la propia persona, motivo por el cual se habla de unos cuidados paliativos integrales.<sup>88</sup>

### 3. La sedación terminal. En particular, la doctrina del doble efecto y su aplicación a los cuidados paliativos

Tal y como se ha señalado anteriormente, los cuidados paliativos constituyen un proceso asistencial continuo, a lo largo del cual se llevan a cabo diversas acciones tanto asistenciales como no en el paciente terminal. Una de ellas, y la más polémica, es la sedación paliativa o terminal. En ella, el profesional sanitario, que a la hora de aplicar al paciente el tratamiento de cuidados paliativos, lleva a cabo una sedación que le acaba provocando la muerte, pero no ha cometido un acto eutanásico y por tanto no perseguible penalmente. Esto se justifica mediante la aplicación de la doctrina del doble efecto, iniciada en el ámbito teológico y moral, en concreto por Santo

<sup>84</sup> La versión vigente ha sido aprobado por la asamblea general de la Organización Médico Colegial el 9 de julio de 2011.

<sup>85</sup> En concreto su resolución de su Asamblea General “Fortalecimiento de los cuidados paliativos como parte del tratamiento integral a lo largo de la vida” (WHA67.19). Por su parte, en el ámbito legislativo, las distintas Leyes de Muerte Digna han procedido a definir los cuidados paliativos como «conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales» (Véase el artículo 3.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia).

<sup>86</sup> Es bastante expícito al respecto el Consejo de Europa, cuando en la Recomendación (2003) 24, anteriormente citada, precisa que los cuidados paliativos constituyen cuidados activos, integrales, de los pacientes con enfermedades avanzadas y progresivas, que pretenden el control del dolor y otros síntomas, y ofrecen soporte psicológico, social y espiritual.

<sup>87</sup> En este campo resulta esencial la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1418 (1999), sobre protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos. En ella se insta a los Estados miembros a que garanticen una serie de derechos a los pacientes que se encuentran en fase terminal, y entre los cuales se encuentra el acceso a los cuidados paliativos, el derecho a rechazar un tratamiento, aun cuando este sea vital, o el consentimiento informado de cara a tomar decisiones en el proceso final de la vida.

<sup>88</sup> Cuyo acceso está garantizado en las distintas Leyes de Muerte Digna. En concreto, en los artículos 12 de las Leyes de Galicia, Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón y 13 de la Ley Foral de Navarra y de la Ley del País Vasco.

## Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

Tomás de Aquino.<sup>89</sup> Esta teoría va a permitir exculpar al profesional sanitario que, con intención única y exclusiva de aliviar el dolor y el padecimiento del paciente, y con su consentimiento previo, procede a aplicarle la sedación, a pesar de que es consciente de la consecuencia final de su acto.<sup>90</sup>

Por tanto, el presupuesto esencial que se tiene que dar para poder exculpar al profesional sanitario por esta práctica, y no ser culpable de un delito de homicidio, es de carácter volitivo. La intención es la de aliviar el dolor, no matar al paciente, ya que no se admite que se quiera proporcionar consciente y deliberadamente la muerte de la persona, toda vez que esto es moralmente inadmisibles, y en caso de llevarse a cabo la sedación con una finalidad de provocar la muerte al paciente estaríamos ante un supuesto de eutanasia activa por parte del profesional sanitario. Esto se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que en estos supuestos existe una diferencia entre lo que es considerado como “morir” y “dejar morir”.<sup>91</sup>

Lo primero, el morir, desde la perspectiva del paciente, o matar, desde el punto de vista del profesional, es considerado como no permitido moralmente, toda vez que implica que el profesional sanitario es el que causa deliberadamente una muerte que, de no haber intervenido, no debería haber sucedido, motivo por el cual es una conducta que no está justificada, y por tanto, en aquellos países en los cuales el derecho penal sanciona la práctica de la eutanasia, sería penalizada.

El dejar morir, implica que la acción no busca el causar la muerte del paciente, sino que aquí se trata de buscar el alivio del dolor, el confort de la persona en el momento final de su vida, evitando que se someta

a un tratamiento que no le reportará beneficio alguno, más que una prolongación de su situación de agonía, o bien la finalización de uno que ya se ha comenzado, pero que tiene estos mismos efectos para el paciente. Así, lo que se trata es de no alargar más el proceso de la muerte, dejando que esta suceda de manera natural en el paciente, aunque procurando el máximo bienestar posible al paciente en ello.

Pero, no es suficiente con el hecho de que la acción busque este objetivo o finalidad, sino que además han de darse los siguientes requisitos, de manera cumulativa:<sup>92</sup>

- La acción deberá ser buena o neutral desde el punto de vista moral.
- El efecto dañino que se causa al paciente, aunque pueda ser previsto, no ha de ser buscado.
- El efecto beneficioso al paciente no ha de ser una consecuencia del efecto dañino.
- Deberá existir proporcionalidad entre la acción beneficiosa y la acción dañina.

Si en el acto médico que se lleva a cabo se dan los requisitos anteriormente señalados, aunque se produzca la muerte del paciente, el profesional sanitario no será considerado culpable, al no existir responsabilidad penal por el fallecimiento, tal y como ha sido declarado por la Corte de los Loes Británica en el caso *Bland*, anteriormente citado, o la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán,<sup>93</sup> y el propio Tribunal Supremo norteamericano, en los célebres casos de *Vacco vs. Quill*,<sup>94</sup> *Washington vs. Glucksberg*,<sup>95</sup> ambos fallados el 26 de junio de 1997, y en los que si bien niegan la existencia de un derecho constitucional,

<sup>89</sup> Vid. Young, R., *Medically Assisted Death...*, cit., p. 100. Sobre la historia de este principio, véase Cavanaugh, T. A., *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 1-37.

<sup>90</sup> Vid. Cohen-Almagor, R., *The Right to Die with Dignity...*, cit., p. 27 y Quill, T. E., Bernard, L. y Brock, D. W., “Palliative Options of Last Resort...”, cit., pp. 56-58.

<sup>91</sup> Véase Young, R., *Medically Assisted Death...*, cit., pp. 85-87 y Randall, F. y Downie, R. S. *Palliative Care...*, cit., pp. 122-124 y 270-278.

<sup>92</sup> Vid. Rich, B. A., “The Delineation...”, cit., p. 811, Keown, J., *Euthanasia, Ethics and Public Policy...*, cit, p. 20, Young, R., *Medically Assisted Death...*, cit., pp. 97-98 y Barrios Flores, L. F., “La sedación terminal...”, cit., p. 164.

<sup>93</sup> Véase la sentencia de 15 de noviembre de 1996 (BGHSt 42, 301), que permite el suministro de una medicación a un paciente terminal, aunque la misma le suponga el acordamiento de su vida, siempre y cuando esta sea la voluntad declarada o presunta del paciente, y se haga con la finalidad de mitigar el dolor.

<sup>94</sup> 521 U.S. 793 (1997). En este caso, el propio Tribunal Supremo norteamericano llega a señalar expresamente que, aún a pesar de que algunos defensores del suicidio médicamente asistido y de la eutanasia, sostienen que la sedación está cubriendo el propio suicidio médicamente asistido o la eutanasia, el concepto de sedación farmacológica se basa en cuestiones diferentes, como es el caso del propio consentimiento informado y el principio del doble efecto.

<sup>95</sup> 521 U.S. 702 (1997).



o una garantía constitucional, del derecho al suicidio, sí que admiten la posibilidad de que se pueda llevar a cabo un tratamiento médico que, dirigido a mitigar el dolor del enfermo terminal, produce como efecto la muerte del mismo, acortando su vida, siempre y cuando este no sea el fin directo perseguido por el propio profesional sanitario, que es paliar el dolor, aunque una consecuencia previsible, pero no buscada, es el fallecimiento del paciente.

Por su parte, y en el ámbito religioso, este principio ha sido igualmente admitido por parte de las distintas religiones, entre ellas la católica, a través, fundamentalmente, de la Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 5 de mayo de 1980, *Iura et Bona* sobre la eutanasia, en la que se puede leer que, si bien las prácticas eutanásicas no son posibles ni permitidas, la prudencia humana y cristiana sugiere para la mayor parte de los enfermos el uso de las medicinas que sean adecuadas para aliviar o suprimir el dolor, aunque de ello se deriven, como efectos secundarios, entorpecimiento o menor lucidez de la persona. Igualmente, la misma es admitida también por parte del Islam, siempre y cuando el único fin que se persiga es ayudar a mitigar y eliminar el dolor del enfermo. E incluso también la propia religión judía.

De este modo, se observa cómo a través de la doctrina del doble efecto, puede llegarse a la conclusión de que la sedación terminal no puede ser punible como regla general. La excepción a esta regla vendrá marcada por aquellos casos en los cuales el profesional sanitario inicia la sedación del paciente con la intención no de aliviar su dolor, sino de terminar con su vida, bien por decisión propia o bien por petición expresa del paciente, cuando el mismo no padece una enfermedad terminal.

Pero esto no es suficiente para que exculpar al profesional sanitario de toda responsabilidad por el

fallecimiento del paciente tras llevar a cabo la sedación. Para ello entendemos que es un requisito que ha de adicionarse a los que anteriormente hemos señalado de carácter intencional, la propia sedación que se ha llevado a cabo ha de ser acorde con la *lex artis* indicada,<sup>96</sup> ya que, de lo contrario, el profesional vendría a incurrir en una mala praxis y, por tanto, aún a pesar de que concurriera en su conducta todos los elementos que anteriormente expuesto, sería culpable de homicidio, aunque en este caso habría que estudiar si esta desviación de la *lex artis* es dolosa, en cuyo caso estaríamos ante un homicidio, o bien provocada por una imprudencia grave, y por tanto se trataría de un homicidio por imprudencia.

En el ámbito español, la sedación mediante el empleo de fármacos, está admitida en la praxis médica diaria y así lo reconocen y avalan las distintas sociedades científicas, tal y como ya hemos señalado, fundamentalmente la SECPAL, y está admitida además como una práctica ética, un deber que es impuesto en el artículo 36.1 del Código Deontológico Médico,<sup>97</sup> según el cual, el médico está obligado a buscar la curación o mejoría del paciente, como primer objetivo, si bien, cuando esto no es posible surge una nueva obligación para el mismo, como es la de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del propio paciente, aun cuando pudiera derivarse un acortamiento de su vida. Acto seguido, en su apartado quinto, se refiere específicamente a la sedación en la agonía, en la situación terminal del paciente, precisando que la misma será considerada científica y éticamente correcta únicamente cuando existen síntomas refractarios a los recursos terapéuticos disponibles para la situación del paciente, y además se dispone del consentimiento implícito, explícito o delegado.

<sup>96</sup> Así, son claras las distintas normas autonómicas sobre muerte digna, en concreto los artículos 13 de las Leyes de Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón y 14 de la Ley Foral de Navarra, y la Ley del País Vasco y artículo 11 de la Ley Gallega. Estas normas, únicamente permiten este tipo de sedación en el caso en el cual la persona se encuentra en situación grave e irreversible, terminal o de agonía y padece un sufrimiento refractario, sea fruto de una enfermedad progresiva o de un proceso súbito, pero únicamente tendrá derecho a recibir sedación paliativa cuando esté médicamente indicada. Cuándo está médicamente indicada, nos lo indicarán los distintos protocolos médicos, si bien, nuevamente, destaca el importante papel que cumplen las Sociedades Médicas al respecto, y en este campo la SECPAL y su guía sobre cuidados paliativos, que recoge cuándo, cómo y sobre qué paciente puede llevarse a cabo la sedación terminal.

<sup>97</sup> En aquellos casos en los cuales se incumpla por parte del profesional sanitario alguna de las obligaciones que establece este Código Deontológico, con independencia de la eventual responsabilidad penal en que pueda incurrir, también constituye una falta disciplinaria tipificada en el artículo 64, del título VIII de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, aprobado mediante Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, y cuya sanción se impondrá a través del procedimiento normativo en ellos establecido, tal y como permite a su vez el artículo 6 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

Igualmente, y con independencia de lo anterior, debe señalarse que el profesional sanitario deberá respetar en todo momento lo dispuesto en la propia LDO de cara a proceder a una sedación del paciente, de manera que en todo momento se cuente con el consentimiento, en los términos previstos en el artículo 8 de la misma, obtenido tras haber informado al paciente de todos aquellos aspectos que establece el artículo 4, según el procedimiento previsto en el artículo 5. Igualmente, deberá tenerse en cuenta, además, de cara a llevar a cabo la sedación, que el profesional sanitario que entiende que está clínicamente indicada para la situación del paciente, y así se lo hace saber, no podrá llevarla a cabo si el paciente decide que no quiere que se le aplique esta medida, y por tanto la rechaza. Una decisión, que se encontrará amparada en el artículo 2.4 de la LDO.

En aquellos casos en los cuales nos encontramos con pacientes que no pueden decidir por sí mismos, por encontrarse en una situación de incapacidad permanente o total, en estos casos el consentimiento se deberá tomar por representación, en los términos previstos en el artículo 9.3 de la LDO.<sup>98</sup> No obstante, aquí ha de advertirse que, si nos encontramos con una incapacidad sobrevenida, como por ejemplo un enfermo en una situación de agonía que no tiene capacidad para decidir por sí mismo, pero previamente sí la ha tenido, deberá comprobarse en primer lugar si él mismo cuenta o no con un documento de instrucciones previas, y en caso de ser así, se ha de respetar lo dispuesto, toda vez que la solicitud o el rechazo de una sedación, cuando está indicada, no es algo que esté prohibido por el ordenamiento jurídico, y por tanto, el profesional sanitario deberá cumplir con los deseos del paciente, si bien, tendrá que garantizar que la situación en la cual se va a llevar a cabo la sedación, corresponde con aquella que había pensado el propio paciente cuando emitió el documento.

En caso contrario, si se carece de documento de instrucciones previas, o este es ineficaz, serán las personas señaladas en este artículo 9.3 de la LDO las que han de decidir sobre la aceptación o no de la sedación. Decisión, que deberán adoptar teniendo en cuenta

que deberá ser siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y siendo importante demostrar que la decisión que adoptan es la misma que adoptaría el propio paciente en caso de ser capaz de decidir por sí mismo, siendo importante demostrar opiniones previas de la persona, declaraciones de amigos, conocidos, hábitos religiosos o ideológicos, etcétera, tal y como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz del caso *Lambert*, anteriormente citado.

#### 4. La sedación en el Código Penal español

No puede concluirse el presente trabajo sin hacerse referencia a la prohibición existente en el derecho español de la eutanasia activa y del suicidio asistido. Ambas conductas, están penalizadas en los apartados 3 y 4 del artículo 143 del Código Penal. No es lo mismo la muerte provocada de manera consciente y voluntaria por parte del profesional sanitario, que aquella que se ocasiona indirectamente por haber procedido a una sedación del paciente. En el primer caso estaríamos hablando de un supuesto de eutanasia activa voluntaria, y penalizada, entendiéndose por tal cuando, con consentimiento y conocimiento del paciente, el profesional sanitario lleva a cabo una actuación que ocasiona consciente y deliberadamente la muerte del paciente, y que viene caracterizada por la existencia de un móvil humanitario: ayudar al paciente terminal a fallecer. Esta conducta será considerada penada a tenor del artículo 143.4 del Código Penal, toda vez que junto con el resultado existe el elemento clave para poder hablar de ello, el dolo, entendiéndose el mismo como la intención de quitarle la vida a la persona,<sup>99</sup> si bien, con un importante añadido, como es el motivo humanitario que mueve al profesional sanitario en este caso de homicidio de pacientes terminales, aunque no será suficiente para excluir la responsabilidad penal en que ha incurrido por la muerte.

Los cuidados paliativos, y en concreto la sedación en la agonía por su parte, no se centran en la muerte

<sup>98</sup> Sin olvidar a su vez que, en aquellas comunidades autónomas, en las cuales existen Leyes de muerte digna, se deberá cumplir a su vez con lo dispuesto en ellas. No obstante, todas prevén la obligatoriedad de que en estos casos se tenga el consentimiento previo e informado del paciente, obtenido de conformidad con lo dispuesto en la LDO, que no olvidemos constituye normativa básica en la materia, tal y como se recoge en su disposición adicional primera.

<sup>99</sup> Vid. Torcia, C. G., *Wharton's Criminal Law*, 15<sup>a</sup> Ed., Clark, Boardman, Callaghan, Deerfield, New York, Rochester, 1994, pp. 139-141, Berger, A. S., *Dying & Death in Law & Medicine*, Praeger, Westport, 1993, pp. 8 y 9.

de la persona, sino que como bien ha señalado la doctrina, en estos casos lo que se quiere es reafirmar la vida, y entender el proceso de agonía del paciente como un proceso natural,<sup>100</sup> si bien, esto implica que en ocasiones deba acudir al empleo de algunos medicamentos que, como sucede con la sedación, puedan acortar o acelerar el fallecimiento, haciéndose con la finalidad de tratar el dolor del paciente, se trata de una medicina paliativa dirigida a mitigar el dolor al paciente. La sedación no es la que acorta la vida del paciente, sino que el paciente fallecerá a consecuencia del curso natural de la enfermedad que previamente padecía.

## 5. El rechazo al tratamiento vital: un derecho del paciente

Llegados a este punto del trabajo, ha de analizarse uno de los supuestos más controvertidos que se dan en la práctica clínica diaria, como es la aceptación de un rechazo a un tratamiento vital, de tal manera que aceptar la decisión del paciente, y por tanto no llevar a cabo el tratamiento, conduce de manera irremediable al fallecimiento de la persona.

Para dar solución a este planteamiento es preciso analizar, brevemente, el derecho al consentimiento informado y su aplicación el ámbito de las decisiones al final de la vida. Es imposible hablar de dignidad en el proceso de morir o de autonomía sin que se reconozca a la persona el derecho a emitir el consentimiento informado para cualquier actuación que quiera llevarse sobre su cuerpo. Este derecho se constituye sin lugar a

dudas como el paradigma de la autonomía concedida al paciente en la relación asistencial, y que se manifiesta a través de la necesaria existencia de una autorización previa del paciente para que los profesionales sanitarios puedan actuar sobre su cuerpo, y por tanto no suponga una lesión de la integridad física del paciente, constitucionalmente garantizada en el artículo 15.1 de la Constitución española, aunque también se ha considerado al mismo como un elemento esencial para poder perfeccionar la relación contractual existente entre el médico y el paciente.<sup>101</sup>

Con independencia del fundamento que se quiera buscar al consentimiento informado, a los efectos del presente trabajo debemos señalar que, en la actualidad, el mismo se debe encontrar localizado en el seno del artículo 15.1 de la Constitución, en el seno del derecho fundamental a la integridad física y moral, tal y como certeramente ha venido a declarar el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/2011, de 28 de marzo, que además, eleva a la categoría de derecho fundamental el consentimiento informado, con las consecuencias que de ello se derivan, sobre todo en su protección, y la posibilidad de que pueda imponerse responsabilidad penal por su omisión, o por no respetar los deseos del paciente y actuar en su contra, de manera que se le aplique el tipo agravado de coacción previsto en el artículo 172.1 del Código Penal.<sup>102</sup>

En esta sentencia que hemos señalado,<sup>103</sup> el Tribunal Constitucional parte de la base de que es posible encuadra el derecho al consentimiento informado dentro del contenido del derecho a la integridad física contemplado en el artículo 15.1 de la Constitución.<sup>104</sup> Este derecho fundamental, conlleva una facultad

<sup>100</sup> Cfr. Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide...*, cit., p. 29.

<sup>101</sup> Vid. Rovira Viñas, Antonio., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 41-43.

<sup>102</sup> Este artículo señala que: "1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código".

<sup>103</sup> Aunque previamente ya se le había reconocido, por la doctrina, este carácter, véase al respecto, Tomás-Valiente, Lanuza, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999, pp. 329-330 y *La Cooperación al Suicidio...*, cit., pp. 36-37.

<sup>104</sup> Previamente, el Tribunal, recopilando doctrina que previamente había establecido con respecto al contenido del derecho a la integridad física, reconoce que: "El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad», orientada a su plena efectividad, razón por la que «se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta

Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

negativa, que se manifiesta en la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida, que se viene a materializar en el deber de consentir previamente toda intervención que se quiera llevar a cabo en el propio cuerpo de la persona, autorizando o rechazando los tratamientos que le son propuestos por parte de los distintos profesionales sanitarios.<sup>105</sup>

El derecho al consentimiento informado aparece recogido, con carácter general, para cualquier intervención médica, en el artículo 8.1 de la LDO, habiendo sido recogido por parte de las leyes autonómicas sobre muerte digna a la hora de reconocer el derecho genérico a la toma de decisiones al final de la vida.<sup>106</sup> Ha de advertirse al respecto, que las reglas generales que recogen el consentimiento informado del paciente, en virtud de la disposición adicional primera de la LDO, son normativas básicas estatales, por lo que los legisladores autonómicos no deberán apartarse de la misma, y por tanto todo aquello que recoge la LDO es vinculante para el legislador autonómico.

El consentimiento informado implica la necesidad de que el profesional sanitario, una vez que ha informado al paciente en los términos previstos en el artículo 10 de la LDO,<sup>107</sup> y salvo que el mismo hubiese rechazado el recibir la información, tal y como se permite en el artículo 9.1, ha de recabar la autorización

del paciente para llevar a cabo el tratamiento, salvo que nos encontremos ante uno de los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la LDO, que contempla el llamado consentimiento por representación, de manera que otras personas serán las encargadas de emitirlo por el paciente:

- Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.<sup>108</sup>
- Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años, y siempre cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento.

---

con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4).

<sup>105</sup> En concreto, en el fundamento de Derecho quinto señala que: “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”.

<sup>106</sup> Véase a tales efectos, el artículo 7 de la Ley Andaluza, de Aragón, Islas Baleares, Canarias, País Vasco, Galicia y Madrid.

<sup>107</sup> En concreto, deberá informar de los siguientes aspectos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y, d) Las contraindicaciones.

<sup>108</sup> Varias normas autonómicas sobre muerte digna a la hora de hablar de los menores permiten al emancipado o aquel que tenga más de dieciséis años, que sea el mismo la persona que emita el consentimiento. Debe señalarse a tales efectos, que estas disposiciones siempre han de ser leídas teniendo en cuenta la LDO, normativa básica en la materia, tal y como hemos señalado. Es el caso del artículo 12 de la Ley Foral de Navarra, artículos 11.3 de la Ley de Andalucía, Baleares, Aragón y País Vasco y el artículo 13 de la Ley de Galicia. Únicamente se encuentra adaptado a la LDO el artículo 10.2 de la Ley de Madrid.

En todos estos casos, en los cuales el consentimiento lo va a otorgar el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o, de hecho,<sup>109</sup> la decisión que el representante deberá adoptar atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si se entiende que esta decisión es contraria a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que se adopte la resolución correspondiente. No obstante, este deber de notificación se exceptuará cuando por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

El legislador, consciente de que el consentimiento por representación no ha de privar por completo al paciente de participar en el proceso de la toma de decisión, obliga a que sea adecuado a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y teniendo siempre en cuenta que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.<sup>110</sup>

Ahora bien, en el ámbito del consentimiento por representación puede darse un problema de cara a ver el orden que necesariamente deberá seguirse para conocer qué persona es la encargada de emitirlo, dado que la LDO únicamente ha previsto una prelación de

personas de manera muy genérica y amplia y como hemos visto hace el artículo 9.3 LDO, lo que puede ser una fuente de problemas. Las Leyes de muerte digna autonómicas, han previsto que, en este caso, que la persona que va tomar la decisión por representación, será en primer lugar aquella que ha sido designada como representante en el documento de instrucciones previas,<sup>111</sup> a falta de la misma, aquella persona que está designada para ocupar el cargo de tutor en documento público notarial según el artículo 223 del Código Civil, por el cónyuge o la persona vinculada con una relación de afectivas, y a falta de esta por los familiares de grado más próximo.<sup>112</sup>

Así, una vez expuesto lo anterior, de cara a resolver el problema de los supuestos relacionados con la aceptación de rechazo a tratamientos sanitarios, el punto de partida es que toda actuación o intervención sobre el cuerpo de una persona necesariamente ha de ser consentida, tal y como ya hemos visto. La instauración de una medida de soporte vital para el paciente debe ser consentida en los términos expuestos en los apartados anteriores si el profesional sanitario no quiere verse sometido a posible responsabilidad civil o penal.

Pero la persona no solo ha de consentir necesariamente que el profesional intervenga,<sup>113</sup> sino que, además, es libre de decidir sobre el poner fin a una intervención, o no aceptar un tratamiento propuesto por un facultativo o finalizar el iniciado, aunque con ello pueda poner fin a su vida.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> En el caso de que fuesen varias y existiese separación o divorcio, se atenderán a las reglas generales previstas en el Código Civil con respecto a la patria potestad y a la tutela.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.a) de esta Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual, se considera como interés superior del menor la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del mismo.

<sup>110</sup> Si el paciente es una persona con discapacidad, se deberán ofrecer y proporcionar las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar su consentimiento.

<sup>111</sup> Sobre esta figura, véase Fernández Campos, J. A., “Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas”, en Spoto, G. (Dir.), *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, pp. 217-244.

<sup>112</sup> Véanse los artículos 10.1 de la Ley Foral de Navarra y 10.1 de las Leyes de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias. Por su parte, los artículos 10 de la Ley del País Vasco y 9 de la Ley de Madrid prevén 9 la siguiente jerarquía en su artículo 9: 1) Persona designada como representante en las instrucciones previas. 2) Quien ostente su representación legal. 3) Cónyuge o pareja de hecho, no separados legalmente. 4) Parientes de grado más próximo, hasta el cuarto grado y, dentro del mismo grado, al de mayor edad. 5) Persona que, sin ser cónyuge o pareja de hecho, esté vinculada por análoga relación de afectividad y conviva con el paciente. 6) Persona que esté a cargo de su asistencia o cuidado.

<sup>113</sup> Vid. De Lora Deltoro, P. y Gascón Abellán, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008, p. 126.

<sup>114</sup> Cfr. Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008, p. 503.



Cuidados paliativos *versus* eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

Todas las Leyes autonómicas de muerte digna<sup>115</sup> contemplan el derecho que asiste a toda persona enferma, o que se encuentre en el proceso final de su vida, a poder rechazar cualquier tratamiento o procedimiento que se proponga por parte del facultativo,<sup>116</sup> al igual que a la retirada de una intervención ya iniciada, aún a pesar de que ponga en riesgo su vida o implique la suspensión de medidas de soporte vital.<sup>117</sup> La decisión del paciente será documentada en la historia clínica, y la misma será respetada una vez que el facultativo responsable de la asistencia ha cumplido con su deber de información sobre los riesgos y consecuencias que se derivan de la negativa para el paciente. Ahora bien, esta negativa o rechazo, no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones tendentes al confort y control de síntomas, o para el adecuado control y alivio del dolor y del sufrimiento de la persona.<sup>118</sup> Para ello, tanto las autoridades sanitarias, la administración sanitaria como los profesionales sanitarios han de velar por que toda persona reciba estos cuidados mínimos, y que sean acordes con su dignidad según la *lex artis*.<sup>119</sup>

Esta decisión de la persona necesariamente será respetada en todo momento por el profesional sanitario, el cual tiene el deber de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias opiniones o convicciones. En el caso en el cual, la persona tuviese modificada su capacidad de hecho o de derecho, las distintas leyes prevén que aquí, la decisión sobre el rechazo de un tratamiento, un procedimiento o a la retirada de una intervención ya iniciada, se tomará por representación, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 9 LDO.

Esto va a suponer que el paciente en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, y con apoyo en su derecho al consentimiento, pueda decidir libremente

si se somete o no a un tratamiento que le pueda reportar una mejora en su estado de salud, sin que tenga deber alguno de motivar el rechazo, y por tanto el poner en riesgo su vida, toda vez que no existe deber alguno de iniciar el tratamiento sanitario, salvo que nos encontremos en alguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, de difícil, por no decir imposible, aplicación en el campo de las decisiones al final de la vida.

## 6. La adecuación del esfuerzo terapéutico

La adecuación del esfuerzo terapéutico constituye un derecho reconocido por parte de las distintas Leyes autonómicas sobre muerte digna,<sup>120</sup> aunque en ocasiones se hable en este caso de limitación del esfuerzo terapéutico.<sup>121</sup> Reconocido el mismo no como un derecho de la persona, sino un deber de los profesionales para con los pacientes al final de la vida, su contenido puede entenderse a su vez una plasmación del deber deontológico recogido en el artículo 36.2 del Código Deontológico Médico, conforme al cual el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza de beneficios para el enfermo, inútiles u obstinadas.

Este derecho de la persona, y deber de los profesionales, conlleva que se evite la obstinación terapéutica, entendiéndose por tal, aquella situación en la cual a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, o afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, cuyo único fin es prolongar su vida biológica, sin que exista posibilidad alguna de mejora o recuperación del estado del paciente. Se trata de que el profesional sanitario que está asistiendo a un paciente que

<sup>115</sup> Véanse los artículos 18 de las Leyes de Andalucía, Canarias, Islas Baleares y Aragón y de la proposición de la Ley del País Vasco y artículos 19 de la Ley Gallega y de la Ley Foral de Navarra.

<sup>116</sup> Lo cual incluye el rechazo a recibir un procedimiento quirúrgico, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial o la retirada de medidas de soporte vital.

<sup>117</sup> En concreto todas las Leyes lo recogen en el mismo artículo, su artículo 8, salvo la Ley de Galicia, que lo hace en el artículo 10.

<sup>118</sup> Véase el artículo 10.7 de la Ley de Galicia.

<sup>119</sup> Véase el artículo 8.3 de la Ley Navarra.

<sup>120</sup> Véase al respecto los artículos 21 de las Leyes de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, 20 de la Ley Foral de Navarra, 18 de la Ley de Galicia, 15 de la Ley del País Vasco y 13 de la Ley de Madrid.

<sup>121</sup> *Vid.* Urionabarrenetxea Marín, K., "La limitación del esfuerzo terapéutico", en Marcos del Cano, A. M<sup>a</sup>. (Ed.), *Voluntades Anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 239-252.

se encuentra en el proceso final de su vida, no deberá adoptar ni proponerle ningún tratamiento que resulte fútil, que no le va a proporcionar mejora alguna al paciente,<sup>122</sup> sino todo lo contrario, le va a perjudicar seriamente, toda vez que supondrán un atentado claro a su dignidad como persona, sin perjuicio del carácter antiético de los mismos.

## 7. Cuidados paliativos: ¿eutanasia o asistencia sanitaria?

A lo largo del presente trabajo hemos pretendido llevar a cabo un análisis de la sedación partiendo de los conceptos. En particular, hemos analizado qué es considerado como eutanasia, suicidio asistido y cuidados paliativos propiamente dichos. No se ha entrado a valorar la legalidad o no de su admisión por los distintos ordenamientos ni su compatibilidad con el derecho a la vida, al suicidio asistido o el propio derecho a la muerte, sino que, como primer paso para ello, nuestra intención no es otra más que la de esclarecer los conceptos para que luego se pueda pasar al debate.

La muerte digna es un concepto que está siendo utilizado de manera frecuente por el legislador, basta con ver las denominaciones de las distintas Leyes autonómicas, o incluso las de los propios Estados que han admitido el suicidio asistido de la persona. Por tanto, una primera conclusión que puede extraerse desde el punto de vista legal, es que la muerte digna no debe ser sinónimo únicamente de eutanasia, de causar directamente el fallecimiento del paciente, sino que también lo es cuando se actúa desde la perspectiva de los cuidados paliativos. Es decir, acompañando al paciente en su enfermedad terminal hasta el desenlace final, tratando de hacer un tránsito lo más confortable para el paciente, y sobre todo aliviando y calmando sus dolores, si esto fuera necesario, aún a pesar de que pueda provocar la muerte del paciente.

La eutanasia activa, al igual que el suicidio asistido, tienen como objetivo proporcionar la muerte al paciente de manera directa, bien haciéndolo el

paciente de modo directo, aunque auxiliado por un profesional sanitario, o bien a través del propio profesional de modo directo. El objetivo es terminar con la vida del paciente terminal de una manera inmediata, y poner fin con ello a su situación de agonía y dolor.

Los cuidados paliativos, en cambio, pretenden favorecer el proceso hacia la muerte, es la ayuda que se ofrece cuando el resultado de la enfermedad es el final de la vida del paciente, y ya no cabe otro tratamiento posible. Pero en estos casos la atención viene centrada en ayudar a que el propio paciente pueda hacer este camino de la manera más confortable e indolora posible, y sobre todo garantizando que en todo momento pueda atender a sus necesidades tanto asistenciales como sociales o espirituales, preparándole de un modo integral para la muerte. Pero esto no quiere decir que el paciente tenga que soportar graves e insoportables dolores hasta que la muerte se produzca de manera natural por el curso de la enfermedad. En aquellos casos en los que esto sucede se puede proceder a tratar el dolor mediante la sedación del paciente, aunque venga a significar que se disminuya su tiempo de vida y se acelere la muerte, por el efecto sedante. Siempre que el profesional sanitario actúe con la intención de aliviar el dolor del paciente, de tratar el mismo, no será posible reprocharle la actuación ni ética ni jurídicamente, siempre que hubiese actuado de conformidad con los protocolos —y por tanto siguiendo la *lex artis*—, y teniendo el consentimiento del paciente.

El resultado en el caso de la eutanasia, del suicidio médicamente asistido y de los cuidados paliativos —cuando se recurre a la sedación terminal—, es el mismo: la muerte del paciente y el final de su situación de agonía. El procedimiento, en cambio, es distinto, al igual que su finalidad. Mientras que la eutanasia y el suicidio asistido es un acto u omisión que causa la muerte, los cuidados paliativos es una asistencia integral al paciente preparándole para el desenlace final, es una asistencia sanitaria que se presta al enfermo terminal, y como tal ha sido reconocida en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de

<sup>122</sup> Resulta interesante al respecto la definición que ofrece el artículo 5.6 de la Ley de Madrid: «consiste en retirar, ajustar o no instaurar un tratamiento cuando el pronóstico de vida limitada así lo aconseje. Es la adecuación de los tratamientos a la situación clínica del paciente. La adecuación del esfuerzo terapéutico supone aceptar la irreversibilidad de una enfermedad en la proximidad de la muerte y conveniencia de abandonar las terapias que mantienen artificialmente la vida, manteniendo las de tipo paliativo. Forma parte de la buena práctica y es una obligación moral y normativa de los profesionales».

## Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización,<sup>123</sup> siendo considerados además, como un derecho asistencial del enfermo, e incluso un derecho humano de la persona, y no podrían englobarse dentro de los tipos penales previstos en el artículo 143, siempre y cuando, lo que se pretenda es aliviar el dolor del paciente.

## 8. Bibliografía

- AA.VV., “The Physician’s Responsibility toward Hopelessly Ill Patients”, *New England Journal of Medicine*, núm. 210, 1984.
- Barrios Flores, L. F., “La sedación terminal”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, 2005.
- Berger, A. S., *Dying & Death in Law & Medicine*, Praeger, Westport, 1993.
- Beuchamp, T. L. y Davidson, A. I., “The definition of Euthanasia”. *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 1979.
- Carbonell Mateu, J. C., “Homicidio y sus formas (y III): suicidio y eutanasia”, en González Cussac, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Cohen-Almagor, R., *The Right to Die with Dignity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey y London, 2001.
- Cavanaugh, T. A., *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Corcoy Bidasolo, M., “Art. 143”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dirs.). *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- De Cruz, P., *Medical Law*, 2ª ed., Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, London, 2005.
- De Lora Deltoro, P. y Gascón Abellán, M., *BioÉtica*, Alianza, Madrid, 2008.
- De Montalvo Jääskeläinen, F., *Muerte Digna y Constitución: Los límites del Testamento Vital*. Editorial Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.
- Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, S., “Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, 2012.
- Di Stasi, A. y Palladino, R., “Advance Health Care Directives Under European Law and European Bio-law”, en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care Decisions Making in Germany and Italy*, Springer, Heidelberg, New York, Dosrecht, Londres, 2013.
- Felip i Saborit, D., “El homicidio y sus formas”, en Silva Sánchez, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.
- Fernández Campos, J. A., “Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas”, en Spoto, G. (Dir.), *La protección de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*. Editum, Murcia, 2013.
- Fernández Suárez, J. A., “El Derecho a una muerte digna”, en AA.VV. *Los derechos fundamentales y libertades públicas. Vol. I*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- Foley, K., “Patients Need Better End-of-Life Care Rather than Assisted Suicide”, en Medina, L. M. (Ed.), *Euthanasia*, Thomson-Grenhaven Press, Farmington Hills, 2005.
- Gallego Riestra, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: una Nueva Realidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- Gordon, M. y Singer, P. A., “Decisions and care at the end of life”, *The Lancet*, vol. 346, 1995.
- Hedges, R., *Bioethics, Health Care, and the Law. A Dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999.
- Holm, S., “Terminal sedation and euthanasia: the virtue in calling a spade what it is”, en Sterckx, S., Raus, K. y Mortier, F., *Continuous Sedation at the End of Life*, Cambridge University Press, New York, 2013.
- Herring, J., *Medical Law and Ethics*. 6ª ed., Oxford University Press, Londres, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Medical Law and Ethics*. Oxford University Press, New York, 2ª ed., 2008.
- Jeffrey, D., *Against Physician Assisted Suicide. A palliative care perspective*, Radcliffe, Oxford, New York, 2009.
- Keown, J., “Introduction”, en Keown, J. (Ed.), *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal*

<sup>123</sup> Véase el apartado 6 del Anexo III.

- Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Euthanasia, Ethics and Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Kimsma, G. K. y Leeuwen, E. V., “Euthanasia and Suicide in the Netherlands and the USA: Comparing Practices, Justifications and Key concepts un Bioethics and Law”, en Thomasa, D. C., Kimbrough-Kushner, T., Kimsma, G. K. y Ciesielski-Carlucci, C. (Eds.), *Asking to Die: Inside the debate about Euthanasia*, Kluwer Academic Press, Dordrecht, 1998.
- Lindsay, R. A., “Euthanasia”, en LaFollette, H. (Ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, London, 2013, pp. 1771-1772.
- López Borja de Quiroga, J. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 193.
- Mantovani, F., “El problema jurídico de la eutanasia”, en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M. *Eutanasia y suicidio*. Comares, Albolote, 2001.
- Mendes de Carvalho, S., *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*. Comares, Albolote 2009. Meyer, D. W. *Medico-Legal Implications of Death and Dying*, The Lawyers Co-operative Publishing Co. Rochester, New York, 1981.
- Miller, R. D., *Problems in Hospital Law*. Aspen, Rockville, 5ª ed., 1986.
- Molero Martín-Salas, Mª. P., *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- Montgomery, J., *Health Care Law*. 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia, 2015.
- Núñez Paz, M. A. *La Buena Muerte. El derecho a morir con dignidad*. Tecnos, Madrid, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Suicidio asistido”, en Romeo Casabona, C. M. (Dir.). *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho. Tomo II: i-z*”, Comares, Granada, 2011.
- \_\_\_\_\_, *La interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, 2016.
- Olmedo Cardenete, M., “Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido”, en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M., *Eutanasia y suicidio*. Comares, Albolote, 2001.
- Pattinson, S., *Medical Law & Ethics*. 4ª ed-, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, London, 2014.
- Quintero Olivares, G., “Art. 143”, en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (Coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 10ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Quill, T. E., Bernard, L. y Brock, D. W., “Palliative Options of Last Resort: A Comparison of Voluntarily Stopping Eating and Drinking, Terminal Sedation, Physician-Assisted Suicide and Voluntary Active Euthanasia”, en Birnbacher, D. y Dahl, E. (Eds.), *Giving Death a Helping Hand*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londres, 2008.
- Randall, F. y Downie, R. S., *Palliative Care Ethics*. 2ª ed., Oxford University Press, New York, 1999.
- Rich, B. A., “The Delineation and Explication of Palliative Options of Last Resort”, en Moore, R. J. (Ed.), *Handbook of Pain and Palliative Care: Biobehavioral Approaches for the Life Course*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012
- Romeo Casabona, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- Rovira Viñas, A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Roxin, C., “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en Roxin, C., Mantovani, F., Barquín Sanz, J. y Olmedo Cardenete, M., *Eutanasia y suicidio*, Comares, Albolote, 2001 Torcia, C. G., *Wharton’s Criminal Law*, 15ª Ed., Clark, Boardman, Callaghan, Deerfield, New York, Rochester, 1994.
- Sanz Moran, A., “La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa”, en Gómez Tomillo, M., (Dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Fundación Lilly, Unión Editorial, Madrid, 2008.
- Scherer, J. M. y Simon, R. J., *Euthanasia and the Right to Die. A Comparative View*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanhan, Boulder, New York, Oxford, 1999.

Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos

- Silva Sánchez, J. M., “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, fasc. II, 1987.
- Somerville, M., “Euthanasia”, *The Lancet*, vol. 345, 1995. Young, R., *Medically Assisted Death*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Death Talk*, McGill-Queen’s University Press, 2ª Ed., Montreal & Kingston, Londres, Ithaca, 2014.
- Suárez Llanos, L., “La ley de la muerte. Eutanasia, éticas y derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012.
- Tomás-Valiente Lanuza, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, CEPC, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_, “Eutanasia”, en Gascón Abellán, M., González Carrasco, M<sup>a</sup>. C. y Cantero Martínez, J. (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- \_\_\_\_\_, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Torio López, A., “La noción jurídica de suicidio”, en *Estudios de Derecho público y privado. Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano. Tomo II*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965.
- \_\_\_\_\_, “Investigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 4, 1979-1980, p. 191.
- \_\_\_\_\_, “Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia”. *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989-1990.
- Urionabarrenetxea Marínez, K., “La limitación del esfuerzo terapéutico”, en Marcos del Cano, A. M<sup>a</sup>. (Ed.), *Voluntades Anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014.
- Warnock, M. y Macdonald, E., *Easeful Death*. Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- Wolf, M. S., “Physician-Assisted Suicide”, *Clinics in Geriatric Medicine*, núm. 21, 2005.
- Yuil, K., *Assisted Suicide: The Liberal, Humanist Case Against Legalization*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.
- Zeppetella, G., *Palliative Care in Clinical Practice*, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2012.
- Zwick, A., “The German Law on Euthanasia: The Legal Basics and the Actual Debate”, en Negri, S., Taupitz, J., Salkic, A. y Zwick, A. (Eds.), *Advance Care Decisions Making in Germany and Italy*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londres, 2013.





## El primer sistema de anticorrupción en México



José Gómez Huerta Suárez

Universidad Anáhuac del Sur

**RESUMEN:** Los virreyes estaban sujetos al juicio de residencia cuando abandonaban sus cargos. Este antecedente sería el primero en la Nueva España para castigar al funcionariado público que intentara estar por encima de la ley. La primera Constitución mexicana, la de Apatzingán de 1814, hablaba de la residencia, pero a partir de la Constitución de 1824, la influencia de la Constitución norteamericana se establece como guía para las constituciones posteriores del México Independiente. En este modesto ensayo, hablaremos de los antecedentes remotos del sistema para detectar la corrupción en México.

**PALABRAS CLAVE:** Residencia, corrupción, Nueva España, Constitución.

**ABSTRACT:** The vicekings were subject to the residence trial when they left their positions. This old antecedent would be the first in New Spain, to punish the civil servant who would try to be above the Law. The first Mexican Constitution of Apatzingán of 1814, mention the residence, but since the Constitution of 1824, the influence of the American Constitution is established as a guide for the subsequent constitutions of the Independent Mexico. In this modest essay we will talk about the remote background of the system to detect corruption in Mexico.

**KEYWORDS:** Residence, corruption, New Spain, Constitution.

**SUMARIO:** 1. La burocracia en la Nueva España. 2. La ley controla al rey. 3. Vigilar, inspeccionar y comprobar el ejercicio del poder. 4. Atención y observación del ejercicio del poder. 5. La institución del juicio de residencia. 6. El procedimiento jurídico que confrontaba el ejercicio del poder: el proceso en el juicio de residencia. 7. Segunda instancia del juicio de residencia. 8. La ineludible residencia. 9. Comprobación y verificación del ejercicio del poder. 10. Puntos finales, las constituciones mexicanas y la integración de sistemas para contener el abuso de los funcionarios públicos. 11. Bibliografía.

Rec: 23-09-2018 | Fav: 23-10-2018

## El primer sistema de anticorrupción en México

## 1. La burocracia en la Nueva España

El encuentro con un nuevo y enorme continente obligó a los monarcas españoles a crear instancias legales que le permitieran la administración de esas regiones. No era tarea fácil, ya que, además de su extensión, estaba su lejanía y la disparidad en la condición cultural en que se encontraban los habitantes en los dominios territoriales.

En el siglo XVI, un pliego de providencia enviado desde Madrid tardaba más de una semana en llegar a Bruselas, dos semanas en llegar a Milán, tres en alcanzar Viena o Nápoles y tres meses como mínimo para conseguir arribar a la Nueva España, algunos meses más para alcanzar Lima, en Perú, y un año en conseguir que entrara el documento en Manila, las islas Filipinas. Aunque nadie podía estar seguro si el escrito arribaría en ese lapso, porque además de los problemas del clima y la naturaleza, estaban los asaltos de gavillas independientes o los corsarios ingleses.<sup>1</sup>

En la Recopilación de las leyes de Indias, ordenanza de 7 de mayo de 1574, se disponía para activar los trámites que:

... Para los interesados en las flotas, que de la Nueva España vienen a estos reynos y en las que ellos van a ella, tengan auisso de su llegada con la brevedad que dessean y otras consideraciones, mandamos a nuestros presidentes y jueces oficiales de la Casa de Seuilla, que dentro de un mes de cómo llegaren a España las dichas flotas, despachen los primeros nauios de auiso, sin esperar ninguna orden nuestra, ni de nuestro Consejo de Indias [sic].<sup>2</sup>

No obstante lo complejo del problema, paulatinamente se fueron conformando los niveles burocráticos para lograr una administración más eficaz. No se trataba de una administración simple, ya que las diferentes zonas habitadas que fueron dominando los españoles habían tenido disímiles formas de organización.

Es por ello que fue complicado el aplicar las normas del Derecho castellano en las Indias, por lo que los pensadores que conocieron a los indígenas pedían leyes sencillas que pudiesen ser de fácil comprensión. Las Casas, “señalaba que los reyes de Castilla estaban obligados por Derecho divino a conservar las buenas costumbres y leyes justas de los naturales de las Indias, al tiempo de quitar las malas”.<sup>3</sup>

La corona española determinó en Real cédula de 6 de agosto de 1555,

... que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten.<sup>4</sup>

Sin embargo, la deshonestidad, los procedimientos tortuosos, la actitud intolerante y el despótico comportamiento de los funcionarios tuvieron que ser vigilados y sancionados por las leyes y los controles administrativos que paulatinamente se introdujeron en los territorios coloniales.

Gracias al control centralizado del poder, con la prerrogativa de la administración de los dineros producto de los recursos de las colonias, pudieron vigilar, inspeccionar y controlar el ejercicio del poder de la

<sup>1</sup> *Recopilación de las leyes de indias* de Antonio León Pinelo. Como ejemplo de los problemas que el correo presentaba en esa época presentamos una orden de Felipe IV en 1615: “Porque los pliegos nuestros que ban para la Real Audiencia de Guatimala en los nauios de auiso de la Nueva España llegan muy tarde yendo por via de la Veracruz y Mexico, deseando que en esto se gane tiempo que fuere posible, ordenamos a los nuestros presidente y jueces de la Casa de Contratación de Sevilla que den instrucción a los que llevaren dichos nauios de auiso que hagan su viaje yendo por dentro de los Alacranes, y que los pliegos que llevaren para Guatemala los dejen en Rio de Lagartos, que es en las costas de Yucatán, donde pues aya allí guarda se podrán llevar a la Villa de Valladolid, para que desde ella se lleven al puerto de Bacalar, y de allí en canoas al golfo Dulce, y después por tierra a Guatemala... [sic]” t. II, p. 1272.

<sup>2</sup> *Recopilación de las leyes de indias*. Ley 19, título 19, libro 3. p. 898.

<sup>3</sup> Sánchez-Arcilla, Bernal José, *Instituciones políticas-administrativas de la América hispánica 1492-1810*, Madrid, Editado Universidad Complutense Facultad de Derecho, 2000, p. 161.

<sup>4</sup> *Recopilación de las leyes de Indias* I. 2, I. 4. Citado por José Sánchez Arcilla Bernal, *op. cit.* p. 162. Como primer antecedente de esta cédula, es importante destacar que en el *Breviario* del rey visigodo Alarico II (484-507), que fue promulgado en favor de los romanos provinciales para otorgarles una legislación particular ajustada a sus usos y costumbres. Vid discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los jueces, en *Fuero Juzgo, o Liber iudicorum*. Madrid, Ibarra impresor de Cámara de S. M. 1815. p. I.

burocracia en las colonias americanas. Desde 1521, el emperador Carlos I y Doña Juana dispusieron que:

... no se ynvida el escribir de las Indias al rey o venirle a ynformar [sic].  
quando nuestros oficiales y todas las otras personas, vezinos y moradores y habitantes en las nuestras Indias, ysias y tierra firme del Mar océano quisieren escribir y hacer relacion de todo lo que les pareciere que conbiene a nuestro servicio, o benir o enviar mensajeros, lo puedan hacer sin que en ello les sea puesto embargo ni estorbo ni impedimento alguno, directa o indirectamente [sic].<sup>5</sup>

A la muerte de Carlos II de Habsburgo, en 1700, y con la llegada de Felipe V de la casa de Borbón, a la Corona de España, se dio el régimen del “despotismo ilustrado” que tenía el pensamiento europeo moderno de la crítica racionalista con el gobierno autoritario. Sin embargo, el sistema colonial aparte de sufrir algunos cambios en la administración, sustancialmente se mantuvo con las obligaciones del rey ante sus súbditos. El rey era la cabeza del Estado y la monarquía borbónica instauró una forma de absolutismo.

## 2. La ley controla al rey

Al inicio de la época colonial, la estructura de gobierno en la Nueva España dependía directamente de las autoridades castellanas.

En principio, los Reyes Católicos hicieron de los reinos de Castilla y Aragón una unión personal. Esta unión se trastornó al morir la reina Isabel porque entraron a reinar en Castilla la Reina Juana “La Loca” y Felipe “El Hermoso”, mientras que Fernando se retiró a sus dominios en Aragón. Muerto Don Fernando y Felipe “El Hermoso” y ante la incapacidad de Juana, los reinos peninsulares y coloniales pasaron al hijo de

ambos, Carlos de Gante (Carlos V), quien deviene en el primer monarca absoluto de España.

Aunque una condición previa para el absolutismo consistía en poner fin al feudalismo nobiliario, era el rompimiento con las leyes y costumbres que les dieron los derechos que los privilegiaban en la Edad Media.

Sin embargo, podemos considerar que el absolutismo quedó asentado con Carlos V y afirmado con Felipe II. Empero, este poder “absoluto” nunca lo fue de manera total, ya que los monarcas estaban sujetos al cumplimiento de los fines del Estado con el deber de ejercer el poder por el bien común.

El rey debía cumplir el compromiso ineludible de respetar los acuerdos que la ley había otorgado a las comunidades españolas con los fueros, usos y costumbres, privilegios y franquezas. Así pues, la ley limitaba al rey. Castilla y Aragón, “tanto monta y monta tanto”, habían sido independientes en la época de los Reyes Católicos y lo siguieron siendo durante los Habsburgo. Las provincias vascas se mantenían regidas por sus fueros. Navarra era un reino con instituciones propias. Cataluña gozaba de mucha autonomía y Portugal de la independencia.

Legítimamente, las leyes que obligaban al rey eran varias: los fueros municipales que se proveyeron desde el siglo IX y que correspondían a un derecho pactado entre el rey y los vecinos del lugar, que fueron complicándose en mayor número de preceptos para limitar el creciente poder de la realeza.<sup>6</sup> Quedaban confirmados en el juramento que prestaba el rey al acceder al trono. El juramento era el compromiso explícito de respeto a la tradición. Aunado a lo anterior, estaban las leyes que paulatinamente se fueron otorgando y que también obligaban al monarca: El código de las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio (segunda mitad del siglo XIII), los concilios nacionales hispanos que se celebraron en Toledo donde el pueblo daba su consentimiento a la formación de las leyes.<sup>7</sup> Las decretales de los papas, que fueron disposiciones de orden religioso y que normaron

<sup>5</sup> *Recopilación de las leyes de Indias* de Antonio León Pinelo, t. II, p. 1267.

<sup>6</sup> Destacan los fueros: el fuero de León en 1020, el de Jaca de 1064, el fuero de Cuenca de fines del siglo XII, el fuero de Navarra, 1330, etcétera.

<sup>7</sup> Con carácter de universales fueron el III, año 589; IV, año 633; VI, año 638; VII, año 646; VIII, 653; XII, año 681; XIII, año 683; XV, año 688; XVI, año 693 y XVII, año 694. En el concilio IV se dice: “Por todo el clero y el pueblo se dixo: El que contraviniere á esta definición sea anatematizado”. Y en el concilio XVI: “Por todos los sacerdotes de Dios, señores del palacio y todo el pueblo se dixo”. Así que el pueblo, la nobleza y el clero determinaban la formación de la ley. Vid, *Fuero Juzgo, o Liber iudicorum*, Madrid, Ibarra impresor de Cámara de S. M., 1815, p. IV.

## El primer sistema de anticorrupción en México

a los monarcas. En Alcalá de Henares (1348), se crea el Ordenamiento de Alcalá y da fuerza de ley a las Siete Partidas. En las Cortes de Briviesca (1377) es donde se manifiesta la superioridad del derecho común sobre el derecho del rey.<sup>8</sup> En las leyes de Toro (1505), donde se confirma el testamento de Isabel la Católica, que ratifica los fueros, usos y costumbres de cada reino y las Recopilaciones de leyes de Castilla y de España.

Aunque el rey era la más alta dignidad del Estado y en su persona residía la soberanía total durante la época colonial, y conforme con “derecho divino”, en el que determinaba que el monarca solo debía sumisión a Dios, a quien le rendía cuentas, lo cual era algo fundamental y de carácter íntimo. Precisamente, fue por ello que el rey asumía las limitaciones de las normas morales que le imponía su propia religión.

Si lo anterior limitaba al rey, asimismo tenía la facultad de otorgar nombramientos para designar virreyes, gobernadores, capitanes generales, oidores, regentes, oficiales de la Real Hacienda, corregidores, alcaldes mayores y toda la amplia gama de funcionarios públicos necesarios para el logro de una administración eficiente.

Además, para facilitar ese control de la administración en un vasto territorio, el rey creó el Consejo de Indias que asumía la “jurisdicción suprema” de todas las Indias, lo que fue concedido por Felipe II en las ordenanzas de 24 de septiembre de 1571. El Consejo de Indias tenía una gran influencia para sugerir al rey el nombramiento de los altos cargos en las colonias. Supervisaba la administración y era la más alta instancia para las apelaciones de los procesos civiles y penales. Gracias al vicariato el Consejo tuvo injerencia en asuntos de la Iglesia, aunque el Consejo estaba integrado en el siglo XVI por eclesiásticos letrados no intervenía en asuntos propiamente espirituales.

En tanto que la administración de territorios particulares le fue encargada a un virrey, quien junto con la Audiencia formó la más alta dignidad y la suprema autoridad política en el virreinato. Ambos eran el centro rector del poder en la administración de la colonia

que se basaba en el equilibrio de poderes entre esos dos elementos.

La Audiencia poseía funciones de tribunal de apelaciones y era autoridad administrativa.<sup>9</sup> Cuando se nombra al primer virrey, Antonio de Mendoza, se señala a la Real Audiencia y Chancillería de Nueva España que el virrey que:

... por no ser letrado no ha de tener voto en las cosas de justicia, vosotros tenéis mucho cuidado de administrar justicia, con toda rectitud y diligencia, como sois obligados y de vosotros se confía y en las cosas de gobernación que él quisiere comunicar con vosotros, siempre le aconsejareis y avisaréis, como personas que tienen experiencia en las cosas de esa tierra, lo que viédes que más convenga al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro bien y población de ella, para que pueda mejor actuar [sic].<sup>10</sup>

Así pues, el monarca tuvo que delegar su poder y autoridad para que el gobierno particular de los alejados territorios se facilitara.

Es por ello que el virrey tenía la categoría de representante personal del rey, era el “alter ego” del monarca, lo que significaba la más alta autoridad del virreinato; era asimismo, gobernador, capitán general, presidente de la Real Audiencia, superintendente de la Real Hacienda y vice patrono de la Iglesia. Lograba designar alcaldes mayores y corregidores siempre que no hubieran sido nombrados por el rey.

El virrey también podía expresar sus opiniones al monarca y, en ocasiones, contradiciendo las disposiciones del rey cuando las condiciones así lo requerían, de acuerdo con lo establecido en 1387, en las Cortes de Briviesca:

... Si en nuestras Cartas mandaremos alguna cosa que sea contraria a la ley, fuero o derecho, quela tal carta sea obedecida e non cumplida, nos embargante que en la dicha Carta haga mención especial desta ley nuestra nin de las cláusulas derogatorias en ellas contenidas, ca nuestra voluntad es que las tales Cartas non hayan efecto.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Martínez Martínez, Faustino, El *ius commune* en el derecho de Indias. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 476.

<sup>9</sup> La Audiencia era un organismo similar a las Reales Audiencias y a la Chancillería de España para la administración de justicia.

<sup>10</sup> De la Torre Villar, Ernesto, *Instrucciones y memorias de los virreyes novohispanos*, México, Editorial Porrúa, 1991. t.I. p. XXXI.

<sup>11</sup> *Vid.* Coronas González, Santos M., *Estudios de historia del derecho Público*, Valencia, Tirant Blanch, 1998. p. 200. También en las Cortes de Palencia de 1431, se dispuso que: Las leyes que dicen las Cartas dadas contra ley o fuero o derecho deben ser obedecidas e non cumplidas aunque contengan cualesquier cláusula derogatoria, *op. cit.*, supra, p. 201.

Con la conocida frase “Obedézcase pero no se cumpla”, sin embargo, los virreyes tenían el cuidado de presentar ante el rey las objeciones y observaciones del virrey. No obstante, si se consideraba necesario su cumplimiento, se acataba la decisión real.

El primer virrey de la Nueva España fue nombrado en Barcelona, el 17 de abril de 1535.<sup>12</sup>

En disposición de 1555, contenida en la *Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias de 1680*, señalaba que el ejercicio del cargo de virrey era de tres años en Europa y lo mismo se dispuso para América, aunque el rey, en muchos casos, modificó el plazo.

Por ejemplo: Don Antonio de Mendoza gobernó 15 años; Luis de Velasco I, 13 años; Gastón Peralta dos años, ya que fue destituido. Asimismo, se mantuvo en el cargo hasta 11 años el cuarto virrey Martín Enríquez de Almanza, 1568-1580; Manrique de Zúñiga, duró cinco años; Luis de Velasco II, en dos periodos permaneció casi 10 años; el Conde de Monterrey, lo fue por siete años.

Aunque el virreinato en América se constituyó en 1535 como ya mencionamos, existen antecedentes de esta figura en Sicilia, Cerdeña y Nápoles, que eran dependientes de la Corona de Aragón, donde hubo virreyes desde 1477.

También fueron nombrados virreyes en el continente europeo, allí donde hubo territorios conflictivos, como en Navarra en 1512, donde la revolución de comuneros llevó al Rey Carlos I a nombrar al Conde de Miranda como Virrey de Navarra en 1523. Además, allí gobernó Luis de Velasco como Virrey, de 1547 a 1548, antes de pasar a la Nueva España. Durante la guerra de Cataluña, en 1641, igualmente se nombró a Federico Colona, Virrey de Valencia.

### 3. Vigilar, inspeccionar y comprobar el ejercicio del poder

La primera ley que instaura el virreinato fue dada en Barcelona el 20 de noviembre de 1542, donde se declara

... que los reinos del Perú y Nueva España sean regidos por virreyes, que representen nuestra Real persona, y tengan el gobierno superior, hagan y administren justicia, y entiendan en todo lo que conviene al sosiego, quietud, ennoblecimiento y pacificación de aquellas provincias.<sup>13</sup>

En el ordenamiento de Bruselas del 15 de diciembre de 1588 de Felipe II y confirmado por Felipe III, en el Escorial, el 19 de julio de 1614, quedó asentado que las Audiencias de Lima y México, así como otras

... sujetas y subordinadas al gobierno y jurisdicción de los virreyes; y a todos los gobernadores, justicias, súbditos y vasallos nuestros, eclesiásticos y seculares, de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad, que los obedezcan y respeten como a personas que representan la nuestra; guarden cumplan y ejecuten sus ordenes y mandatos no pongan excusa, ni dilación alguna, ni les den otro sentido, interpretación, ni declaración; ni guarden de ser más requeridos. Ni los consulten a ello, ni esperen otro mandamiento, como si por nuestra persona o cartas firmadas de nuestra Real mano lo mandásemos.<sup>14</sup>

Pero los virreyes asumían, además, las obligaciones de “cuidar que Dios Nuestro Señor sea servido y su Santa Ley predicada”, para que “gobiernen en toda paz” y que “provean todas las cosas que convinieren a la administración y ejecución de Justicia, conforme a las facultades que les conceden las leyes”.

Desde 1387, en las Cortes de Briviesca con Pedro I, decretan las Cortes el ordenamiento que trata de los cumplimientos religiosos, los deberes del pueblo con el rey y los derechos y bienestar del pueblo. Se estableció que cuando el rey o sus oficiales dictaban una orden que pudiera ser lesiva a los individuos o al reino, se dejaba en suspensión hasta que no fuese revisada por las autoridades su posible aplicación negativa. *Diccionario de Historia de España*. Madrid, Revista de Occidente, 1969. *Vid.* Regina María Pérez marcos, Los derechos humanos hasta la edad Moderna, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México, CNDH y Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004. p. 40. *Vid.*, en Ignacio Rubio Mañé, *Introducción al estudio de los virreyes de la Nueva España*, México, Ediciones Selectas, 1955, p. 82.

<sup>12</sup> Rubio Mañé, *Introducción al estudio de los virreyes de Nueva España 1535-1746*, México, Ediciones selectas, 1955. p. 21.

<sup>13</sup> *Recopilación de las leyes de Indias* de 1680.

<sup>14</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Libro III, Título III, Ley 2, p. 543.



El primer sistema de anticorrupción en México

Además, se ordenaba que “tengan la gobernación y defensa de sus distritos”. Asimismo, se les encargaba para que “premién y glorifiquen a los descendientes y sucesores en los servicios hechos en el descubrimiento, pacificación y población de Indias” y que “tengan muy especial cuidado del buen tratamiento, conservación y aumento de indios” y que obtengan “buen recaudo, administración, cuenta y cobranza de nuestra Real Hacienda”.

Además, debían dar cuenta del estado particular y general de sus gobiernos, por lo que se determinó que

... avisen continuamente en primer lugar de todo lo que tocara a religión, culto divino y piedad; y en segundo de lo tocante a gobierno militar, político y de hacienda [...] [Que] no escriban generalidades, [y que] remitan las informaciones necesarias.<sup>15</sup>

En el siglo XVIII, se le exigió que informase de todo lo que hiciese por lo que constan infinidad de documentos donde se hace referencia a pormenores sin importancia para el gobierno de la colonia.

También el virrey debía entregar a su sucesor todos los despachos, órdenes, cartas y cédulas que hubiera recibido durante su administración. Desde el virreinato de Antonio de Mendoza, se buscó que el sucesor se encontrara con él. Sin embargo, no siempre fue posible y el virrey dejaba un paquete sellado junto con el bastón de mando para ser entregado al sucesor. Una copia era enviada al rey.

Esta disposición de Felipe IV, en el decreto del 30 de septiembre de 1628 decía lo siguiente:

... siendo tan conveniente a nuestro servicio saber el estado en que dejan los Virreyes, cuando acaban sus gobiernos, los reinos donde lo han sido, para que según la noticia que dieren se pueda ayudar a la conservación de lo que la buena disposición de las cosas pidiere, o prevenir con particularidad lo que pasa en todas partes para que se consiga el fruto que esperamos de noticia tan universal e importante, ordenamos que de aquí adelante por fin de la instrucción se ordene a todos los Virreyes en las que se les dan, que envíen a nuestras propias manos cuando muden de puesto o acaben el tiempo por que

estuvieren nombrados, relaciones distintas por diarios del estado en que queda el reino donde hubieren gobernado, los negocios graves que hubieren sucedido en el discurso de su tiempo, si quedan acabados, la salida que tuvieron y lo que falta para concluirlos, con todo lo concerniente a ello. Y para que los que están sirviendo ahora en estos puestos ejecuten esta orden, se avisará por cartas a los Virreyes que se gobiernan por nuestro Consejo de Indias, encargándoles la cumplan puntualmente y que cuando no lo puedan hacer por diarios, sea con la mayor distinción que fuere posible, por lo que conviene tener esta mayor distinción que fuere posible, por lo que conviene tener esta noticia y el servicio que nos harán en ello. Y ordenamos a los ministros a quien tocara que a los dichos Virreyes no se les pague el salario del último año si no les constare que han enviado las dichas relaciones.<sup>16</sup>

El cumplimiento de estas disposiciones estaba controlado por la última instrucción de no pagar el salario del virrey, si no cumplía y acataba la ordenanza.

Estas instrucciones aparecen con el título de Instrucciones que los Virreyes de la Nueva España dejaron a sus sucesores y que fueron publicadas en los tomos XIII y XIV en México en 1873 y en la serie Biblioteca Histórica de la Iberia.

Pero el rey de España deseaba controlar todo lo que la autoridad delegada hiciera en sus territorios, así que había un impedimento más para las autoridades de la colonia que coadyuvaba al control del poder y para evitar que los lazos familiares facilitaran el contubernio de las autoridades y el capital, por lo que: No podían casar a sus hijos sin autorización real los virreyes,

... los presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de las Audiencias Reales de las Indias y sus hijos e hijas se casen en el distrito de sus Audiencias, esta horrendo que ninguno de los susodichos se pueda casar so pena de privacion dellos [sic].<sup>17</sup>

De acuerdo con Fray Antonio Tello, quien nos habla de un caso similar y dice:

<sup>15</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Libro III, Título III, Ley 1, p. 620. Felipe III en San Lorenzo a 24 de abril de 1618.

<sup>16</sup> *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Libro II, Título VI, Ley 27, pp. 283 y ss.

<sup>17</sup> Felipe III, en San Lorenzo, a 11 de junio de 1612, *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Ley 45, título 2, Libro 4.

... En ese año (1589) sucedió la guerrilla de Guadalajara, ocasionada del casamiento que hizo Don Juan Núñez de Villavicencio, Oidor de aquella Audiencia, con hija de Don Juan de Lomas, vecino de aquel reino, de donde son sin licencia suya; y habiéndose casado el dicho Don Juan Núñez [...], llegó noticia de Don Álvaro Manrique de Zúñiga, virrey de la Nueva España, Marqués de Villa Manrique, el cual quiso ejecutar la cédula de su Majestad en que prohíbe semejantes casamientos y pone por pena a los dichos Oidores, privación de sus oficios.<sup>18</sup>

Muchos casos se presentaron en las condiciones antes dichas por lo que fueron referidos a la corona.

Sin duda, otro mecanismo de control del poder fue el que estableció la obligación de que los funcionarios presentaran el inventario de sus bienes antes de acceder a su función:

... Por cuanto está dispuesto, que todos los Ministros, que Nos proveyéremos, antes de que se les entreguen los títulos de sus oficios, presenten en los Consejos donde despacharen, descripción e inventario auténtico y jurado. Hecho ante las justicias, de todos los bienes y haciendas que tuvieren al tiempo de entrar a servir.<sup>19</sup>

#### 4. Atención y observación del ejercicio del poder

Dada la organización política centralizadora de los monarcas castellanos, durante la baja Edad Media, se establecieron los jueces inspectores para que recorriesen las provincias informando del estado de la administración de justicia en los pueblos. Estos jueces visitadores impuestos desde Enrique II y Juan I, a petición de las Cortes, ordenaron el nombramiento de “hombres buenos de las nuestras ciudades y villas” para inspeccionar la conducta de los adelantados, alcaldes y justicias, así como el estado de los caminos en orden a robos u otros males con facultad de sancionar a aquellos oficiales y hacer justicia a las partes cuando fuera necesario, debiendo dar cuenta anualmente al rey de la labor realizada.

Los Reyes Católicos ampliaron estas funciones para que dieran cuenta de la administración de justicia, de las cuentas de propios de los Concejos (ayuntamiento o corporación municipal), de la reparación de puentes y calzadas, del estado de las fortalezas, de las derramas hechas por los oficiales sobre los pueblos y su percepción, portazgos (derechos que se pagan por pasar por un determinado camino) y montazgos (tributo pagado por el tránsito de ganado por un monte).

Los visitadores en Indias fueron jueces pesquisidores comisionados para revisar la actuación de los funcionarios. Sus visitas podían tener carácter ordinario o extraordinario, y junto con los juicios de residencia, eran el instrumento del control del ejercicio del poder.<sup>20</sup> De acuerdo con sus atribuciones, eran visitadores generales los que tenían a su cargo la vigilancia de todo el virreinato, y los visitadores particulares, cuando revisaban la actuación de un funcionario.

Había visitadores religiosos, encargados de conventos y misiones de las diferentes órdenes; visitadores de armadas y fortalezas, que hacían el inventario de las fortificaciones, la pólvora y pertrechos; visitadores de órdenes militares y visitadores de navíos.

La visita general era consultada con el monarca y el Consejo de Indias era el encargado de conceder el permiso de embarque del visitador.

Los visitadores tenían autoridad y los virreyes estuvieron sometidos al régimen de visitas cuando el Consejo de Indias de modo ordinario o extraordinario las ordenaba realizar.

El juez visitador asumía todas las funciones virreinales menos la personal e intransferible de “alter ego” del monarca. Aunque no podía entrometerse en las causas de la visita si en ella no se cometían excesos graves, tampoco conocerlas por apelación, ni reclamar contra resoluciones.

El procedimiento seguido en la visita se iniciaba con la publicación de la misma, se recibían todas las demandas públicas cuyos cargos eran remitidos a los inculpados. La rapidez del proceso, para no incrementar las costas, se proveía con la reunión de los informes y memoriales, se daba cuenta al Consejo de Indias y se dictaba sentencia.

<sup>18</sup> Ortiz Treviño, Rigoberto G., *Nueva Galicia y Quito la insubordinación de dos audiencias (1548-1680)*, Mecanuscrito.

<sup>19</sup> *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Ley LXVIII, Título II, Libro 3º.

<sup>20</sup> Las visitas se diferenciaban fundamentalmente de las residencias en que las primeras eran despachadas en cualquier momento en que la sospecha o denuncia surgieran, mientras que las residencias solo se exigían al terminar su mandato la autoridad o funcionario.

## El primer sistema de anticorrupción en México

El poder del visitador era grande pero estaba impedido de ver las cartas que los oidores remitían al rey informando del visitador. Pero podía deponer y desterrar a España a los visitados menos al virrey, e imponer penas en los bienes y haciendas de los reos (aunque la cobranza de las sanciones no le estaba encomendada, ya que era privativa de los Tribunales de Cuentas).

### 5. La institución del juicio de residencia

Se inició el juicio de residencia en la baja Edad Media, con la tendencia centralista del derecho divino del monarca y fue conocido como “*purgar taula*”.<sup>21</sup> *La purga de taula* fue un procedimiento medieval ordinario, que se practicó en Aragón en el siglo XIII.

También, desde 1283, en Cataluña existía esa disposición para los oficiales reales y en Barcelona se instituyó en 1299, por lo que se determinaba a “*tenir taula per trenta dies*”. Esto significaba:

... que todo oficial que use jurisdicción y sus lugartenientes aseguren convenientemente y con buenas fianzas responder su gestión durante treinta días, el día primero de enero de cada año.

Este arraigo residencial es el que habría de dar nombre al juicio. En el derecho castellano quedó regulado en las *Siete Partidas*<sup>22</sup> y fue el mecanismo de control del poder más importante durante la época colonial. En la Partida Tercera, Título IV, Ley VI, es donde se establece que los jueces debían dar fiadores, comprometiéndose a que al fin de su misión permanecían 50 días arraigo en el lugar para “hacer derecho a todos aquellos que ellos habían recibido tuerto” (agravio, sinrazón o injuria que se hace a uno).<sup>23</sup>

Así pues, el juicio de residencia era para “desfacer entuertos”, en el caso que los funcionarios públicos

fuesen corruptos o hubieran cometido agravios sobre los gobernados.

El juicio de residencia tuvo como objetivo primordial evitar la corrupción porque lo perseguido con mayor rigor fueron las infracciones en perjuicio de la Real Hacienda. Sin embargo, también lo fue para proteger a los particulares de los abusos de los funcionarios.

Este juicio correspondía a la revisión a que se sometía la actuación de cualquier oficial de la Corona, bien fuera al finalizar su cargo o en cualquier momento del mismo, si se aducían causas graves en su actitud y desempeño.

Preocupaba a la Corona que los jueces obrasen sin cohecho, por lo que el Rey Fernando dispuso que “ninguno del Consejo, ni los contadores, ni los alcaldes de la Corte, ni otro juez ni comisario no llevasen don ni presente ni precio alguno de dinero, ni otra cosa de las personas que ante ellos tratasen pleitos...”.

En la Ley de Partida III, Título IV, Ley VI se dicta que: “cuando hubieren [los jueces] los oficios, que ellos ni otros por ellos reciban don ni promisión de hombre ninguno que haya promovido pleito ante ellos o que sepan que lo van a mover”.<sup>24</sup> De ahí que este tema fuera objeto de los juicios de residencia.

Fueron los Reyes Católicos quienes reglamentarían el juicio de residencia, en Sevilla, el 9 de junio de 1500. Con el nombramiento de Nicolás de Ovando, este recibió instrucciones especiales, el 16 de septiembre de 1501, cuando fue a gobernar la isla La Española para efectuar residencia a su antecesor, Francisco Bobadilla, quien había sustituido a Cristóbal Colón y lo había encarcelado.<sup>25</sup>

Así pues, a someterse a este juicio quedaron obligados los funcionarios de Indias al término de su desempeño. Sin embargo, estos juicios fueron promovidos en cualquier momento del ejercicio del funcionario y cuando el cargo era permanente se estableció el juicio periódicamente. Se obligaban a él todos los funcionarios incluyendo a los alcaldes, regidores,

<sup>21</sup> Este procedimiento siguió practicándose allí en Aragón, hasta el siglo XVIII, en que fue sustituido por el juicio de residencia.

<sup>22</sup> Hasta los principios del siglo XIII, las ciudades y tierras de Castilla se regían por distintos tipos de fueros, leyes consuetudinarias y derechos señoriales. Alfonso X ordenó la redacción de tres compilaciones jurídicas: el Fuero Real, el Espéculo y el Libro de las Leyes, conocido como las Siete Partidas por estar dividido en siete capítulos.

<sup>23</sup> Alfonso X, *Las siete partidas*, Introducción y notas de José Sánchez Arcilla Bernal, Madrid 2004. Tercera Partida, Título V, Ley XII. La Tercera Partida contiene el Derecho Procesal, la organización de los tribunales y el procedimiento.

<sup>24</sup> Alfonso X, *Las siete partidas*, Introducción y notas de José Sánchez Arcilla Bernal, Madrid, 2004.

<sup>25</sup> Majo Framis, Ricardo, *Colonizadores españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, p. 175.

gobernadores, intendentes y virreyes.<sup>26</sup> Pero todos los funcionarios tenían que ser residenciados.

Una instrucción clara decía: “que los oidores promouidos se tome residencia antes que salgan de la plaza que dexaren [sic]”.<sup>27</sup> Y otra disponía <sup>28</sup> “que a los gouernadores perpetuos se tome residencia cada cinco años [sic]”. Y en particular se determinaba “Que el que fuere a gouernar las islas Filipinas tome residencia al antecesor [sic]”.<sup>29</sup> Asimismo, los alcaldes ordinarios, regidores y escribanos, los correos mayores, los alcaldes y oficiales de la casa de moneda, a los tasadores de indios, ensayadores, mercaderes, oficiales de hacienda y justicia, y demás funcionarios del rey.

Es indudable que los juicios de residencia se hicieron a la mayoría de los funcionarios, incluso los que murieron en el cargo fueron residenciados y el castigo lo pagaban sus bienes o sus herederos.

A casi todos los virreyes residenciados se les absolvió y felicitó. Sin embargo, hubo algunos virreyes que eran mal vistos por los jueces y algunos jueces de residencia que, queriendo demostrar un celo exagerado de su misión, llevaron sus juicios a desproporciones y abusos.

Sin embargo, de acuerdo con José María Mariluz, en los nutridos legajos de escribanía de Cámara, “... donde se conservan las sentencias, son numerosas los casos de funcionarios condenados a crecidas penas pecuniarias o a la privación de oficio, que demuestran que las residencias fueron un positivo recurso para sanear la burocracia indiana”.<sup>30</sup>

Así fueron residenciados, el Marqués de Cruillas, por José de Areche, quien había juzgado a Tupac Amaru. También el Segundo Conde de Revilla Gigedo, quien fue acusado por el Ayuntamiento de México, pero fue totalmente absuelto y el Ayuntamiento fue obligado a pagar las costas. También el Virrey José de Iturrigaray, quien procesado por infidencia. Sin embargo, fue sobreseído el proceso por el decreto de “olvido” de 1810, no obstante que fue residenciado y

acusado de peculado, se le condenó a pagar 435,413 pesos, después de muerte. Su caso fue sobreseído.

En las Ordenanzas de 1571, obra de Juan de Ovando, hablaba de las atribuciones del Consejo de Indias:

... por lo qual mandamos que solamente conozca el dicho Consejo de las visitas que se toman a los virreyes, presidentes, oidores y oficiales de nuestras audiencias e hacienda, e a los gouernadores proueydos con titulos nuestros [sic].<sup>31</sup>

El juez de residencia era nombrado por el Consejo de Indias o por la Audiencia,<sup>32</sup> que tenía por objeto averiguar cuál ha sido la conducta de la autoridad durante el tiempo que ha desempeñado su cargo. El juez formulaba el cuestionario a vista de las instrucciones que se habían dado al virrey cuando fue nombrado.

La misión del juez se limita a anunciar públicamente por edictos la celebración del juicio, a recibir las denuncias y reducirlas a cargos concretos y probados, a recibir la defensa del interesado y a preparar un memorial que remite al Consejo de Indias, si el funcionario recibió su nombramiento del rey, o a la Audiencia, si lo recibió del virrey o de dicho organismo judicial.

El 3 de septiembre de 1565 se dictó Real Cédula que había de constituir la regla general del sistema de nombramiento de jueces de residencia. Por ella se disponía que las residencias de oficio provisto por consulta del Consejo de Indias, las tomasen jueces designados por el presidente del Consejo y las de oficio provistas por virreyes, presidentes y gobernadores, fuesen tomadas por jueces comisionados por quien los proveyese.

A pesar de esta cedula, se siguió debatiendo por mucho tiempo la cuestión de saber a qué organismo correspondía nombrar los jueces para los oficios provistos en las Indias. En la Nueva España, la Audiencia

<sup>26</sup> También llamado “talón de Aquiles”, según el maestro Muro Orejón, en su libro *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, p. 179.

<sup>27</sup> *Recopilación de las leyes de Indias*, Ley 1, Título 16, libro 6. (Felipe III en el Pardo a 16 de octubre de 1575).

<sup>28</sup> *Recopilación de las leyes de Indias*. Ley 3, Título 16, libro 6. (Felipe II en Madrid a 21 de enero de 1594).

<sup>29</sup> *Recopilación de las leyes de Indias*. Oficio 622, folio 169. (Felipe IV, Madrid, 4 de diciembre de 1630).

<sup>30</sup> Mariluz Urquijo José María, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, Edición Escuela de estudios hispano-americanos, 1952. p. 292.

<sup>31</sup> Sánchez Arcilla-Bernal, José, *Instituciones políticas-administrativas de la América hispánica (1492-1810)*. p. 207.

<sup>32</sup> Mariluz Urquijo, José María, *op. cit.*, p. 19.

El primer sistema de anticorrupción en México

elegía los jueces de residencia de corregidores y alcaldes mayores hasta 1585.<sup>33</sup>

El virrey tenía la responsabilidad de tomar el juicio de residencia a los gobernadores de su jurisdicción cada cinco años, previa consulta con el Real Acuerdo. También debía proveer al juicio de residencia los corregidores (estos solían ser residenciados por sus sucesores en el cargo), alcaldes mayores y oficiales de la Real Hacienda.<sup>34</sup>

**6. El procedimiento jurídico que confrontaba el ejercicio del poder: el proceso en el juicio de residencia**

El juicio en particular comenzaba con el pregón a través de edictos en todo el territorio sometido a la jurisdicción del residenciado, donde se invitaba a todos a presentar demandas contra el enjuiciado.

El desarrollo del juicio de residencia implicaba dos procedimientos: uno secreto, en la que el juez analizaba el desempeño del enjuiciado de acuerdo con lo actuado en su función pública, su moral y vida privada; y otro público, donde cualquier particular que se considerase agraviado podía promover querrela.<sup>35</sup> Es importante destacar que el querellante debía prestar fianza que perdían en el caso de no probar sus dichos, con lo que se evitaba las falsas acusaciones, venganzas personales o envidias.

El fallo de estos juicios de residencia lo hacía el Consejo de Indias.<sup>36</sup> Este juicio de residencia iniciaba con las diligencias judiciales, con cinco autos dictados por el juez de la Residencia sobre los puntos siguientes:

- a) Auto para que se requiera al virrey los títulos de sus empleos, las órdenes e instrucciones de su mandato, la lista de sus secretarios, criados y allegados, y el testimonio de las finanzas que hubiera prestado.

- b) Auto para que los oficiales reales certificasen el cumplimiento de lo dispuesto en la ley que obligaba a entregar el duplicado del informe que se manda a hacer en orden al estado de los graves negocios de su gobierno, si le habían pagado el salario del último año; relación de lo librado por el ex virrey en todos los ramos de la Real Hacienda; si en los oficios que proveyó señaló a los designados más de la mitad del salario; si relevó a alguno del pago de la media anata; si hizo remitir los situados a las plazas y presidios.
- c) Auto para que el teniente escribano de gobierno relacionase las causas que el residenciado había remitido a la Real Audiencia por voto consultivo; y lo mismo las de Real Hacienda.
- d) Auto para que el escribano de bienes de difuntos certificase sobre si el residenciado se había cuidado de nombrar cada dos años un Ministro de la Real Audiencia para que actuase como juez general de dicho juzgado; y qué cantidades de dichos bienes se habían remitido a España en galeones o navíos de bandera; y si había librado sobre esos caudales para fines particulares.
- e) Auto para que el escribano del Cabildo certificase sobre si en cumplimiento de la ley se había nombrado cada año un ministro para que tomase residencia a los regidores fieles ejecutores.<sup>37</sup>

Todo esto se realizaba bajo un sistema de acción popular, en donde se reunían e investigaban todas las quejas concretas contra el ex funcionario, el cual, entre tanto, por regla general, no podía salir del lugar por un periodo de 50 días en donde había ejercido sus funciones.<sup>38</sup> La comunidad podía denunciar fallas, abusos y robos, así el juez designado estudiaba el caso y emitía una sentencia.

Después de recibir las pruebas y de oír al acusado, el juez de residencia dictaba sentencia condenando o absolviendo con respecto a cada acusación o cargo, y en su caso imponía penas adecuadas a la gravedad

<sup>33</sup> Sánchez Bella, Ismael, *La organización financiera de las indias siglo XVI*, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 1990, p. 282.

<sup>34</sup> Rubio Mañé, Ignacio, *Introducción al estudio de los virreyes de Nueva España*, t. I, p. 86.

<sup>35</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, t. I, p. 148.

<sup>36</sup> Conviene recordar que el Consejo de Indias procuraba los nombramientos de los altos funcionarios del gobierno colonial, expedía órdenes, dictaba decretos para el buen gobierno civil y eclesiástico de las Indias; así como tenía derecho a indagar, aprobar, condenar y castigar a los funcionarios en América.

<sup>37</sup> Ots y Capdequí, José María, *Instituciones, Historia de América, Instituciones*, Barcelona, Editorial Salvat, 1959. p. 454.

<sup>38</sup> Floris Margadant, S. Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, p. 75.



de las faltas cometidas las cuales podían ser multas, indemnizaciones a los perjudicados, privación del derecho a ejercer funciones públicas, destierro de las Indias, prisión, etcétera.

De esta sentencia podía apelarse a las audiencias (si se trataba de una autoridad designada en las Indias) o al Consejo de Indias, si el residenciado provenía de España.<sup>39</sup>

Las residencias de oficio de provisión real se veían en segunda instancia en el Consejo de Indias y las provistas por autoridades indianas, en la audiencia de donde fuera el caso. De hecho, también muchas residencias de corregidores y alcaldes mayores de provisión real fueron revisados en la Audiencia, práctica que quedó legalizada en 1769. El Consejo de Indias consultaba al monarca los casos de condenación de pena corporal y los de suspensión o privación de oficio.<sup>40</sup>

En las residencias de los funcionarios, los testigos decían cosas increíbles. Tanto si eran amigos o enemigos del residenciado. Los primeros lo elogiaban totalmente por honesto, leal y valioso y, por otra parte, los segundos lo denostaban, injuriaban y afrentaban. El juez tenía que cerciorarse sobre la veracidad de los testigos. Por lo que eran repreguntados hasta encontrar la veracidad en sus dichos. Se aconsejaba que los testigos fuesen de distintas clases sociales, abogados y caballeros, así como cualquier vecino, con objeto de conocer el trato y forma con que se había conducido el residenciado. Sin embargo, en caso de duda el juez debía inclinarse a favor del residenciado.<sup>41</sup>

Las penas que se solían imponer eran la pecuniaria, la inhabilitación temporal o perpetua, y el destierro. Sin duda, la pena más ejecutada fue la de multa. Pero la residencia no solo tenía como destino el inculpar y castigar, ya que, muchas veces, al ser consignados en las conclusiones de la residencia los buenos procedimientos del residenciado, era un mérito muy valioso para aspirar a nuevos empleos.

Es por ello que el juez de residencia intervenía en la vida privada, en la actitud moral, en los pasatiempos como en las costumbres de los residenciados, si se determinaba que el residenciado no había incurrido en actos amoraes o de falta de integridad, este pedía

permiso para hacer pública e imprimir la sentencia, la que ostentaba junto a sus méritos personales.

... Pronunciada la sentencia definitiva, el funcionario no podía ser molestado nuevamente. Incluso si se hubiesen encontrado o descubierto delitos o graves excesos que se ignoraban durante la residencia.<sup>42</sup>

Empero, caían fuera de las atribuciones del juez las cuestiones de la Real Hacienda, que debía remitir a los correspondientes Tribunales de Cuentas y los corregidores que no acataran sus órdenes eran privados de su oficio.

Pero el control del poder del rey sobre sus representantes se extendía hasta sobre la honestidad del residenciado, para ello se había prevenido que:

... Por cuanto está dispuesto que todos los Ministros, que Nos proveyéremos, antes que se les entreguen los títulos de sus oficios, presenten en los Consejos donde despacharen, descripción e inventario autentico y jurado, hecho ante justicias, de todos los bienes y hacienda que tuvieren al tiempo que entraren a servir, y esto conviene se cumpla y ejecute.<sup>43</sup>

## 7. Segunda instancia del juicio de residencia

De acuerdo con la legislación, en muchas formas variable a través de los siglos, la resolución definitiva del juicio de residencia se tomaba en España, en el Consejo de Indias.

Después, del Consejo de Indias se les dio esa comisión a la real Audiencia. Pero, primero, la sentencia de la residencia era enviada al Consejo, por lo que siempre fue complicado y en los primeros años lo era más, tanto por la distancia como por los problemas que presentaban muchas regiones separadas por el mar o las montañas.

Por ello es que se dispuso que las Audiencias de Indias llevaran esos casos y el Consejo de Indias vería de las residencias tomadas a los gobernadores y a los miembros de las Audiencias.

<sup>39</sup> Ricardo Zorraquín, Becú, *op. cit.*, t. I, p. 148.

<sup>40</sup> VV. AA., *Historia del derecho Indiano*, p. 239.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>43</sup> *Recopilación de las Leyes de Indias*. Ley XVIII, Título II, Libro III.

## El primer sistema de anticorrupción en México

Las Ordenanzas de 1563 mandaban que las apelaciones se interpusieran de las sentencias absolutorias o condenatorias de las demandas particulares:

... que se pronunciaren por los jueces de residencia de gobernadores y corregidores, fueran a las Audiencias del distrito, pero que lo que resultara de la pesquisa secreta fuera al Consejo de Indias.<sup>44</sup>

Pero los jueces podían ejecutar sentencias que no rebasasen 20 mil maravedíes, no obstante la apelación interpuesta, cuando se tratase de cohecho, baraterías o cosas mal llevadas.<sup>45</sup> En Venezuela, las demandas y reclamaciones hechas al gobernador que no excediesen mil ducados, los resolvía la Audiencia de la Isla Española. En las Filipinas se resolvían asuntos hasta por mil pesos.

### 8. La ineludible residencia

Por otra parte, nadie escapaba del juicio de residencia. Varios virreyes y oficiales fueron residenciados después de muertos.

Catorce virreyes murieron en México: dos en el siglo XVI, Velasco padre y el Conde de la Coruña; tres en el siglo XVII, el Arzobispo Guerra, el Obispo Torres y Rueda y el Duque de Veragua; ocho en siglo XVIII, el Duque de Linares, el Marqués de Casafuerte, el Duque de la Conquista, el Marqués de Amarillas, Bucareli; los dos Gálvez (Matías y Bernardo) y el Arzobispo Núñez de Haro; y uno en el siglo XIX y después de la Independencia, Iturrigaray, como hemos mencionado y Juan de O'Donjú.<sup>46</sup>

Y muchos otros funcionarios murieron en curso de sus encargos. Sin embargo, la residencia provocó discusiones sobre si el funcionario podía ser residenciado después de muerto. Pero a pesar de ello, fueron residenciados algunos después de muertos, aunque se alegaba que la muerte eximía de la residencia y del juicio. No obstante lo anterior, perduró la tesis de que

se podía proceder contra los jueces y ministros que muriesen después de comenzadas las residencias y, en muchos casos, que muriesen antes de comenzar. “Porque con la muerte se librarse de las penas corporales, todavía, mediante la litis contestatio se conservan y perpetúan las pecuniarias”.<sup>47</sup> Así que una vez pronunciada la sentencia condenatoria se procedía contra los bienes de los herederos.

Destaca la exoneración que se dio al Virrey Matías de Gálvez, quien murió en la Nueva España en 1784. Se dispuso que por saberse “la conducta, gobierno y providencias del difunto virrey”, se le dispensaba del juicio de residencia en atención a “la pureza, rectitud y prudencia bien notoria con que había gobernado”.<sup>48</sup>

Sin embargo, las costas del proceso debido a que los gastos de las Audiencias se hallaban agotados, los jueces, iniciaron a imponer las costas a los residenciados, aunque estos fueran inocentes. Como señala Mariluz “En los juicios del siglo XVII es corriente que por el justo modo de proceder, se obligue a pagar las costas al funcionario que fue absuelto y elogiado en la sentencia”.<sup>49</sup>

### 9. Comprobación y verificación del ejercicio del poder

Uno de los primeros juicios de residencia en la Nueva España fue el que se le elaboró a Hernán Cortés, en julio de 1526. Para ese tiempo, ya que habían llegado a la corte múltiples acusaciones en su contra, por lo tanto dispuso Carlos V que se le tomase residencia. Tres fueron los jueces que la efectuaron por diversos motivos. El primero de ellos fue Luis Ponce de León, que era teniente de corregidor de Toledo, quien llegó a México el 2 de julio, tomando posesión de su cargo el 4 y pocos días después murió de una calentura o afección amarilla. El segundo juez de residencia fue Marcos de Aguilar, designado por Ponce de León en sus últimas horas de vida, este tampoco pudo hacer mucho, ya que murió el 1 de marzo de 1527. Su

<sup>44</sup> Mariluz Urquijo, José María, *op. cit.*, pp. 224 y ss.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>46</sup> Bravo Ugarte, José, *Historia de México*, México, Editorial Jus, 1960. t.II, p.266.

<sup>47</sup> Mariluz Urquijo, José María, *op. cit.*, p. 117.

<sup>48</sup> Rodríguez del Valle, Mariana y Angeles Cornejo Díaz de la Cortina, Matías de Gálvez (1783-1784), *Los virreyes de la nueva España*. t., II, pp. 303-304.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 211.

sucesor fue Alonso de Estrada, quien lo único que hizo fue perseguir a Cortés, haciéndole salir de la Ciudad de México.

Empero, el juicio de residencia de Cortés fue el principal asunto de la primera Audiencia, que fue establecida por cédula de 13 de diciembre de 1527 y comenzó a funcionar en diciembre de 1528. La Audiencia no era solo un tribunal supremo, sino también un gobierno. Así, esta Audiencia fue conformada por cinco oidores: Nuño Beltrán de Guzmán, quien era el presidente de la misma; Alonso de Parada, Francisco Maldonado, Juan Ortiz de Matienzo y Diego Delgadillo. En la Instrucción a Nuño de Guzmán, le autoriza el rey a continuar con la residencia a Cortés en el que facultan para sentenciar a Hernán Cortés y a sus oficiales conforme a la justicia y leyes de los reinos, guardando el capítulo de los depósitos hasta en cantidad de 300 pesos oro.<sup>50</sup>

Nuño Beltrán, Juan Ortiz y Diego Delgadillo cometieron de 1528 a 1530 tantos robos, crueldades y venganzas contra los partidarios de Cortés y desactos contra las autoridades eclesiásticas, lo que demostró que el proceso de Cortés no fue para hacer justicia, sino para lacerar al conquistador en bienes y honra: “en todas las demandas lo condenaban”; sin embargo, el principal cargo contra Cortés fue el de la muerte de su mujer, Catalina Suárez.<sup>51</sup>

Otro que fue residenciado en un juicio largo fue el mismo Nuño de Guzmán,<sup>52</sup> quien se dedicó a la explotación y exportación de esclavos indios, lo que realizaba sobre la base de cambiar primero cien indios por un caballo y solo 15 después. Nuño de Guzmán se disculpaba de ello en 1531 diciendo que: “Si licencia he dado de sacar esclavos de la provincia de Panuco, hícelo por la pobreza y necesidad que la tierra tiene y vecinos de aquella villa, y por muchos requerimientos que me hicieron.” Por lo que Jerónimo López informó a la corona de los muchos esclavos que Nuño de Guzmán había sacado del puerto de Panuco, “vendéndolos o trocándolos por mercaderías y que había consentido que los vecinos los vendiesen

[y] de que había cargado más de veinte navíos y era público que cobraba dos pesos oro por cada cabeza de licencia”.<sup>53</sup>

A Nuño de Guzmán se le acusó continuamente por el maltrato a los indios. Fue aprehendido el 20 de enero de 1537 y se le instruyó proceso. Acusado “de haber hecho esclavos en guerra y fuera de ella, mandado herrar hasta niños de pecho, y haber sacado de Panuco más de 4000 esclavos sin orden de su majestad” fue enviado a España en 1538.<sup>54</sup> Se le embargaron los bienes, aunque no cayó en desgracia, ya que gracias a sus amigos pudo conservar sus encomiendas, aunque se le confinó en Torrejón de Velasco, provincia de Madrid, hasta su muerte en 1550.

Igualmente, otro juicio de residencia fue el que sancionó Juan de Palafox y Mendoza, quien llegó a la Nueva España como Obispo de Puebla y en calidad de visitador general del reino en junio de 1640, ejecutaría un juicio de residencia en contra del Virrey Diego López Pacheco, Marqués de Villena y Duque de Escalona, en junio de 1642, a quien entre otros cargos le adjudicó el de traición al rey por mantener relaciones y otorgar favores a los portugueses, quien favorecía la causa de los Braganzas, cuando el reino de Portugal se rebelaba contra la monarquía española. El 9 de junio, el Obispo Palafox reunió a la Audiencia y le dio a conocer los despachos reales que había recibido. Se le autorizaba en ellos para tomar posesión del virreinato y compeler al Marqués a regresar a la Corte para responder a los cargos que se le hacían.<sup>55</sup>

La desgracia del Virrey López Pacheco fue completa, pues no solo vio confiscados sus bienes, sino en almoneda pública sus muebles y alhajas. Ya en España fue absuelto de todos los cargos y hasta obtuvo de nuevo el virreinato, que no aceptó por evitar nuevas discordias, admitiendo en cambio el de Navarra.<sup>56</sup>

A su vez, el Obispo Palafox fue residenciado en 1652 por polémicas con los franciscanos, dominicos y agustinos, así como con los jesuitas. Con los primeros había tenido debates sobre las doctrinas, con los segundos confrontaciones por la exención del diezmo

<sup>50</sup> De la Torre Villar, Ernesto, *Instrucciones y memorias de los Virreyes Novohispanos*, t. I., p. 23-25.

<sup>51</sup> Bravo Ugarte, José, *Historia de México*, t. II, pp. 101 y 102.

<sup>52</sup> Gobernador de Panuco de 1528-29, murió en 1550. Fue presidente de la primera Audiencia 1529-31.

<sup>53</sup> Zavala Silvio, *Los esclavos indios en Nueva España*. El Colegio Nacional, México, 1994.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>55</sup> Rubio Mañé, Ignacio, *op. cit.*, p. 147.

<sup>56</sup> José Bravo Ugarte, *Instituciones políticas de la Nueva España*, p. 22.

**El primer sistema de anticorrupción en México**

establecido en el Concilio de Letrán. Sin embargo, por cedula real se ordenó la dispensa del juicio por los grandes servicios otorgados por el Obispo.

Hay que destacar los juicios residenciales que se le aplicó a algunos virreyes con extrema firmeza, como el caso del Marqués de Villamanrique, Álvaro Manrique de Zúñiga, Séptimo Virrey de la Nueva España, quien fue residenciado por Diego Romano Obispo de Tlaxcala. Destaca, la dura sentencia que le aplicó el juez Cristóbal Calancha al Conde Baños, Juan de Leyva y de la Cerda, Vigésimo Tercer Virrey, la cual se calcula en más de 40 mil pesos.

Otro juicio de residencia con visos políticos y para castigar al virrey fue el de José de Iturrigaray, a quien se le imputaron cargos como: “no tuvo cuidado de evitar los pecados públicos y procurar su castigo”. Se le responsabilizó de la demolición del Hospital de San Juan Bautista en la ciudad de Veracruz. Por permitir y tolerar los juegos prohibidos. Por no cuidar del aseo de la ciudad. Porque giró órdenes de no defender el puerto de Veracruz. Por no guardar la compostura que a su investidura corresponde como representante del rey etcétera. Sin embargo, el procurador del virrey apeló ante el Tribunal Supremo de Justicia, quien asumió las facultades del Consejo de Indias, después de la Constitución de Cádiz, no obstante, el tribunal confirmó la sentencia que no fue ejecutada por fallecimiento del residenciado, por lo que fue sobreesido como ya mencionamos.

**10. Puntos finales, las constituciones mexicanas y la integración de sistemas para contener el abuso de los funcionarios públicos**

La responsabilidad del poder implica la obligación de actuar con honestidad y rectitud. Requiere no solamente de buena fe y confianza en que las disposiciones y mandatos se han de cumplir, sino de la certeza y comprobación eficaz de que el ejercicio y práctica del poder son cumplidos cabalmente.

El soberano es responsable de todo el Estado. En las monarquías absolutas, la responsabilidad del monarca es con su superior, en este caso Dios. La doctrina del “derecho divino” de los reyes implicaba su supremacía sobre la Iglesia. Con la Ilustración, la responsabilidad del monarca se determinaba por la razón. Pero como señalamos al principio, el rey estaba

limitado por diversos ordenamientos de índole legal y moral.

Sin embargo, todo miembro del cuerpo político administrativo era responsable de acuerdo con su función y su compromiso envuelve el recto uso del poder: el cumplimiento de la ley y la ejecución de las órdenes de su superior. En la jerarquía burocrática, la responsabilidad se determina de acuerdo con las funciones que se ejecutan.

A pesar de que el compromiso del funcionario es con su superior que es quien lo ha designado para ocupar un cargo, la responsabilidad de cumplir con su obligación es con el conjunto social. Y el no cumplimiento de su obligación lo enfrenta a una penalización legal, pero esta penalización es una sanción adecuada solo si la responsabilidad puede ser definida en términos jurídicos.

El principio de la auténtica naturaleza de la justicia debe determinarse en función del interés público, garantizado por leyes justas. Es por ello que la monarquía española procuró avenirse a cumplir con esos postulados.

Es evidente que el juicio de residencia era un control que tenían los reyes españoles para castigar aquellos funcionarios que habían actuado de forma indebida a lo largo de su responsabilidad burocrática.

El juicio de residencia logró contener el abuso de los funcionarios públicos. Lo más importante es que los funcionarios sabían claramente que, una vez terminado su servicio, perdían las prerrogativas del cargo y quedaban expuestos a las denuncias de cualquiera de sus gobernados. Lo anterior obligaba a los funcionarios a cuidar las formas en el manejo del gobierno, lo que no significó que no hubiese abuso del poder, las conclusiones de muchos juicios de residencia así lo dejan constatado.

Finalmente, cabe señalar que el juicio de residencia se mantuvo en la Constitución de Cádiz: artículo 228, que “Para hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho, decretarán las Cortes que ha lugar la formación de causa”. Y toca al Supremo Tribunal, dice el artículo 261, Sexto: “Conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposición de las leyes”.

Asimismo, en la Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, quedaron establecidas las responsabilidades de los secretarios por lo que firmasen en contra de la Constitución u otras leyes (artículo

145) y el Congreso declarará si hay causa para juzgar al responsable (artículo 146), quien quedará suspendido enviando el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, el cual llevará a cabo el proceso y la sentencia (artículo 147). En el artículo 59, se dispone que los diputados son inviolables, pero "... se sujetarán al juicio de residencia por la parte que les toca de la administración pública, y además, podrán ser acusados durante el tiempo de su diputación, y por la forma que previene este reglamento por los delitos de herejía y por apostasía, y por los de Estado, señaladamente por los de infidencia, concusión y dilapidación de los caudales públicos".

En el artículo 150, se determina que los miembros del "Gobierno se sujetarán, asimismo, al juicio de residencia; pero en el tiempo de su administración solamente podrán ser acusados por los delitos que manifiesta el artículo 59 y la infracción al artículo 166".

Artículo 166, arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir el detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado.

Se establece, además, en el Capítulo XVIII del Tribunal de Residencia, artículo 212, su composición por siete jueces; y artículos 213 a 223 sobre su formación. En el Capítulo XIX, De las funciones del Tribunal de Residencia. En los artículos 224 a 231, se determina la competencia del Tribunal.

Nunca más se usó en México el uso del término residencia para implicar el juicio sobre la conducta de los empleados públicos; sin embargo, en todas las constituciones posteriores se fue decantando la intención, regulada por la ley, de controlar la acción y omisión de los funcionarios.

Para la mitad del siglo XIX, en la Constitución mexicana de 1857, se estableció como causas que justificaban el enjuiciamiento del presidente de la República durante su encargo, además de la traición a la patria y los delitos graves del orden común, la violación expresa de la Constitución y el ataque a la libertad electoral que tiempo después fueron eliminados por el constituyente de la Constitución de 1917. Por tal motivo, el enjuiciamiento del Jefe del Ejecutivo únicamente procede por traición o delitos graves del orden común.

Durante la vigencia de la Constitución de 1857 se dictaron dos leyes relativas a la responsabilidad de los altos funcionarios: una, el 3 de noviembre de 1870, con el nombre *Ley del Congreso general sobre delitos oficiales de los altos funcionarios de la federación*, bajo la presidencia de Benito Juárez; y, otra, en mayo de 1896, durante la presidencia de Porfirio Díaz.

La Ley del 3 de noviembre de 1870 establece:

Artículo 1º Son delitos oficiales en los altos funcionarios de la federación, el ataque las instituciones democráticas, a la forma de gobierno republicano, representativo, federal y a la libertad del sufragio; la usurpación de atribuciones; la violación de las garantías individuales, y cualquier infracción de la Constitución o leyes federales en puntos de gravedad.

Artículo 2º, La infracción de la Constitución o leyes federales en materias de poca importancia. Los gobernadores de los estados solo incurrir en responsabilidad federal por omisión o inexactitud "en lo relativo a los deberes que les impongan la Constitución o leyes federales.

Artículo 4º El delito oficial se castiga con la destitución y la inhabilidad para obtener el mismo u otro encargo o empleo de la federación, por un tiempo que no bajara de cinco ni excediera de diez años.

Por otro lado, la Ley de 29 de mayo de 1896, de nombre *Ley del Congreso General sobre delitos oficiales de los altos funcionarios de la federación*, no define al delito, aunque es muy clara al exponer los procedimientos de los delitos del orden común como de los oficiales.

Ambas leyes tienen varias coincidencias:

En principio, se refieren solo a los altos funcionarios de la Federación y a los gobernadores y diputados locales cuando violen la Constitución o las leyes federales. También, la condena por delito oficial no impide la acusación posterior, si el funcionario con sus actos u omisiones ha cometido un delito común. Asimismo, la responsabilidad por el delito oficial solamente puede exigirse durante el tiempo en que el funcionario esté en ejercicio de su encargo y durante el año posterior, y por última coincidencia no puede otorgarse al condenado por delito oficial la gracia del indulto.

Para la Constitución de 1917, de conformidad en su artículo 108, se detalla que –además del presidente, de



## El primer sistema de anticorrupción en México

los diputados y de los senadores— a los magistrados de la Suprema Corte, a los secretarios del Despacho y al procurador general de la República, de igual forma se les puede enjuiciar por violación a la Constitución y leyes federales; a los gobernadores de los Estados y a los diputados de las legislaturas locales, los delitos comunes cometidos por los altos funcionarios de los Estados se rigen por la legislación de cada entidad.

Con respecto a los altos funcionarios federales distintos del presidente de la República, si el delito es común, la Cámara de Diputados, erigida en gran jurado, declara por mayoría absoluta de votos si ha lugar o no procederá contra el acusado, que en caso afirmativo queda separado de su encargo y sujeto a la acción de los tribunales comunes. Si el delito es oficial se sigue el juicio.

Una modificación importante aprobada en 1917 fue la relativa a que una Ley del Congreso determinaría como delitos o faltas oficiales, no solo de los altos funcionarios y empleados la Federación y del Distrito, sino de todos, los actos y omisiones “que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho”. Delitos que serían juzgados siempre por un jurado popular tratándose de funcionarios sin fuero.

## 11. Bibliografía

- Alfonso X, El Sabio, *Las siete partidas, (El libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición de José Sánchez-Arcilla Bernal, Madrid, 2004.
- Bravo Ugarte, José, *Historia de México*, México, Editorial Jus, 1960.
- \_\_\_\_\_, *Instituciones políticas de la Nueva España*, Editorial. Jus, México, 1968.
- Coronas González, Santos M. *Estudios de historia del Derecho Público*, Valencia Tirant Blanch, 1998, p. 200.
- De la Torre Villar, Ernesto, *Instrucciones y memorias de los virreyes novohispanos*, México, Editorial Porrúa, 1991.
- Fuero Juzgo (o liber iudicorum), en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, Ibarra, impresor de cámara de S. M. 1815.
- León Pinelo, Antonio, *Recopilación de las Indias*. Edición y estudio de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, et. al. 1992.
- Majo Framis, Ricardo, *Colonizadores españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid, Editorial Aguilar, 1959.
- Mariluz Urquijo, José, *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*, Sevilla, Edición Escuela de estudios hispano-americanos, 1952.
- Martínez Martínez, Faustino, “El ius commune en el derecho de Indias”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, XV, 2003.
- Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de historia del derecho Hispano-Indiano*, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1989.
- Ortiz Treviño, Rigoberto G., *Nueva Galicia y Quieto la insubordinación de dos audiencias insubordinadas (1548-1680)*, Fundación Tavera, España, 2000. (CD)
- Ots y Capdequí, José Ma., *Historia de América, Instituciones*, Barcelona, Editorial Salvat, 1959. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, II, Madrid, 1943.
- Rodríguez del Valle, Mariana, Cornejo Díaz de la Cortina, Ángeles y De Gálvez, Matías, (1783-1784), *Los virreyes de la nueva España*. t. II.
- Rubio Mañé, Ignacio, *Introducción al estudio de los virreyes de Nueva España 1535-1746*, México, Ediciones selectas, 1955.
- Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Instituciones políticas-administrativas de la América hispánica 1492-1810*, Madrid, Editado Universidad Complutense Facultad de Derecho, 2000.
- Sánchez Bella, Ismael, *La organización financiera de las Indias siglo XVI*, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 1990.
- Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1992.
- VV. AA., *Historia del derecho indiano*, Madrid, Editorial Fundación Mapfre América, 1992.



## Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio



**Eliseo Lázaro Ruiz**

*Colegio Libre de Estudios Universitarios  
Investigador del Instituto Nacional de  
Ciencias Penales*

**RESUMEN:** *El objetivo principal del presente artículo fue analizar los principales retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio, para ello se realizó un diagnóstico de la implementación 2008-2018, a través de los datos de la Setec (Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal), del INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales) y del IFPPGJCM (Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México). Se analizó la información y se identificó que los principales retos para la consolidación pericial son culturales, científicos y jurídicos.*

**PALABRAS CLAVE:** *Perito, sistema penal acusatorio, servicios periciales, ciencia.*

**ABSTRACT:** *The main goal of this article was to analyze the primary challenges to consolidate the forensic services in the accusatory penal system, thus a diagnosis about the 2008-2018 implementation was made through data coming from Setec (Technical Secretary of the Coordination Council for the Implementation of the Crime Justice System) of the INACIPE (National Crime Sciences Institute) and of the IFPPGJCM (Professional Formation Institute of the Attorney General's Office of Mexico City). The information was analyzed, and it was found that the main challenges for forensic establishment are cultural, scientific and legal.*

**KEYWORD:** *Expert, accusatory penal system, forensic services, science.*

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Diagnóstico de la implementación 2008-2018; 2.1 Certificación de competencias laborales; 2.2. Capacitación impartida a los peritos; 2.3. Homologación de protocolos de investigación pericial; 2.4. Acreditación del laboratorio por normas nacionales e internacionales. 3. Retos para la consolidación pericial. 4. Conclusiones. 5. Fuentes de consulta.*

## 1. Introducción

En el sistema mixto-inquisitivo se consideraba al perito como un experto en una ciencia, técnica, arte u oficio y que era un auxiliar de los órganos que procuran y administran justicia. Esa definición fue muy ambigua porque no establecía con precisión los requisitos para considerar a una persona como perito, además, tenía diversos problemas científicos, como el uso del leal saber y entender, el polifuncionalismo y la falta de acreditación para intervenir como experto en un juicio.

En el sistema penal acusatorio, el perito es un especialista en una ciencia, técnica o arte que reúne los requisitos de acreditación, confiabilidad y credibilidad para realizar una investigación científica de hechos o resultados con trascendencia jurídica.

La acreditación son los documentos con los cuales el perito justifica su conocimiento, por ejemplo, la cédula profesional o la certificación con la cual demuestra su preparación académica. La confiabilidad está relacionada con el experto y que este haya aprobado los exámenes de control de confianza que aplican las instituciones encargadas para ello —tratándose de peritos oficiales—. También, la confiabilidad está vinculada con la deontología pericial y con el uso de metodologías aceptadas en el ámbito de la criminalística y de la ciencia forense.

La credibilidad es una cualidad que el perito denota en la etapa de juicio, específicamente en el contrainterrogatorio, cuando se le formulan preguntas contradictorias, sugestivas y cerradas. En este procedimiento, si el perito supera los contrafacticos, es decir, la contradicción a la cual se ha sometido, entonces, el perito es confiable porque ha demostrado su conocimiento de manera pública, contradictoria y oral.

No obstante que han existido avances en materia pericial derivados de la reforma constitucional del 2008, en la actualidad existen algunos retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio. En el presente artículo se dividen estos aspectos en dos rubros: el primero, que corresponde a lo que se hizo en materia de servicios periciales para implementar el sistema penal acusatorio y, el segundo, que son los desafíos para mejorar los servicios

periciales y consolidarlos en el nuevo sistema de justicia penal.

## 2. Diagnóstico de la implementación 2008-2018

Han transcurrido casi 10 años desde la implementación gradual del sistema penal acusatorio en México; sin embargo, todavía quedan diversos retos para consolidar el nuevo sistema de justicia penal.<sup>1</sup> Estos desafíos en el ámbito de los servicios periciales son indispensables para fortalecer a la ciencia como un área que permite proporcionar validez, confiabilidad y objetividad en la investigación de los hechos.

En materia pericial, cuando se hizo el balance para implementar el sistema penal acusatorio, se mencionó que para esta ejecución se requerían:

- Construir infraestructura, adquirir recursos materiales y tecnología forense.
- Capacitación permanente a los peritos.
- Homologación de protocolos de investigación forenses.
- Certificación de competencias laborales periciales.
- Aplicación de exámenes de control de confianza a personal en activo y a candidatos de ingreso.
- Acreditación del laboratorio por normas nacionales e internacionales.
- Modificación del marco jurídico relacionado con los peritos.
- Elaboración de acuerdos y guías para procesar el lugar de intervención.

Véase en el siguiente apartado la situación en que se encuentran los objetivos planteados en la reforma constitucional del 2008.

### 2.1. Certificación de competencias laborales

La certificación es el documento que otorga un organismo a una persona que fue sometida a estándares de evaluación y que resultó apta para desempeñar las funciones que en él se indican. Documento en el cual

<sup>1</sup> c. ca. El análisis que se realizó en la presente investigación fue hasta el 09 de abril de 2018.

se hace constar que la persona es competente y que sirve como un referente para que las investigaciones que realice sean con estándares de calidad y, de esta manera, evitar las ambigüedades periciales o el uso del leal saber y entender en el desempeño de sus funciones.

En México, existe el Sistema Nacional de Competencias, el cual “es un Instrumento del Gobierno Federal que contribuye a la competitividad económica, al desarrollo educativo y al progreso social de México, con base en el fortalecimiento de las competencias de las personas” (Conocer, 2018). En este sistema podemos encontrar al Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales (Conocer), cuya responsabilidad es “(...) promover, coordinar y consolidar un Sistema Nacional de Competencias de las Personas. Para lograr un mayor nivel de competitividad económica, desarrollo educativo y

progreso social, con base en el capital humano de México” (Conocer, 2018).

El Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales, al estar avalado por la Secretaría de Educación Pública e involucrar al sector del Gobierno, a la sección empresarial y al campo laboral, permite tener credibilidad en las certificaciones dentro del ámbito al cual pertenezcan. Para ello, se han creado estándares de competencia, debidamente registrados y acreditados.

Un estándar de competencia es el documento en el que se “describen los conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que una persona debe tener para realizar sus funciones con un alto nivel de desempeño” (Conocer, 2017). De la revisión de los estándares, se observa que solo existen 12 relacionados con la cuestión pericial y de relevancia en el sistema penal acusatorio (véase figura 1).

**Figura 1. Estándares de Competencia inscritos en el Registro Nacional de Estándares de Competencias**

CÓDIGO	TÍTULO	COMITÉ
EC0293	Elaboración de Peritajes Grafológicos	Comité de Gestión por Competencias de Seguridad Privada
EC0626	Preservación del lugar de los hechos en la investigación de un posible delito	Sistema de Justicia Penal Adversarial
EC0758	Procesamiento de indicios en el lugar de intervención	Policía Federal
EC0765	Elaboración de peritaje en hechos de tránsito terrestre	Centro de Experimentación y Seguridad Vial México (CESVI México)
EC0878	Aplicación del procedimiento de servicios periciales en materia ambiental	Subprocuraduría de Inspección Industrial de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente
EC0534	Realización de análisis e identificación de voz vinculada algún delito	Policía Federal
EC0509	Aplicación del censo biométrico para la obtención de las características individuales	Policía Federal
EC0298	Realización de acciones ante incidencias que involucran explosivos/artefactos explosivos improvisados	Policía Federal
EC0419	Intervención pericial a solicitud de autoridad competente	Procuraduría General de Justicia del Estado de México (ahora Fiscalía)
EC0329	Analizar información para el desarrollo de productos de inteligencia	Comité de Gestión por Competencias de Seguridad Privada
NUINL002.01	Prestación de servicios de traducción de textos de lengua española a lengua indígena y viceversa en el ámbito de procuración y administración de justicia	Atención de Asuntos Indígenas
NUINL001.01	Interpretación oral de lengua indígena al español y viceversa en el ámbito de procuración y administración de justicia	Atención de Asuntos Indígenas

Fuente: *Cfr.* Conocer, 2018.

**Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio**

Con relación a las certificaciones, existen debates alternos que las consideran innecesarias para el desempeño de las funciones periciales; sin embargo, también existen posturas que las creen indispensables para garantizar la calidad, el profesionalismo y la competitividad pericial. Quienes argumentan que no son necesarias consideran que, al existir cédulas profesionales, las certificaciones tienden a invadir áreas que son especialidades profesionales y evitan la profesionalización. Esto trae como consecuencia que ya no sean necesarios los estudios académicos para las especialidades periciales, por lo tanto, las certificaciones son innecesarias y ambiguas.

Cuando se refieren a la ambigüedad de las certificaciones, se argumenta que no son realizadas por expertos distinguidos en el ámbito pericial, sino que son creadas por grupos poco reconocidos en la comunidad pericial. No obstante, que no especifican quiénes certifican de manera primaria a los que se consideran certificadores autorizados.

Ahora bien, hay una confusión en este sentido, la certificación no está remplazando la cédula profesional, al contrario, es complementaria a este documento. Una cuestión es que el experto sea químico y que tenga cédula profesional, y por otro lado muy diferente es que dentro de la química general existan garantía que el profesionista sabe, por ejemplo, realizar un análisis toxicológico de muestras de orina. Tampoco

se está justificando que las personas ya no requieran asistir a las universidades a cursar una carrera, más bien, se busca que las personas sean más eficaces en el desempeño de sus funciones.

Las certificaciones deben versar principalmente en competencias laborales, oficios u ocupaciones que no estén regulados en la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México u otros ordenamientos legales de los Estados. En el ámbito pericial, véase en la figura 2 los sectores del conocimiento de la criminalística, destacando las áreas que requieren de certificación y las que no.

No se requieren certificaciones para acreditar profesiones, sino para avalar competencias específicas dentro de especialidades o campos del conocimiento en donde no existan especialidades y se requiere hacer constar que el perito sabe realizar las actividades con calidad y profesionalismo, por ejemplo, certificación en preservación del lugar de los hechos en la investigación de un posible delito y elaboración de peritaje en hechos de tránsito terrestre.

En lo que respecta a la ciencia forense, son aproximadamente 16 especialidades,<sup>2</sup> aunque ello depende de la coordinación de servicios periciales, ya sea estatales o federales. Estas áreas son: antropología física forense, arquitectura forense, biología forense, contaduría forense, geología forense, informática forense,

**Figura 2. Áreas del conocimiento de la criminalística**

Subdisciplina	Existe certificación	Requiere certificación	Existe la especialidad
Criminalística de campo	No	No	No
Balística forense	No	No	No
Documentoscopia	No	No	Sí
Grafoscopia forense	No	No	Sí
Incendio forense	No	No	No
Explosivos y explosiones forenses	No	No	No
Dactiloscopia forense	No	No	Sí
Hechos de tránsito terrestre forense	No	No	Sí
Fotografía forense	No	No	No

**Fuente:** Elaboración propia.

<sup>2</sup> *V. gr.* Es importante aclarar que aunque diversas ciencias o disciplinas reciban el adjetivo “forense”, no todas son reconocidas como áreas del conocimiento científico y menos legitimadas como ciencias forenses. Sino que son campos de aplicación o se incluyen dentro de estas. Por ejemplo, en la medicina forense se integran a la sexología forense, traumatología forense, tanatología forense y patología forense.



ingeniería forense, lingüística forense, medicina forense, odontología forense, psicología forense, psiquiatría forense, química forense, valuación forense y veterinaria forense.

Es importante mencionar que del listado precedente ninguna requeriría certificación porque son ciencias o disciplinas que requieren de un perfil específico para ejercerse; lo que sí podrían realizar son certificaciones específicas en competencias. Por ejemplo, si el perito es antropólogo social es dable plantear que exista una certificación en peritaje sociocultural; si el perito es licenciado en lenguas, que se realice una certificación, por ejemplo, en interpretación oral de la lengua indígena al español; si el experto es licenciado en artes visuales, que se desarrolle una certificación específica, por ejemplo, en sobreposición y reconstrucción facial.

Los que sí requieren certificación, en los cuales el debate es menos contradictorio, son en los llamados oficios (Cfr: RAE, 2017). Los oficios son ocupaciones habituales que se aprenden por medio de la experiencia, de la práctica constante y del ensayo-error para realizar las funciones. No se requiere asistir a la escuela para desempeñar el oficio, sino que se aprende por medio de la observación, de la instrucción por medio de pares y de práctica constante para desarrollar la pericia.

Los oficios son útiles en la investigación criminalística porque existen casos en los cuales se requieren conocimientos específicos para emitir una opinión respecto a hechos, indicios o resultados y en los cuales se necesiten peritajes en la materia. La relevancia de las artes y los oficios en la Criminalística la comentó Montiel cuando explicó que:

(...) La Criminalística se auxilia también de todas aquellas artes y oficios que le pueden servir como apoyo técnico en la investigación de hechos presuntamente delictuosos (...). Las artes son: Arquitectura, Escultura, Dibujo, Orfebrería, Pintura, Joyería, etc. Los oficios son: carpintería, cerrajería, herrería, hojalatería, plomería, tornería, zapatería, talabartería, etc.. (Montiel, 2003)

Los oficios son ocupaciones habituales, actividades que no en todos los casos requieren de un esfuerzo físico para desempeñarse. Esto da como consecuencia que la lista de oficios se amplíe de acuerdo con la zona en donde se requieran estos conocimientos y

habilidades. Por ejemplo, otros oficios que complementan el listado anterior son la mecánica técnica, la soldadura, la electricidad, la traducción de sordomudos, la traducción de dialectos a idiomas extranjeros, las instalaciones hidrosanitarias y de gas, entre otros.

A través de la historia, algunas áreas del conocimiento se consideraban como oficios e incluso como técnicas empíricas; sin embargo, el desarrollo del conocimiento y sus competencias técnicas han traído como consecuencia que en la actualidad se hayan consolidado como ciencias o disciplinas que se abarcan dentro de áreas específicas del conocimiento. Por ejemplo, la fotografía y el video se consideraban oficios; en la actualidad, se han reconocido como profesiones e incluso se han creado licenciaturas en fotografía, artes visuales, entre otras.

Sin embargo, también hay oficios que difícilmente van a emigrar a licenciaturas porque se requiere de pericia, habilidad, talento y de conocimientos innatos para ejercerse. Esto trae como consecuencia la necesidad de certificaciones de competencia específicas, sin que invadan áreas profesionales reguladas y no reguladas en los ordenamientos legales correspondientes. Porque cuando se pretende crear certificaciones, se recurre a la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones. Esta ley no puede ser el único referente para crear una certificación, sino que se requiere un análisis epistemológico del estado de la cuestión que guardan estas áreas del conocimiento dentro de la comunidad científica de la Criminalística.

## 2.2. Capacitación impartida a los peritos

Con el sistema penal acusatorio se vivieron tres etapas: la de capacitar para aprender el nuevo modelo de justicia penal, en donde se explicaban aspectos como las características generales del nuevo sistema penal acusatorio; la teleología respecto de la actividad probatoria; y la intervención del perito en la etapa de investigación, intermedia y de juicio del procedimiento penal acusatorio.

Posteriormente, se capacitó enfatizando en las subetapas del desahogo del informe oral, en la individualización del perito (identificación), la protesta de decir verdad, el interrogatorio pericial, el contrainterrogatorio pericial, el reinterrogatorio, el recontrainterro-

Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio

gatorio, el interrogatorio por el Tribunal de Enjuiciamiento y la liberación del experto.

Después vinieron capacitaciones específicas para peritos en protocolos de actuación, acuerdos federales de cadena de custodia, guías nacionales de cadena de custodia y capacitación específicas en algunas disciplinas periciales como la balística forense, la criminalística de campo, la grafoscopia, la documentoscopia, las ciencias forenses, entre otras.

Algunas de las instituciones que tuvieron la labor de capacitar a los peritos fueron la Setec, el INACIPE y el IFPPGJCM.

En el proceso de implementación de la reforma al sistema de justicia penal, la Setec impartió cursos básicos y especializados para peritos, por ejemplo, el “Programa integral de capacitación en el sistema de justicia acusatorio para instituciones de procuración de justicia” (*Id.* Acuerdo CNPJ/XXXI/10/2014) y el “Taller de especialización para peritos en el sistema penal acusatorio” (*Ibidem*). Para ello, la Setec certificó a 376 docentes en el bloque cinco: “Los peritos en el sistema de justicia penal” (ver figura 3).

Otro ejemplo de las actividades constantes de capacitación las encontramos en el IFPPGJCM. En su informe anual del 2017, indica que en el área pericial se capacitaron a 405 servidores públicos:

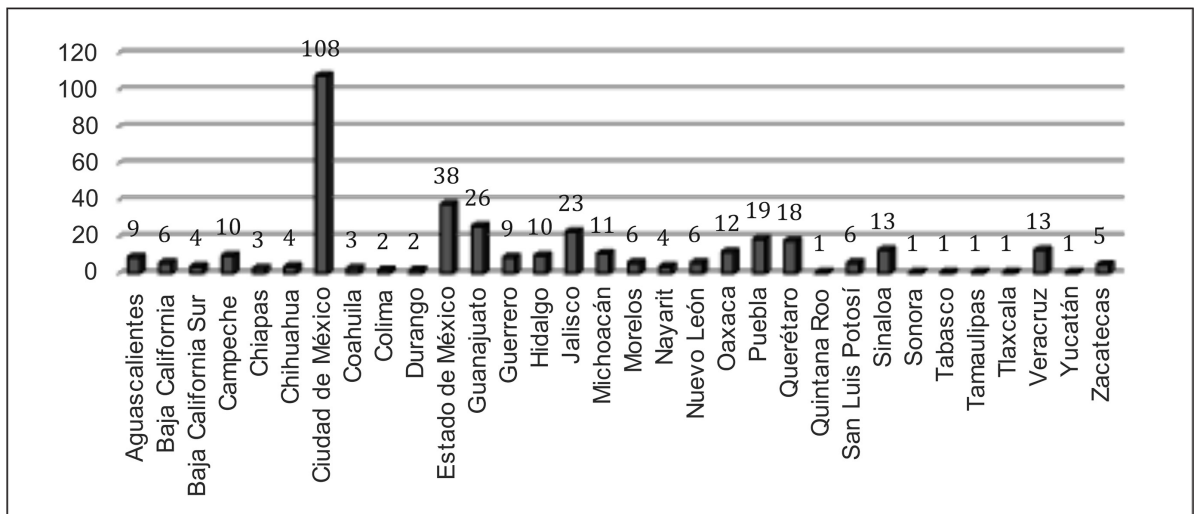
Se realizaron acciones para acreditar académicamente a servidores públicos del área Pericial en temas como:

Certificación en el Sistema de Justicia Penal para Peritos, Certificación para la Función Pericial en el Sistema Penal Acusatorio con orientación en Criminalística dirigido a Peritos Profesionales y Técnicos de las especialidades en Criminalística y Fotografía Forense. (Garrido, 2017)

En lo que respecta al INACIPE, ha capacitado a servidores públicos y al público en general a través de estudios de posgrado –especialidades, maestrías y doctorados–, conferencias, diplomados, cursos, talleres, mesas redondas, foros y formación inicial. Entre la oferta educativa del área pericial se encuentra, por ejemplo:

- El perito como medio de prueba en la audiencia de juicio.
- Aplicación del protocolo de Estambul y del protocolo facultativo de la convención contra la tortura.
- Metodología de trabajo en el lugar de los hechos.
- Fijación de indicios.
- Técnicas de moldeado de los indicios.
- Técnicas de laboratorio de Criminalística.
- Estudio químico de documentos cuestionados.
- Estudio de elementos filamentosos.
- Revelado de huella latentes.
- Toxicología forense.

Figura 3. Docentes certificados en el rubro: “Los peritos en el sistema de justicia penal”



Fuente: Elaboración propia con datos de la Setec, 2016.

- Serología forense.
- Hematología forense.
- Manejo de microscopio de comparación balística.
- Pruebas químicas enfocadas a la balística forense. (INACIPE, 2018)

El INACIPE ha profesionalizado en otras áreas del conocimiento, por ejemplo, introducción a la criminalística, criminalística de campo, primer respondiente y cadena de custodia, medicina forense, documentoscopia, grafoscopia y hechos de tránsito terrestre. Según datos del INACIPE, en el segundo trimestre del 2017, realizó 102 actividades enfocadas a la capacitación permanente de servidores públicos (véase figura 4).

En este apartado se describieron tres instituciones relacionadas con el ámbito de la capacitación para la implementación y consolidación de la reforma penal. Asimismo, se destacaron los principales temas en los cuales se ha capacitado; sin embargo, el proceso de formación debe especializarse y enfatizar en ciencia aplicada, es decir, en la implementación de la reforma penal se capacitó para conocer la dinámica del nuevo sistema de justicia penal, pero, en la actualidad estamos viviendo un proceso de consolidación que es crítico, en donde se destacan las inconsistencias en el sistema penal acusatorio. Un sistema penal acusatorio sin fundamentos epistemológicos para su creación y

para su consolidación puede llegar a ser un sistema fracasado.

Si entendemos al sistema penal acusatorio como un nuevo paradigma —deducimos paradigma en términos de Kuhn (*Vid.* Thomas S. Kuhn)— los paradigmas pueden sufrir anomalías y entrar en crisis, o enfrentar dificultades para consolidarse en la comunidad científica a la cual pertenecen. Las anomalías van surgiendo de las contradicciones de la norma (*Vid.* Mirón, 2018) o de las inconsistencias de la ciencia que se pretende implementar, esto es racional, si consideramos a la ciencia como un saber inacabado, como una construcción dinámica del conocimiento científico que se modifica en razón de los nuevos paradigmas, descubrimientos o contradicciones del conocimiento.

Cuando se superen las anomalías del sistema penal acusatorio, pasaremos a la etapa de consolidación en donde se espera que los procedimientos periciales sean claros, precisos y concisos. Además, basados en parámetros científicos consolidados, y en métodos y técnicas validadas por la comunidad científica.

Posteriormente del análisis crítico, se transitará a un proceso formal de consolidación en donde los procedimientos sean objetivos y menos contradictorios entre sí, en el cual la comunidad científica los acepte de manera provisional, mientras no haya evidencia que demuestre que no son pertinentes para la

**Figura 4. Capacitación, segundo trimestre 2017**

Dirección de Capacitación		
Cursos dirigidos al personal de la PGR		
Número de cursos:	Número de alumnos:	Número de horas:
93	2021	2612
Cursos para ingresar al Servicio de Carrera de la PGR		
Número de cursos:	Número de alumnos:	Número de horas:
0	0	0
Cursos dirigidos al Personal de las Procuradurías y Tribunales Estatales		
Número de cursos:	Número de alumnos:	Número de horas:
9	267	254
Total de actividades: 102		

Fuente: INACIPE, 2017.

**Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio**

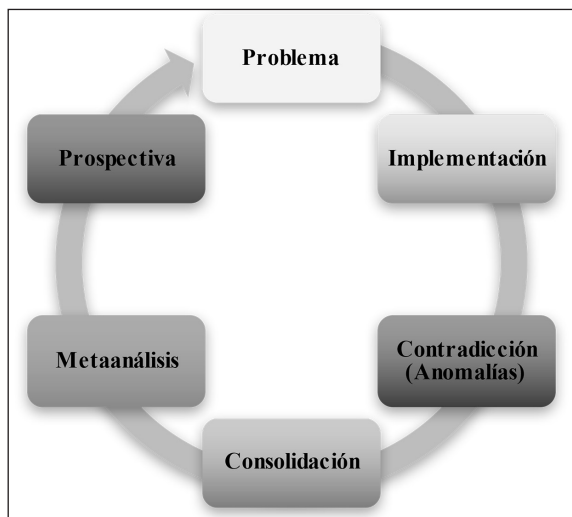
investigación. Esta fase se caracterizará por mejoras constantes y, finalmente, en el ámbito pericial se espera que termine con el metaanálisis del informe oral que se desahoga en la etapa de juicio.

Un metaanálisis del informe pericial es la explicación de las bases epistemológicas que son inherentes al peritaje y que fundamentan la aplicación del conocimiento en la investigación de los hechos. En un metaanálisis, además de la explicación de los términos epistemológicos fundamentales, se considera la práctica epistemológica ante el tribunal de enjuiciamiento, en donde se denote la legitimación científica del conocimiento utilizado para la peritación. Una metodología no solo estadística, sino casuística, además que explique cuáles son los fundamentos que justifican la ciencia con la cual concluyó.

El metaanálisis será el punto medular para consolidar a los servicios periciales como ciencia aplicada para la investigación de los hechos. Véase en el siguiente gráfico las etapas que se refirieron anteriormente.

Ahora bien, todos los procesos o sistemas de enjuiciamiento penal están sujetos a cambios y contradicciones. Así como lo fue en su tiempo el sistema mixto-inquisitivo, del cual pasamos al sistema penal acusatorio, seguramente en las sociedades del futuro puede haber reformas acordes con las necesidades actuales y a la dinámica de su población. En razón de

**Figura 5. Etapas del desarrollo del sistema penal acusatorio.**



Fuente: Elaboración propia.

esto, la figura 5 es cíclica, comienza con el problema y termina en la prospectiva para iniciar nuevamente en el problema. Enfatizando que los problemas siempre son longitudinales y transversales a los sistemas y a los procesos.

**2.3. Homologación de protocolos de investigación pericial**

En el sistema mixto-inquisitivo, las investigaciones periciales se realizaban de acuerdo con el libre albedrío del perito, no existían protocolos específicos de actuación para la investigación pericial. Esto era muy ambiguo porque dejaba a la libre determinación del perito cómo realizar los procedimientos de investigación. Asimismo, esta arbitrariedad generaba cuestionamientos por los abogados defensores que argumentaban que la metodología no era la adecuada y que el perito no actuó como lo indica la ciencia.

Estas contradicciones son y seguirán siendo un problema pericial por mucho tiempo porque cada comunidad científica legítima o válida como ciencia determinado conocimiento. Entonces, el tema de los protocolos se vuelve una paradoja y una objeción, esto es principalmente por tres cuestiones: la primera, por no definir con claridad qué es un protocolo de investigación pericial; la segunda, por no fundamentar científicamente los protocolos de investigación pericial; y, la tercera, porque faltan protocolos de investigación.

Uno de los principales problemas es que no se entiende: *¿Qué es un protocolo de investigación pericial?* La palabra protocolo en su definición más fundamental es "(...) plan escrito y detallado de un experimento científico, un ensayo clínico o una actuación médica" (RAE, 2001). Sin embargo, esta definición no puede ser el eje rector para entender un protocolo, ya que un protocolo de investigación debe entenderse desde el ámbito de la metodología de la investigación como un procedimiento. Un procedimiento en la ciencia engloba tres aspectos: la fundamentación jurídica, la fundamentación logística o administrativa y la fundamentación teórica-metodológica. Esos tres elementos en su conjunto integran a la metodología de la investigación aplicada a cuestiones periciales.

Cuando se hace mención de la fundamentación jurídica, se entiende a todos los ordenamientos que se deben tomar en cuenta y cumplir el perito en su intervención. Estos van desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Nacional de Procedimientos Penales, hasta los acuerdos periciales que existen para la investigación y demás ordenamientos jurídicos aplicables (*V.g.*: Acuerdo A/009/15).

Con relación a la fundamentación logística o administrativa, esta es la explicación del motivo por el cual se le asigna una investigación al perito, incluyendo la cantidad de expertos que participan, el momento de intervención y las acciones realizadas. Incorporando acciones previas a la indagatoria, el traslado, los trabajos de coordinación interdisciplinaria en el lugar de intervención y las labores posteriores a la indagatoria.

En lo que respecta a la fundamentación teórica-metodológica, esta consideración es muy importante porque ahí es donde existen más críticas de la actuación pericial regulada por los protocolos. En razón de que el tema de los protocolos nos remite a tres aspectos epistemológicos: el método, la técnica y la metodología. Un protocolo visto desde la vertiente epistemológica incluye métodos científicos que permitan explicar la serie de etapas que se siguieron para la investigación, las técnicas certificadas para ejecutar procedimientos acreditados y, respetar los cánones metodológicos y deontológicos.

Entendiendo la metodología como un sistema complejo, es decir, la metodología es dinámica en razón del tipo de investigación que se realice, es plural, porque la realidad es compleja, contradictoria y convergente. Ningún protocolo puede especificar con exactitud qué se debe realizar en cada caso, un protocolo debe entenderse como un procedimiento metodológicamente regulado, científicamente fundamentado y jurídicamente respaldado.

Entonces, si se le da esta consideración metodológica al perito, este puede racionalizar los fundamentos que va a utilizar de acuerdo con el caso de intervención. Tomando en cuenta las teorías, los principios o las leyes científicas en que se basa su especialidad en peritación. Este fundamento le permite al perito ser crítico en su intervención porque los procedimientos deductivos validan cada una de las acciones que realizará, sin caer en el libre albedrío, ya que la ciencia a la cual se remite es conocimiento científico de calidad,

regulado en estándares internacionales, publicado en revista de alto impacto y ratificado por la comunidad científica a la cual pertenece.

Si los protocolos se basan en estas consideraciones, dejan de ser contradictorios entre sí y permiten tener fundamentos acordes a los problemas complejos que enfrentamos en la actualidad. Porque un protocolo mal fundamentado o que comprometa al experto a realizar funciones que no son compatibles con la ciencia es un riesgo para la actuación pericial y, al mismo tiempo, es un espacio de vulnerabilidad en donde la defensa puede hacer énfasis para desacreditar la investigación realizada.

No obstante, que la pregunta clásica en la etapa de juicio del procedimiento penal acusatorio es: ¿Existe un protocolo de investigación que debió seguir y no siguió, verdad que no? O lo acató, pero no con las especificaciones que estipula el documento, ¿verdad que no? Posteriormente, se enfatiza en que los protocolos son de observancia obligatoria (*Cfr.*: Acuerdo A/176/12 de la PGR).

A pesar de tener las inconsistencias que se han señalado y que deben superarse, en la actualidad, disponer de protocolos de actuación e investigación es un avance en materia pericial en el sistema penal acusatorio. Algunos de los protocolos con los cuales se cuenta son los siguientes:

- Protocolo de actuación del sistema integral de justicia penal para adolescentes. (PGR, 2016)
- Protocolo de actuación investigaciones financieras paralelas. (PGR, 2018)
- Protocolo de actuación ministerial de investigación de delitos cometidos por y en contra de personas migrantes en condiciones de vulnerabilidad y de aquellas sujetas de protección internacional en territorio nacional. (PGR, 2003)
- Protocolo de Actuación Ministerial para la Atención de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados. (PGR, 2018)
- Protocolo de actuación para el personal de la Procuraduría General de la República en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. (PGR, 2014)
- Protocolo de Estambul. (ONU, 2004)
- Protocolo de Investigación Ministerial, Pericial y Policial con perspectiva de género para la violencia sexual. (PGR, 2015)



**Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio**

- Protocolo de Investigación Ministerial, Policial y Pericial con Perspectiva de Género para el Delito de Femicidio. (PGR, 2011)
- Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada. (PGR, 2016)
- Protocolo homologado para la investigación del delito de tortura. (PGR, 2018)
- Protocolos de Cadena de Custodia. Dos grandes etapas: preservación y procesamiento. (PGR, 2013)
- Protocolo para el tratamiento e identificación forense. (PGR, 2018)

El listado precedente fue un ejemplo de los protocolos que existen relacionados en el ámbito pericial, ya que las procuradurías estatales y la Procuraduría General de la República cuentan con una gama específica de procedimientos de actuación y de investigación. Sin embargo, uno de los retos del sistema penal acusatorio es crear más protocolos y que estos sean específicos para cada delito, ya sean delitos que su tasa de incidencia sea baja o alta; no obstante que existen delitos cuya frecuencia es muy baja, requieren de un procedimiento de investigación.

En lo que respecta a los protocolos por especialidad pericial, se sugiere elaborar uno general por materia —ya sea dependiente de la criminalística o de la ciencia forense—. Por ejemplo:

- Protocolo de investigación en Antropología Física Forense.
- Protocolo de investigación en Arquitectura Forense.
- Protocolo de investigación en Biología Forense.
- Protocolo de investigación en Contaduría Forense.
- Protocolo de investigación en Geología Forense.
- Protocolo de investigación en Informática Forense.
- Protocolo de investigación en Ingeniería Forense.
- Protocolo de investigación en Lingüística Forense.
- Protocolo de investigación en Medicina Forense.
- Protocolo de investigación en Odontología Forense.

En el futuro, para la consolidación y el fortalecimiento del sistema penal acusatorio, es prudente,

primero, someter a debate la viabilidad de los protocolos que se han enunciado y debatir la elaboración de procedimientos subespecializados. Por ejemplo, dentro de la criminalística, se engloban diversas investigaciones y puede plantearse la posibilidad de crear protocolos específicos, por ejemplo:

- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por proyectil disparado por arma de fuego.
- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por hechos de tránsito terrestre.
- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por ahorcadura.
- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por estrangulamiento.
- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por electrocución
- Protocolo de investigación forense para muertes violentas por quemaduras.

La propuesta de especializar las actuaciones periciales y los protocolos de investigación siempre será motivo de debate, debido a que la realidad es compleja y siempre habrá un hecho diferente que investigar, para el cual no siempre habrá un método de investigación. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, si consideramos los protocolos como un procedimiento de investigación metodológicamente justificado, el problema de la complejidad se puede abarcar desde esta consideración científica.

*2.4. Acreditación del laboratorio por normas nacionales e internacionales*

La relación entre la criminalística de campo y la criminalística de laboratorio es estrecha, toda vez que el perito en criminalística de campo realiza el levantamiento de los indicios que posteriormente se analizarán en los laboratorios de ciencia forense que correspondan. Los peritos de laboratorio elaboran los peritajes que les sean solicitados; sin embargo, con el sistema de justicia penal acusatorio, se pone en duda el laboratorio, sus procesos, sus técnicas y el instrumental con el cual se realizan los análisis.

Poner en duda el laboratorio es muy importante porque no hay garantía que entregue resultados

científicamente válidos. Escaparía de este opúsculo indicar los casos en los cuales el laboratorio ha emitido resultados contradictorios y las consecuencias que estos han traído en el ámbito de la procuración y la administración de justicia.

La sociedad espera que, en casos de trascendencia jurídica, los laboratorios sean confiables, que utilicen técnicas adecuadas, que se basen en estándares de calidad internacionalmente reconocidos. Asimismo, que el instrumental con el que se realizan las técnicas sean tecnologías avanzadas y, por ende, estén a la vanguardia de los avances de la ciencia y de la tecnología.

Piénsese el caso en que se entrega un resultado de laboratorio con un equipo que no está calibrado, con personal que no es especialista y, además, que usa técnicas obsoletas. El resultado es obviamente una ambigüedad y no conocimiento científico. De esta forma, la comunidad ha depositado mucha confianza en las máquinas, pero estas fueron creadas por humanos y son manipuladas por ellos, por lo tanto, pueden existir fallas de la máquina y/o errores de quien la utiliza.

Para evitar estas contradicciones, un requisito indispensable en el ámbito de los servicios periciales es que los laboratorios de ciencia forense se acrediten por normas científicas nacionales e internacionales. La acreditación se encuentra regulada en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. Esta ley, en su artículo 3, considera que la acreditación es:

El acto por el cual una entidad de acreditación reconoce la competencia técnica y confiabilidad de los organismos de certificación, de los laboratorios de prueba, de los laboratorios de calibración y de las unidades de verificación para la evaluación de la conformidad; Fracción reformada DOF 20-05-1997. (Ley Federal sobre Metrología y Normalización, 2009)

La acreditación se lleva a cabo por un organismo de certificación que realiza este procedimiento, el cual toma en consideración normas nacionales e internacionales (ver figura 6). Pueden citarse, por ejemplo, en el ámbito nacional a la Entidad Mexicana de Acreditación, A. C. (*Cfr*: Entidad Mexicana de Acreditación, 2018), la cual lleva a cabo los procesos de acreditación forense. En el contexto internacional, encontramos a ANSI-ASQ National Accreditation Board (*Vid*. Forensic Accreditation, 2018), la cual evalúa estándares y acreditaciones forenses internacionales.

Diversos laboratorios de ciencia forense han recibido la certificación y esto ha aumentado la confiabilidad en sus procesos de investigación. Estos logros son dignos de reconocerse porque obtener la acreditación es un proceso de trabajo continuo en donde se valora el instrumental, los manuales de operación, los procedimientos científicos, los métodos con reconocimiento internacional; además, la inversión económica para la infraestructura, la instrumentación, la capacitación y la acreditación. La PGR publicó un comunicado en el cual hace mención que:

**Figura 6. Norma mexicana.**

<b>NMX-EC-17025-IMNC-2006</b>	<b>REQUISITOS GENERALES PARA LA COMPETENCIA DE LOS LABORATORIOS DE ENSAYO Y DE CALIBRACION (CANCELA A LA NMX-EC-17025-IMNC-2000).</b>
<b>Campo de aplicación</b>	
Esta Norma Mexicana establece los requisitos generales para la competencia en la realización de ensayos o de calibraciones, incluido el muestreo. Cubre los ensayos y las calibraciones que se realizan utilizando métodos normalizados, métodos no normalizados y métodos desarrollados por el propio laboratorio. Esta norma mexicana es aplicable a todos los laboratorios, independientemente de la cantidad de empleados o de la extensión del alcance de las actividades de ensayo o de calibración.	
<b>Concordancia con normas internacionales</b>	
Esta Norma Mexicana es idéntica a la Norma Internacional ISO/IEC 17025:2005.	

Fuente: Normas Oficiales. DOF: 24/07/2006.

**Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio**

Los laboratorios de Documentos Cuestionados, Genética Forense y Química Forense operan con los más altos estándares de calidad. Son los únicos acreditados internacionalmente en Latinoamérica, mientras que el Laboratorio de Genética es el segundo, después de que Brasil obtuvo la acreditación hace unos meses. Los laboratorios de Documentos Cuestionados, Genética Forense y Química Forense de la Coordinación General de Servicios Periciales de la Agencia de Investigación Criminal de la Procuraduría General de la República, recibieron la acreditación de la Entidad Acreditadora Internacional ANSI-ASQ National Accreditation Board (ANAB), que evalúa los estándares forenses internacionales. (Comunicado PGR, 2015)

Por otro lado, Entidad Mexicana de Acreditación, A. C., en su página oficial, informa que los siguientes laboratorios se encuentran acreditados:

Una de las ventajas de acreditar al laboratorio es que los resultados pueden compararse con los de cualquier otro laboratorio del mundo —que esté acreditado—. Esto es una característica del conocimiento científico, el cual es comunicable y puede ser verificado, principalmente en las áreas que usan el método científico experimental, entre las cuales podemos encontrar a la química forense, la genética forense y la toxicología forense.

Finalmente, sigue siendo un reto en el sistema penal acusatorio acreditar a todos los laboratorios que realicen estudios en el ámbito de la criminalística y de la ciencia forense, incluyendo los laboratorios del fuero común y los del fuero federal. Asimismo, acreditar los procesos de cada una de las especialidades que integran a los servicios periciales. La acreditación

de todos los laboratorios traerá beneficios porque es indispensable para el esclarecimiento de los hechos.

La acreditación de los laboratorios va concatenada con otros retos aledaños como construir infraestructura pericial, adquirir recursos materiales y tecnología forense. Asimismo, contratación de peritos, principalmente que cuenten con estudios de especialidad en las áreas que conforman a los servicios periciales.

**3. Retos para la consolidación pericial**

Como se ha visto en páginas anteriores, han existido avances en relación con los servicios periciales en el sistema penal acusatorio. También, han recibido diversas críticas y, por ende, se han abierto áreas de oportunidad para consolidar y mejorar la actuación pericial en el procedimiento penal acusatorio.

Con relación a la certificación de competencias laborales, el reto es crear más estándares respetando la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones, principalmente estándares en oficios y en competencias específicas dentro de las profesiones.

En lo que concierne a la capacitación pericial se requiere que los peritos reciban cursos avanzados en ciencia forense, el reto es capacitar en ciencia, en metodología de la investigación, en teoría de la argumentación pericial y en estrategias técnico-metodológicas para la justificación del informe oral ante el tribunal de enjuiciamiento. Asimismo, incluir cursos de capacitación interdisciplinarios entre agentes del Ministerio Público, peritos y policías. Capacitar en temas actuales en donde los peritos son más vulnerables, por

**Figura 7. Listado de Laboratorios de Ciencia Forense**

Nombre del laboratorio	Razón Social	Rama	Disciplina	Entidad Federativa
Laboratorio ADN México	Central ADN S.A. de C.V.	Ciencia Forense	Genética Forense	Michoacán
Laboratorios Clínicos Azteca	Laboratorio Químico Clínico Azteca, S.A. de C.V.	Ciencia Forense	Toxicología Forense	Estado de México
Departamento de ADN, Mapas y Perfiles Genéticos	Secretaría de Gobernación Órgano Administrativo Desconcentrado Policía Federal	Ciencia Forense	Biología Forense	CDMX

**Fuente:** Cfr: EMA, Listado de Laboratorios de Ciencia Forense, 2018.

ejemplo, en ciencia, en metodología y en teoría del conocimiento.

Esta capacitación que se propone es uno de los retos más importantes para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio. La razón es que la criminalística y la ciencia forense son áreas de la prueba científica. La ciencia en la actualidad se ha convertido en uno de los fundamentos más confiables para los procedimientos penales. En este sentido, la ciencia es estudiada por la epistemología y la epistemología práctica es el reto medular para consolidar a la prueba pericial.

Es decir, los tópicos en los que debe versar la capacitación son identificar las bases epistemológicas que debe reunir la prueba científica para considerarse ciencia en la investigación de los hechos; asimismo, caracterizar los lineamientos científicos que debe tener el informe oral para garantizar confiabilidad y validez en la intervención pericial.

Por otro lado, en lo que respecta a la homologación de protocolos de investigación pericial, el desafío es homologar los que están desarticulados y crear protocolos de investigación específicos en actuaciones periciales, pero basados en metodologías modernas, no en modelos clásicos con que se venían elaborando. Esto permitirá justificar, desde la óptica de ciencia, los procedimientos que se ejecutan en un lugar de intervención y evitar la desacreditación de la investigación realizada.

En el tema de la acreditación del laboratorio por normas nacionales e internacionales, el reto es que todos los laboratorios mexicanos en donde se haga investigación criminalística o forense estén acreditados, cuando me refiero a todo el laboratorio, se incluyen a todas sus áreas o departamentos y sus correspondientes especialidades. Porque en la actualidad ocurre que los laboratorios se dicen que están acreditados, pero no precisan que algunas áreas están acreditadas y que otras no.

Otro pendiente para consolidar a los servicios periciales es la actualización y reformas al marco jurídico relacionado con los peritos. El marco jurídico tiene mucho tiempo sin actualizarse y obedece más a un sistema mixto-inquisitivo, por ejemplo, hay una reforma pendiente para actualizar la ley general de profesiones en el ejercicio pericial. En esta se debe establecer con claridad las profesiones que requieren y las que no cédula profesional para ejercerse, ya que

la Criminología, la Criminalística y algunas Ciencias Forenses no figuran en esta ley. Esto da cavidad a que cualquiera, sin tener el perfil idóneo o la formación adecuada siga peritando en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

Asimismo, es indispensable actualizar el acuerdo federal de cadena de custodia y guía nacional de cadena de custodia. Esto en virtud de que a la fecha han recibido diversas críticas, detracciones basadas en casos y en evidencias que denotan que existen ambigüedades en estos ordenamientos jurídicos. Imprecisiones que van, desde la terminología que no ha sido homologada ni aceptada dentro del ámbito de la criminalística, hasta aspectos como la metodología que postula el acuerdo federal.

Otro reto es contratar peritos con alta especialidad para que los servicios periciales cuenten con expertos que le dediquen tiempo, profesionalismo y minuciosidad a los casos. De esta manera, realizar investigaciones con métodos científicos y con todos los cánones que indica la teoría, porque muchas veces el exceso de trabajo es un factor para que los dictámenes no estén fundamentados y, por ende, el informe oral que desahoga el testigo-experto en la etapa de juicio sea arduamente debatido.

Además, se necesitan crear nuevas especialidades periciales y contratar expertos en otras ciencias para que puedan fungir como peritos adscritos a la coordinación general de servicios periciales. Peritos con formación en tecnologías de la información y comunicación, expertos con alta especialidad en medicina forense, como el sexólogo forense, el psiquiatra forense y el patólogo forense. Asimismo, considerar a los peritos en ciencias sociales, como el criminólogo forense, el antropólogo social y expertos en perspectiva de género —psicólogos, victimólogos, criminólogos y sociólogos—, entre otros.

Posteriormente, un reto que puede resultar ambiguo, pero que es un desafío que debe considerarse, es el de mejorar los salarios de los peritos, dejar de considerarlos simples auxiliares del Ministerio Público y reivindicarlos en todos los aspectos: en el institucional, en el económico y en el científico. Estamos en un momento histórico para que los peritos que se han considerado como técnicos pasen a formar parte de los peritos profesionales. Y que se reivindique al perito, al peritaje y a la ciencia como uno de los elementos más importantes para esclarecer los hechos.

## Retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio

## 4. Conclusiones

La pregunta que se planteó en este artículo fue: ¿Cuáles son los retos para consolidar a los servicios periciales en el sistema penal acusatorio? Los retos pueden agruparse en tres rubros: los culturales, los científicos y los jurídicos.

El reto cultural es cambiar el modelo en que se realizan las investigaciones en el ámbito pericial, dejando atrás el paradigma mixto-inquisitivo y pasar a un modelo de investigación basado en la teoría del conocimiento como fundamento para concluir en un informe oral. Dejando atrás las viejas prácticas periciales que han emigrado al sistema penal acusatorio, como el uso del “leal saber y entender”, que no es que haya desaparecido, sino por el contrario, se ha transformado en investigaciones sin calidad, dogmáticas y subjetivas.

En el aspecto científico, el reto es que los procedimientos, protocolos, métodos y técnicas que el perito ejecute en una investigación estén acreditados, certificados y se usen parámetros internacionales para la intervención pericial, tanto en el campo como en el laboratorio. Asimismo, en la actualidad, se requiere revisar los perfiles de los peritos y analizar que sean idóneos para el área en la cual versa la investigación.

Finalmente, los retos jurídicos para consolidar a los servicios periciales son reformar el apartado pericial en el Código Nacional de Procedimientos Penales, la fracción pericial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y de los Estados, la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones, el acuerdo A/009/15 por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia y diseñar una coordinación general de servicios periciales para la nueva Fiscalía General de la República.

## 5. Fuentes de consulta

Acuerdo A/009/15 de la Procuraduría General de la República, por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia. *Diario Oficial de la Federación*, 12 de febrero de 2015. Disponible en: [http://www.dof.

gob.mx/nota\_detalle.php?codigo=5381699&fecha=12/02/2015]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Acuerdo A/176/12 de la Procuraduría General de la República, por el que se establece la obligación del personal sustantivo de la Procuraduría General de la República para el uso de los protocolos de actuación, artículo reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2012. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\_detalle.php?codigo=5264000&fecha=14/08/2012]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Acuerdo CNPJ/XXXI/10/2014, en la XXXI Asamblea Plenaria de la CNPJ. Mérida, Yucatán, 28, 29 y 30 de mayo de 2014. Disponible en: [http://setec.gob.mx/es/SETEC/Programas\_de\_Capacitacion]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales (Conocer), Sistema Nacional de Competencias, México, Secretaría de Educación Pública, 2017. Disponible en: [http://conocer.gob.mx/]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales (Conocer), Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales, México, Secretaría de Educación Pública, 2016. Disponible en: [http://slideplayer.es/slide/1074255/]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales, ¿Qué es el sistema nacional de competencias?, México, Secretaría de Educación Pública, 2017. Disponible en: [http://conocer.gob.mx/acciones\_programas/sistema-nacional-competencias/]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Declaración de vigencia de las normas mexicanas que se indican, normas reformadas, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de julio de 2006. Disponible en: [http://dof.gob.mx/normasOficiales.php]. Consultado el 11 de mayo de 2018.

Edmundo Porfirio Garrido Osorio, *Instituto de Formación Profesional: Informe Anual 2017*, México, PGJDF, 2017. Disponible en: [http://www.ifp.pgjdf.gob.mx/pdf/2018/InformeGestion\_2017.pdf]. Consultado el 11 de mayo de 2018.



- Entidad Mexicana de Acreditación, A.C., 2018. Disponible en: [[http://www.ema.org.mx/portal\\_v3/index.php](http://www.ema.org.mx/portal_v3/index.php)]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Entidad Mexicana de Acreditación, A.C., Listado de Laboratorios de Ciencia Forense, 2018. Disponible en: [[http://200.57.73.228:75/Directorio\\_CF/Principal.aspx](http://200.57.73.228:75/Directorio_CF/Principal.aspx)]. Consultado el 11 del mayo de 2018.
- Forensic Accreditation, 2018. Disponible en: [<https://www.anab.org/forensic-accreditation>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Oferta Educativa*, México, INACIPE, 2018. Disponible en: [<http://www.inacipe.gob.mx/inicio/documentos/ofertacapa.pdf>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Jorge Mirón Reyes, *5 Reformas urgentes al Código Nacional de Procedimientos Penales*, INACIPE, 2018. Disponible en: [<https://www.youtube.com/watch?v=txdPldl719g>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Juventino Montiel Sosa, *Criminalística*, tomo 1, México, Limusa, 2003.
- Ley Federal sobre Metrología y Normalización, ley reformada, artículo 3º, *Diario Oficial de la Federación*, 30 abril de 2009. Disponible en: [<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/107522/leyfederalsobremetrologiaynormalizacion.pdf>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México. Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1945. Artículo reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 2018. Disponible en: [[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/208\\_190118.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/208_190118.pdf)]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Naciones Unidas, *Protocolo de Estambul: manual para la investigación y documentación eficaces y de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nueva York y Ginebra, 2004. Disponible en: [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Procuraduría General de la República, Consulta las Normatecas de la PGR. Normateca Sustantiva, Normateca Sustantiva Histórica, Normateca Adjetiva y Normateca Adjetiva Histórica, México, 2016. Disponible en: [<https://www.gob.mx/pgr/acciones-y-programas/consulta-las-normatecas-de-la-pgr>]. Consultado el 12 de mayo de 2018.
- Procuraduría General de la República, *Protocolos de cadena de custodia dos grandes etapas: preservación y procesamiento*, México, INACIPE, 2013. Disponible en: [[http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/descargas\\_gratuitas/ProtocolosdeCadenadeCustodia.pdf](http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/descargas_gratuitas/ProtocolosdeCadenadeCustodia.pdf)]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Procuraduría General de la República, *Reciben laboratorios de servicios periciales de PGR acreditación internacional*. Comunicado 836/15, México, 2015. Disponible en: [<https://www.gob.mx/pgr/prensa/reciben-laboratorios-de-servicios-periciales-de-pgr-acreditacion-internacional-comunicado-836-15>]. Consultado el 11 de mayo de 2018.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2017.
- Real Academia Española, *Diccionario de le Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2001.
- Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.





## Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura\*



Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal

**RESUMEN:** *En muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de plagiar las ideas que exponían otros. Pese a ser esto parcialmente cierto, no cabe duda de su mérito por haber sintetizado muchas de estas ideas en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio. En todo caso, por lo que se refiere al razonamiento en relación con la tortura, el rechazo que Beccaria hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no solo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de justicia.*

**PALABRAS CLAVE:** *Cesare Beccaria, críticas, pena de muerte, tortura, utilitarismo.*

**ABSTRACT:** *In many instances Beccaria has been accused of plagiarize ideas exposed by other authors. Although this is partially true, there is no doubt that his merit for having synthesized a lot of these ideas in a short booklet, written in a simple and brilliant way, has manage to maintain its validity during two and a half centuries. Nonetheless, as far as the reasoning related to torture is concerned, the rejection that Beccaria had to it is whole, without any reservation nor exception, and not only because of purely utilitarian reasons, but also because of justice and humanist motives.*

**KEYWORD:** *Cesare Beccaria, criticisms, death penalty, torture, utilitarianism.*

**SUMARIO:** *1. La columna infame. 2. La opinión de Beccaria sobre la abolición de la tortura: ¿humanismo, justicia o utilitarismo? 3. La actual relativización de la prohibición de la tortura. 4. Conclusión final.*

Rec: 10/09/2018 | Fav: 21/09/2018

---

\* Originariamente este trabajo fue el texto utilizado para una conferencia pronunciada por su autor en el Congreso sobre la actualidad del pensamiento de Beccaria, que tuvo lugar en Villa Vigoni, Lago de Como, Italia, en septiembre del 2015. Agradezco la versión que del mismo hizo al italiano Víctor Manuel Macía Caro. Posteriormente, el texto en italiano, aún inédito, ha sido traducido al alemán por Thomas Vormbaum y publicado en el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2017. La presente versión española ha sido revisada y reelaborada por el autor para el homenaje al querido amigo y compañero Juan Terradillos, como reconocimiento a su larga y fecunda trayectoria como profesor universitario y a su compromiso con los valores democráticos.

## Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

*Non vi é libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa (Beccaria, Degli delitti e delle pene, cap. XX)*

### 1. La columna infame

Cuenta el gran escritor Alessandro Manzoni (1785/1873), nieto, por cierto, de Cesare Beccaria, en una breve narración destinada a formar parte de su inmortal novela *I promessi sposi*, pero publicada luego como narración autónoma con el título de *Storia della colonna infame* (1842), que a principios del siglo XVII fueron ejecutados en Milán, tras serles amputada una mano, mutilados con tenazas candentes, quebrantados en la rueda y, por último, degollados, al cabo de seis horas de agonía, un barbero y un comisario de sanidad, acusados de haber propagado la peste que en aquel momento asolaba a los habitantes de dicha ciudad, esparciendo venenos y untando las paredes de las casas con un unto amarillo. La condena fue precedida de un juicio en el que naturalmente, según el modelo inquisitivo vigente en la época, los acusados fueron sometidos a crueles torturas hasta que confesaron ser los autores de tales “maleficios” y, en consecuencia, de la propagación de la peste.

En conmemoración de tales sucesos se erigió en 1630 en la ciudad de Milán una columna con inscripciones en latín, de no mala redacción, según testimonio de un viajero inglés que llegó a verla en 1700, en la que se narraban estos hechos. La columna fue derribada poco después por el pueblo enfurecido como protesta por un proceder tan inhumano de la justicia. Manzoni utiliza este caso para demostrar no solo la ignorancia y la superstición en la que se movían los tribunales de justicia de aquella época, sino también la inhumanidad y la brutalidad de un sistema probatorio como la tortura, que hacía confesarse culpables de graves crímenes inexistentes a personas totalmente inocentes.

Sin embargo, a este sistema bárbaro de obtención de prueba y de castigo que muchas veces acompañaba a la pena de muerte le quedaba todavía mucho para desaparecer y así lo demuestra el espeluznante relato de la ejecución del regicida Damiens que recoge Foucault en las primeras páginas de su archiconocido ensayo *Vigilar y castigar*, de las cuales como muestra se recoge aquí solo el primer párrafo (véase Michel Foucault, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p.11):

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, adonde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.

A partir de este párrafo, la descripción que hace Foucault de esta ejecución es larga y no ahorra los detalles sobrecogedores del sufrimiento atroz a que fue sometido este pobre sujeto, pero puede obviarse aquí, por escabroso y por haberse reproducido ya en muchos lugares.

En España, todavía a finales del siglo XVIII, en plena época de la Revolución Francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, hubo una polémica en Sevilla entre el canónigo de la Catedral, Pedro de Castro, partidario acérrimo de la tortura, y el fiscal de la Audiencia Juan Pablo Forner, contrario a la misma, quien, sin embargo, prudentemente, como señala Francisco Tomas y Valiente (*La tortura en España*, 2ª ed., 1994, p.237 ss.), y para no levantar las sospechas de la Santa Inquisición, se abstiene de citar en su libelo autores de aquella época tan notoriamente contrarios a la tortura como Voltaire, Filangieri o el mismo Beccaria, lo que no es difícil de entender si se tiene en cuenta que en aquella época las “veleidades ilustradas” le habían costado el puesto al asistente de la Ciudad de Sevilla, el ilustrado Pablo de Olavide, que estuvo por orden de la Inquisición algún tiempo preso. Pocos años antes (el 24 de agosto de 1781, en pleno reinado de ilustrado Rey Carlos III) había sido quemada en auto de fe en el Prado de San Sebastián de Sevilla, una beata de 45 años, ciega desde los 12, porque al parecer hacía afirmaciones (y las practicaba) como que si el cuerpo pecaba, pero el alma no consentía, no había en ello (es decir, en el acto sexual) pecado alguno. Y a tal efecto, se dejaba azotar desnuda por sus confesores, a los que seducía,

habiendo también alguna sospecha de lesbianismo con otras monjas compañeras del convento.

## 2. La opinión de Beccaria sobre la abolición de la tortura: ¿humanismo, justicia o utilitarismo?

En este contexto histórico, que se acaba someramente de describir, se publica la obra de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene* (1764, que aquí se cita por la novena edición de Feltrinelli Editore, Milano, 2003, prefazione di Stello Rodota, cura di Alberto Burgio, traducción de las citas al español realizada por el autor de este artículo). Y es en este contexto en el que hay que juzgar su aportación a la crítica del Derecho Penal y Procesal Penal que había en su tiempo, que, con razón, podríamos calificar con palabras de Giuseppe Bettiol, como “un Diritto penale de sangue e de lacrime”.

En muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de falta de originalidad, de ser incluso un plagio de muchas de las ideas que exponían otros miembros de la famosa Academia dei Pugni, principalmente de los hermanos Verri, y de algunos famosos enciclopedistas y autores ilustrados de aquella época, como Montesquieu y Rousseau. Aun reconociendo la verdad en parte de estas afirmaciones, no cabe duda de que el principal mérito de Beccaria es haber sintetizado muchas de estas ideas, que él hizo suyas, en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio y ha establecido las bases fundamentales de un Derecho Penal liberal, humano y democrático.

También se acusa a Beccaria de utilizar en sus razonamientos argumentos puramente utilitaristas, sobre todo en lo que se refiere a la abolición de la pena de muerte. Es cierto que en Beccaria abundan este tipo de argumentos, no en vano su obra aparece en un momento en el que la Economía política surgía con vigor y era objeto de estudio y análisis como nunca lo había sido antes. Poco tiempo después de la aparición de la obra de Beccaria, se publicó la obra fundamental en esta materia de Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776), y el mismo Beccaria fue profesor de Economía y funcionario encargado de cuestiones relacionadas con la economía. Es lógico, pues, que en sus críticas al sistema penal de su época utilizara argumentos utilitaristas, que, en definitiva, conmueven más a los políticos y a los detentadores del poder

que los argumentos humanitarios, pietistas o simplemente de justicia. Desde este punto de vista la obra de Beccaria es también un programa político criminal dirigido a las clases dirigentes de su época para convencerles de la necesidad de modificar el sistema penal entonces vigente, al que, por supuesto, critica también por su crueldad, su inhumanidad y su injusticia. En sus distintos capítulos se mueve entre los dos polos del sistema penal: la utilidad y necesidad de las penas, por un lado, y el humanitarismo y la justicia, por otro. Utilidad y Justicia, que, según Radbruch, son los dos polos entre los que tiene que moverse el sistema penal. Ello se ve claramente en Beccaria cuando se analizan los capítulos en los que se ocupa de la tortura y de la pena de muerte.

Ciertamente, en el capítulo dedicado a la pena de muerte (XXVIII, de la edición que aquí se maneja), predominan los argumentos utilitaristas. Tras un razonamiento en el que siguiendo la teoría del contrato social se pregunta:

¿Cómo puede pasarse del mínimo sacrificio de la libertad de cada uno al máximo de entre todos los bienes como es la vida?

Y continúa diciendo:

La pena de muerte no puede ser un derecho, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque se juzga necesaria y útil la destrucción de su ser. Pero si se demuestra que la muerte no es útil ni necesaria, habrá vencido la causa de la humanidad.

Y seguidamente añade dos motivos por los que considera que la pena de muerte es un poder útil y necesaria para salvar la “seguridad de la nación”. Uno es de carácter político:

La muerte de un ciudadano puede llegar a ser, por tanto, necesaria cuando la nación quiere recuperar o puede perder su libertad, o en tiempos de anarquía, cuando se cometan desórdenes fuera de las leyes.

El otro es un argumento puramente preventivo:

Cuando la muerte fuese el único freno para disuadir a otros de la comisión de delitos, segundo motivo por el que puede creerse que la pena de muerte es justa y necesaria.



## Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Es evidente que Beccaria aplica argumentos utilitarios que le llevan a admitir, si bien de forma excepcional, que la pena de muerte sea útil y necesaria, aunque desde el primer momento señala que nunca puede ser un derecho, ante lo cual ofrece como alternativa a la misma la esclavitud o lo que hoy entenderíamos como prisión perpetua; algo que todavía hoy mantienen muchos penalistas que no viene al caso citar en este momento. Tiene razón, por tanto, Thomas Vormbaum (*Storia moderna del Diritto penale tedesco, Una Introduzione*, 2ª ed., 2013, p.38 ss.) cuando considera que el razonamiento de Beccaria contra la pena de muerte está supeditado a una visión utilitarista de la misma, anteponiendo la *utilitas* y la *necesitas* por encima de la *iustitia*.

Sin embargo, no me parece convincente que se critique a Beccaria por su argumentación utilitarista, cuando el máximo representante de la idea de la Justicia como imperativo categórico que debe dominar al Derecho Penal por encima de cualquier utilitarismo, el filósofo idealista alemán Immanuel Kant, considera en su *Metaphysik der Sitten* que la pena de muerte también debe ser aplicada:

Cuando, por ejemplo, un pueblo habitante de una isla decide separarse y dispersarse por todo el mundo...

En este caso dice Kant:

El último asesino que se encontrase en prisión debería ser ajusticiado en primer lugar, para que todo el mundo lleve la pena de su conducta, y la sangre vertida no recaiga sobre el pueblo que no haya reclamado ese castigo, porque este pueblo podría entonces ser considerado como cómplice de esta violación de pública de la justicia.

Algo que me parece tanto o más rechazable que las excepciones utilitaristas que admite Beccaria para su aplicación (sobre la tesis de Kant en relación con la pena de muerte, de otra opinión, Vormbaum, *Storia*, cit., p. 50).

En todo caso, por lo que se refiere al razonamiento de Beccaria en relación con la tortura (capítulo XVI de la edición que aquí se maneja), el rechazo que hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no solo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de justicia. Tras un rechazo casi visceral a la práctica de

la tortura, a la que califica como “una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones” y como una “infame perversión de la verdad”, Beccaria expone las razones por las que la tortura, debe ser abolida. Su punto de partida es que la tortura además de inhumana e injusta, es inútil y contraproducente para conseguir los fines que se le asignan. A diferencia de lo que sucede con la pena de muerte, Beccaria no admite alguna excepción que pueda justificar la tortura en algún caso. Ni la “seguridad de las naciones”, ni “la anarquía”, ni el “desalentar a otros de la comisión de delitos”, que son los motivos por los que excepcionalmente admite que pueda imponerse la pena de muerte, son invocados para justificar la tortura.

Sin duda, podrá decirse que sus argumentos en favor de la abolición de la tortura son también utilitaristas, pero su utilitarismo es en este caso ingenuo, pues parte de unas premisas fácticas que desgraciadamente no coinciden con la realidad. Como después veremos, la tortura existe y se emplea todavía hoy en día, de forma más o menos encubierta, aunque ilegal, no porque sea inútil, sino porque a pesar de todos los argumentos que expone en su contra Beccaria son muchos los que consideran que es útil y funciona bien tanto como instrumento de averiguación de los delitos como de prevención y castigo de los mismos. Sin un rechazo ético y fundamentalmente humanitario, la tortura seguiría existiendo en el sistema penal, e incluso como en la época de Beccaria, como un medio completamente legal. No me parece, por tanto, acertada la opinión de Kai Ambos, quien en un artículo crítico y bastante despectivo respecto a la originalidad y honestidad de la obra de Beccaria indica que “Beccaria rechaza la tortura principalmente por fundamentos utilitaristas y solo secundariamente por razones humanitarias” (véase Ambos, “Cesare Beccaria y la tortura, Comentarios críticos desde una perspectiva actual”, en *Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo*, 36, 2011, p. 28; también en alemán: “Cesare Beccaria und die Folter, Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht”, en *ZStW*, 122, 2, 2010, p. 504-520).

En mi opinión esta crítica es injusta y desacertada, tanto desde el punto de vista personal como científico, porque lo que no puede discutir Ambos ni nadie es que, en este caso, el utilitarismo que emplea Beccaria es siempre un utilitarismo en favor de la abolición de la tortura, nunca para admitirla. Y en esto creo que hay

una diferencia esencial con el utilitarismo que emplea para admitir, excepcionalmente, por ejemplo, la pena de muerte. Si el utilitarismo sirve también para abolir prácticas tan aberrantes, crueles e inhumanas como la tortura, entonces ¡Viva el utilitarismo!, cualquiera que sea el sentimiento de humanidad y de justicia que esté detrás del mismo, que en el caso de Beccaria no hay por qué poner en duda. De la obra de Beccaria se pueden decir muchas cosas, que es poco original, que es más un panfleto político criminal de escaso nivel teórico que una profunda reflexión sobre el Derecho Penal, etc., pero lo que no se puede decir en ningún caso es que Beccaria no esté completa y absolutamente en contra de la tortura. Solo ya por eso merece nuestra consideración y respeto, sobre todo si se tiene en cuenta cómo se practicaba todavía en aquella época, sin ningún tipo de reparos y con toda la crueldad. Baste solo recordar los casos que hemos citado anteriormente de “la columna infame”, “el regicida Damiens” o “la beata de Sevilla” (*vid. supra* I) para comprender por qué la obra de Beccaria y su razonamiento en favor de la abolición de la tortura tuvo entonces un valor excepcional y por qué, como después veremos, sigue teniéndolo en la actualidad.

Varios son los argumentos que expone Beccaria en contra de la tortura. En primer lugar, tras calificarla con dureza como “una crueldad”, la considera como una pena anticipada que se aplica a alguien cuando aún no se sabe si es o no el autor de un delito:

¿Cuál es, por tanto, aquel derecho, si no es el de la fuerza que da el poder a un juez de imponer una pena a un ciudadano, mientras duda si es culpable o inocente?

Tras este argumento, verdaderamente irrefutable, pues no cabe duda del carácter punitivo y doloroso que tiene la tortura, tanto más cuando aún no se sabe si el torturado ha cometido o no un delito, Beccaria aduce un segundo argumento que hoy en día constituye la base del *nemo tenetur se ipsum accusare*, es decir, del derecho a no declarar, a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. A este respecto dice Beccaria que la tortura convierte al acusado en acusador de sí mismo:

Pero añadido algo más, pues con ello se pretende confundir todas las relaciones al exigir que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado.

Un tercer argumento de Beccaria en contra de la tortura es:

Que el dolor se convierta en el núcleo de la verdad, que el criterio de la misma resida en los músculos y en las fibras de un miserable. Esto es el medio seguro para absolver a los delincuentes robustos y de condenar a los débiles inocentes. Un criterio digno de un caníbal.

“Otro motivo ‘ridículo’ [*sic.* literalmente] de la tortura es la purgación de la infamia”. En este caso, Beccaria alude a una visión casi mística y religiosa que considera que la única forma de purgar una infamia (es decir, un delito) es la tortura, para conseguir la confesión “como esencial para la condena”. Una concepción que para Beccaria “tendría un origen parecido al misterioso tribunal de la penitencia, la confesión de los pecados como parte esencial del sacramento”. Un argumento que demuestra la antipatía con la que Beccaria miraba la confusión entre delito y pecado, y la nefasta influencia que el pensamiento religioso de la Iglesia católica, aun sin nombrarla, por ejemplo a través de la Inquisición, había tenido en la configuración del sistema punitivo estatal. No es extraño, por tanto, que la Iglesia católica, por esta y otras ideas que le afectan directamente, haya mantenido la obra de Beccaria en el índice de libros prohibidos. El rechazo de la tortura como forma de “purgación de la infamia” es total, añadiendo al final del párrafo que dedica a este tema que:

La tortura misma causa una real infamia en quien es su víctima. Por tanto con este método se repara la infamia con otra infamia.

Otro argumento contra la tortura es su equiparación a los Juicios de Dios, que en la Edad Media se llevaban a cabo para demostrar la inocencia del sospechoso de haber cometido un delito. Se le hacía poner la mano en el fuego o en el agua hirviente, y si no se quemaba, era inocente, y si se quemaba era culpable.

La única diferencia entre la tortura y la prueba del fuego y del agua hirviente, es que el éxito de la primera parece depender de la voluntad del reo. Y el de la segunda de un hecho puramente físico y extrínseco: pero esta diferencia es solo aparente, no real.

## Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Pero en lo que coinciden ambas es que se busca la verdad a través del dolor, un medio inhumano y cruel que incide más en el débil que en el fuerte y que, en todo caso, hace que los que no pueden soportarlo confiesen el delito, aun si haberlo cometido.

Es superfluo —dice— dar mayor claridad citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron culpables en los espasmos de la tortura.

Pero la inutilidad de la tortura se demuestra aún más cuando, como indica Beccaria,

No vale la confesión hecha durante la tortura si luego no es confirmada con el juramento tras haber cesado la misma y si el reo no confirma el delito de nuevo es torturado.

Es decir, primero se tortura para conseguir la confesión, pero si esta no es ratificada con el juramento después de la tortura, se vuelve a torturar, y así hasta que se consigue que el torturado ratifique lo que ha dicho bajo tortura. Y aún más criticable es todavía que cuando el torturado ya se ha declarado culpable del delito que se le acusa, se le pueda seguir torturando para averiguar si ha cometido también otros:

Tú eres reo de un delito, por tanto es posible que lo seas de otros cientos delitos; me pesa esta duda, y quiero asegurarme con mi criterio de la verdad: las leyes del tormento, porque eres reo, poder ser reo y porque quiero que sea reo.

Y, finalmente, aduce en contra de la tortura un argumento puramente utilitarista, cuando:

la tortura de un acusado para descubrir a los cómplices de su delito.

Pues, como dice seguidamente, no es “justo atormentar a los hombres por los delitos de otros”, mezclando un argumento utilitarista, más o menos discutible, con una profunda idea filosófica, la de que nadie puede ser torturado como medio para descubrir los delitos de otros.

En el razonamiento de Beccaria contra la tortura, del que aquí solo se han seleccionado algunos párrafos, se alegan ciertamente motivos puramente utilitaristas, pero sobre la base de un profundo rechazo por razones humanitarias y de justicia porque conculca la

libre voluntad, la presunción de inocencia y el derecho a que el acusado no sea acusador de sí mismo. Pero si el razonamiento utilitarista puede ser, por razones fácticas, discutible, en la medida en que en la práctica se puedan conseguir determinados resultados positivos para la investigación y prevención del delito a través de la tortura, lo que lleva a Beccaria a rechazar la tortura es, en definitiva, su injusticia intrínseca, la violación que supone de derechos fundamentales como la libertad, la presunción de inocencia o el derecho a permanecer en silencio o a no declarar contra sí mismo, derechos fundamentales que se reconocen hoy como derechos humanos en la mayoría de las constituciones y de las declaraciones internacionales de derechos humanos, y, en definitiva, hacer valer lo que dice, aunque solo sea de paso, en el capítulo XX sobre la violencia, la frase con la que encabezamos este trabajo:

No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deje de ser persona, y se convierta en cosa.

Este es también el gran mérito del razonamiento de Beccaria en el tema de la tortura. Lo que hay que preguntarse ahora es si hoy en día se puede mantener el mismo razonamiento y mantener la prohibición de la tortura, tal como hacía Beccaria hace ya 250 años, de un modo absoluto y sin excepciones. Y de esto me ocuparé en el epígrafe siguiente.

### 3. La actual relativización de la prohibición de la tortura

Ciertamente, con y sin Beccaria, antes y después de que apareciera su *Dei delitti e delle pene*, la práctica de la tortura, tanto como forma de castigo como método de investigación, o como prevención de la comisión de un delito, ha sido una constante a través 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, de un pasado artístico y cultural de primera magnitud. Solo 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 paulatinamente terreno hasta el punto de haber dado lugar a una convención internacional contra la tortura ratificada por la casi totalidad de los Estados integrantes de la comunidad internacional, e incluso en caso de guerra la Convención de Ginebra de 1949, creadora del Derecho humanitario, también la prohíbe (apartado 1.a y c del artículo 3). 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 es un tema de frecuente investigación entre los especialistas en historia del Derecho.

Sin embargo, este panorama idílico de erradicación de la tortura en el ámbito jurídico nacional e internacional no deja de ser una mera declaración de principios que confrontada con la realidad 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 existente 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, cada vez con mayor contundencia y claridad consideran que, en casos extremos (por supuesto), no debe excluirse completamente 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 dónde está puesta una bomba que puede explotar en cualquier momento en un lugar concurrido de personas (caso de las llamadas *ticking-bombs*) 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 solo que el particular afectado directamente por la amenaza pueda emplear la tortura, sino que sean los funcionarios del Estado los que puedan emplear medidas de coacción física y 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 (para más detalles sobre este tema, me remito a mi artículo “Estado de necesidad y tortura, ‘Necessitas non habet legem?’”, en *Homenaje a Santiago Mir*, Barcelona, 2017).

Esta opinión se ha extendido recientemente, sobre todo cuando, a raíz del atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, las tropas americanas 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 este 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 americana 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 degradante, unas veces totalmente gratuitos, simplemente para diversión de los que 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, la administración norteamericana del presidente George W. Bush no solo admitió 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.

Es evidente que con ello se relativiza la prohibición absoluta de la tortura y, a diferencia de lo que mantenía Beccaría y de lo que se dice en los textos jurídicos nacionales e internacionales, se admite, en algunos casos y en determinadas circunstancias, para obtener datos que puedan servir para prevenir la comisión determinados delitos, o como un medio probatorio que puede conducir a una condena penal.

## Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo. Pionero en esta tendencia ha sido el profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, Dershowitz dice que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una “bomba de relojería” (*ticking-time-bomb*) a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que “sacándole” por la fuerza esa información.

A partir de entonces y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la posibilidad de emplear en los interrogatorios un “cierto grado de coerción física” para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro *Why terrorism works* (Yale University Press, 2004), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a las convenciones de Ginebra y a la Convención contra la Tortura, a las que considera “más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema”, y propone claramente la práctica de una “tortura controlada” no directamente letal, bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Lo que Beccaria decía irónicamente que requería de un matemático que midiera la intensidad del dolor en los músculos y huesos del torturado para saber cuál es su nivel de resistencia, Dershowitz lo asume sin el menor reparo. Naturalmente, también justifica los llamados “asesinatos selectivos” y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas, luego, la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que estos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos (véase por ejemplo las críticas de Jeremy Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs, Philosophy for the White House*, Oxford University Press, New York 2010, que además de a Dershowitz critica también la opinión de otros autores americanos como Bybee o Yoo, quienes consideran que los malos tratos inflingidos a los prisioneros de Guantánamo no entran en el concepto de tortura, o que en todo caso las prohibiciones contenidas en las convenciones de Ginebra no tienen aplicación en los USA). Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la “cruzada contra el terrorismo” enarbolada por el presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel y que hoy se ha extendido a muchos países de la Unión Europea) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio.

El argumento básico que se emplea para justificar la tortura en ciertos casos extremos es generalmente el *estado de necesidad*, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre *justificación* y *exculpación*, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad que excepcionalmente impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una “licencia para matar” (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran al asesino de sus hijos. En todo caso se trata de una paráfrasis que difícilmente puede ser trasplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas,



porque no se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce todavía en el ámbito jurídico europeo la posibilidad de admitir la tortura, incluso en casos extremos, no es compartida por el Profesor Günther Jakobs, quien en un trabajo en el que defiende su conocida tesis de la necesidad de admitir junto a un Derecho penal con todas las limitaciones y garantías propias del Estado de Derecho, lo que él llama un “Derecho Penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), en el que esas garantías quedarían sensiblemente reducidas o incluso eliminadas para conseguir la “seguridad cognitiva”, en lo que se refiere a la tortura dice lo siguiente (*vid.* “Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità”, en *Diritto político e diritto penale del nemico*, a cargo de Gamberini y Orlando, Bologna 2007, p. 128 y ss):

### C. Tortura?

Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en Derecho existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer en Derecho siempre y frente a todos.

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego, si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que

reciben los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican algunos agentes de sus servicios secretos o militares con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en este caso en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, con ello se coloca en la situación de un “Estado de no Derecho”. En Alemania, se emplea la expresión *Unrechtsstaat* para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta su derrota en 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo, son conocidas: la Segunda Guerra Mundial con sus casi 50 millones de muertos, los horrores de los campos de exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que “el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho”. Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Auschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la *razón de Estado*. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de no Derecho, y que el Derecho Penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deja entonces el paso libre a un “Derecho Penal del enemigo” con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven.

Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que pretendiendo ser meramente descriptiva puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la *razón de Estado*. Algo que, desde luego, por lo que se refiere a la tortura, Beccaria nunca hizo. Desde luego, si algo demuestra la historia y particularmente la

historia del Derecho es que la cultura y la más refinada técnica jurídica no siempre son incompatibles con la más cruel barbarie. Ciertamente los juristas, como los intelectuales en general, no pueden impedir la barbarie, pero sí negarse a justificarla o a presentarla como una exigencia de la razón. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, “el sueño de la razón produce monstruos” (me he ocupado en diversos trabajos sobre la idea Jakobs en relación con el “Derecho penal del enemigo”, para más detalles me remito a mis monografías *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, editorial Hammurabi 2ª ed., Buenos Aires 2008; y *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008).

#### 4. Conclusión final

En este breve trabajo me he ocupado fundamentalmente de la actualidad del razonamiento de Beccaria contra la tortura, Pero sería injusto reducir todo el discurso de Beccaria a la abolición sin excepción de la tortura, y, con algunas excepciones, de la pena de muerte. Quiero también destacar aquí, aunque sea solo de forma breve, la importancia de la obra de Beccaria en la evolución del Derecho Penal del “ancien régime” hacia un Derecho Penal liberal, más humano y justo, respetuoso con los derechos fundamentales del acusado o del delincuente. En su obra hay muchas afirmaciones que son hoy de plena actualidad y constituyen las bases del Derecho Penal de un Estado social y democrático de derecho. En toda ella hay continuas invocaciones al principio de legalidad, a la separación de poderes, a las garantías procesales y materiales del acusado, a la humanización, suavidad (*dolcezza*) y proporcionalidad de las penas, a la libertad y a la dignidad humana, que no pueden considerarse como ideas puramente utilitaristas, sustituibles por otras, según convenga en cada momento histórico; sino que reflejan profundas convicciones de

Justicia, de las que creo Cesare Beccaria estaba plenamente convencido. Todo ello fue lo que hizo que en aquel momento la primera edición de su fundamental obra tuviera que publicarse de forma anónima, que la Iglesia católica la incluyera en el índice de libros prohibidos y que en muchos países, como España, fuera prohibida muchos años su publicación, hasta el punto de que su primer traductor español (Juan Antonio de las Casas) tuvo que poner una nota aclaratoria en la que advertía que no estaba de acuerdo con las ideas que se vertían en el libro. Y todo eso es lo que, paradójicamente, le sigue dando plena actualidad y vigencia en nuestros días.

No tengo tiempo para ocuparme de otras muchas cuestiones de actualidad que se encuentran en la obra de Beccaria (me remito para ello al libro colectivo publicado por la Universidad Sergio Arboleda, Bogota, 2016, *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del estado, Doscientos cincuenta años después*, compilado por Fernando Velásquez, Renato Vargas Lozano y Juan David Jaramillo Restrepo, con aportaciones de Velásquez, Ferrajoli, Ambos, Agudelo, Matus, Trapani, Escobar, Elbert, Llovet, Posada, Wolffhügel y Ramírez; y también la brillante introducción, estudio preliminar y notas de Nodier Agudelo Betancur, a la edición de la versión española de la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ediciones Nuevo foro, Medellín 2016). Solo quiero como conclusión recordar las palabras finales con que concluye *Dei delitti e delle pene*, que hoy por hoy, independientemente de cualquier valoración que se pueda hacer de su obra en otros aspectos, tienen, a mi juicio, plena vigencia:

De cuanto se ha visto hasta ahora puede deducirse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso legislativo más ordinario de las naciones: Para que la pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, ésta debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibilidades en las circunstancias, proporcionada a los delitos y fijada legalmente.



## Las víctimas de trata y las redes sociales



**Alberto Enrique Nava Garcés**

*Doctor en Derecho  
Investigador titular del Instituto Nacional de  
Ciencias Penales (México)  
iusnava@yahoo.com.mx*

**RESUMEN:** Este estudio retoma tres grandes temas que coinciden en una amalgama siniestra: esclavizar a las personas con el uso de las redes sociales. La trata, como un fenómeno delictivo en ascenso; la víctima y su esfera de derechos; y las tecnologías de la información son cuestiones que han sido revisadas en el marco del vigésimo séptimo período de trabajos de la Comisión de la Prevención del Delito y la Justicia Penal (CCPCJ, 27), organizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) con sede en Viena, Austria, del 14 al 18 de mayo de 2018 y en el que el autor de este estudio participó como miembro de la delegación mexicana.

**PALABRAS CLAVE:** Trata, redes sociales, prevención del delito, cooperación internacional, internet, víctimas.

**ABSTRACT:** This paper takes up three major themes that coincide in a sinister amalgam: enslaving people with the use of social networks. The trafficking in person, as a rising criminal phenomenon; the victim and his area of rights and information technologies are issues that have been reviewed in the twenty-seventh period of work of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (CCPCJ, 27), organized by United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) in Vienna, Austria from May 14 to 18, 2018 and in which the author participated as a member of the Mexican delegation.

**KEYWORDS:** Human trafficking, social network, crime prevention, international cooperation, internet, victims.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Fama instantánea: la magia de la red social. 3. La trata en México. 4. Víctimas de trata; 4.1. Los derechos de las víctimas; 4.2. La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de víctimas. 5. La legislación; 5.1. 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. 6. El delito en la red, la identificación del victimario. 7. Bibliografía.

Rec: 01-10-2018 | Fav: 22-10-2018

## 1. Introducción

Las nuevas tecnologías de la información tienen como primer objetivo elevar la calidad de vida de las personas, a través de la facilidad que les permitan para distintas actividades, entre ellas la de la comunicación. Sin embargo, bajo el uso indebido de ingeniería social, estas nuevas tecnologías abren un espacio para facilitar conductas nocivas como el denominado *grooming* o ciberacoso infantil. La inmadurez de los menores y el desconocimiento por parte de quienes los acercan a las nuevas tecnologías han dejado ese espacio en el que un depredador virtual puede actuar.

Este proyecto pretende desarrollar un documento diagnóstico del trabajo legislativo pendiente y de las áreas de oportunidad para combatir con eficacia el fenómeno del delito electrónico, en particular, la conducta nociva del *grooming* sobre una población sensible como la infancia.

## 2. Fama instantánea: la magia de la red social

Las redes sociales tienen un principio aparentemente inocuo: conectar a la gente. A partir de eso, pretender vigilar, regular y castigar lo que ocurre en una red social parece exagerado, impensable, imposible, y por ese motivo, cada vez que se habla del tema surgen defensores auténticos de la neutralidad de la red, como también aparecen sujetos embozados que, bajo otros intereses, desmantelan cualquier tentativa legislativa. Lo cierto es que existen varios riesgos o peligros en internet para los niños, niñas y adolescentes.

En la red hay depredadores sexuales, pedófilos, redes con contenidos que pueden causar mucho daño. Los casos más frecuentes tienen que ver con pornografía, acoso sexual infantil (*grooming*), violencia, abuso sexual, prostitución infantil, tráfico de personas con propósitos sexuales, turismo sexual, pero también existe el peligro de que se vuelvan adictos a juegos de azar en línea o padezcan de acoso cibernético (*cyberbullying*), este último de creciente incidencia en los jóvenes y adolescentes. La red, finalmente, es un medio basto para consumir los delitos relacionados con la trata de personas.

Cada uno de estos delitos tiene diferentes modalidades por internet. Por ejemplo, los niños pueden exponerse a recibir o ver *pornografía* a través de

páginas web engañosas, que al abrirlas presentan fotos y videos con contenido pornográfico. Pero también circulan páginas web utilizando a niños, niñas y adolescentes como material pornográfico, correos electrónicos y lugares de chat que distribuyen imágenes y videos pornográficos o invitan a participar en conversaciones sobre temas sexuales.

A través de internet se pueden presentar páginas web que reclutan engañosamente a niñas, niños y adolescentes con la intención de captarlos para el *tráfico con propósitos sexuales* o páginas que promueven entre niñas, niños y adolescentes citas, encuentros y viajes al extranjero con propósitos sexuales.

De igual manera, pueden sufrir *acoso cibernético*, por parte de compañeros de colegio o de barrio, utilizando el internet y las redes sociales.

Asimismo, pueden darse acercamientos de adultos, a través de internet, que intentan *seducir a niños, niñas y adolescentes*.

Estos acercamientos se pueden realizar por medio de los chats, Skype, Facetime, de las redes sociales populares como Facebook, YouTube, así como de aplicaciones novedosas como TikTok, en los que su carácter anfibio les hace pasar de una mera aplicación a una red.

Más allá del fenómeno de estar pendientes de un “like”, la fama que acompaña a las redes sociales es un signo de una nueva generación que ha encontrado en estas plataformas un reconocimiento instantáneo, la fama que puede cegar a quien carezca de madurez para enfrentarla. Y si lo que se busca es fama, es justo lo que el victimario habrá de prometer.

El victimario virtual actúa por medio de la ingeniería social y, con la facilidad que permite el medio electrónico, establece contacto bajo una falsa identidad.

¿En qué consiste la ingeniería social? En una serie de procesos donde el victimario detecta las vulnerabilidades de su víctima, creando empatía a través de los deseos, los gustos, las aspiraciones, y una vez detectados, son la piedra de toque para hacer caer en el error a la persona, prometiéndole lo que desea, gusta o aspira, simulando ser el medio para ello. Con esta clase de engaños, las personas bajan su defensa, pierden el uso del sentido común, de modo tal que la víctima accede, consiente y participa de las instrucciones que se le dan.

La víctima en la trata es enganchada, por solo mencionar un ejemplo, con promesas de superación,

afectivas o aparentemente apegadas a lo que desean. En la ingeniería social todo se vale: simular afectos, cariños, posición social, etcétera, todo para que la víctima “consienta” las peticiones de su victimario.

### 3. La trata en México

El delito de trata es, entre otros, uno de los grandes retos multinacionales, dadas sus características, ha generado la preocupación de cada Estado para establecer marcos normativos que no solo castiguen su perpetración, sino que lo prevengan. El énfasis debe estar, por supuesto, en la prevención con mecanismos que inhiban la realización de esta serie de conductas que aniquilan la dignidad humana y que representan el rostro de la esclavitud moderna. El artículo tercero del *Protocolo de las Naciones Unidas 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, define al delito de trata de la siguiente manera:

- 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;
- 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;

- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

Isabel Martínez escribe sobre el particular:

El 15 de noviembre de 2002, se adoptó la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* [Convención de Palermo]. La finalidad de la misma es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente este tipo de delincuencia.<sup>1</sup>

En complemento de esa convención, se estableció el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (El Protocolo).

En el preámbulo del Protocolo se declara nuevamente como finalidad la prevención y el combate al crimen, agregando que es necesario un enfoque que incluya no solo sanción a los traficantes, sino también la protección a las víctimas de trata. Así, este instrumento internacional procura abordar todos los aspectos del fenómeno para salvaguardar suficientemente a las personas vulnerables a este delito.<sup>2</sup>

Por su parte, Mariana López Benítez escribe:

México se ha sumado a los esfuerzos internacionales para prevenir y luchar contra este negocio lucrativo. Desde 1921, ha suscrito diversos instrumentos internacionales que tienden a combatir la trata de personas. Dado que estas conductas son de carácter transnacional, traspasan las fronteras, y para combatirlas ha sido necesario sumarse al esfuerzo internacional y adoptar diversos tratados que, de conformidad con el artículo 133 constitucional y en la ley suprema de la Unión.

Existen numerosos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México. Solo habré de mencionar algunos a manera de ejemplo. La Declaración y

<sup>1</sup> Véase Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, art. 1. (Convención de Palermo), citada por Isabel Martínez “Trata de mujeres: protección a víctimas y proceso penal”, en *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal Criminogénesis*, No. 8, México, 2011, pp. 59-75.

<sup>2</sup> Véase preámbulo del *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. [PPRSTPEMN] Citada por Isabel Martínez Álvarez, *op. cit.*, pp. 59-75.



## Las víctimas de trata y las redes sociales

plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), convoca a eliminar la trata de mujeres, a otorgar protección a las víctimas y a combatirla mediante acciones de análisis y erradicación de todas las formas de este ilícito, especialmente fortaleciendo la legislación mediante la creación de programas sociales y con la asignación de presupuestos adecuados que permitan la protección de los grupos vulnerables.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, 1979), tiende a suprimir el delito de trata de mujeres en todas sus manifestaciones. Incluso se ha recomendado a México instrumentar medidas para combatir el tráfico y la trata, rehabilitar a las víctimas y reintegrarlas a la sociedad, haciendo hincapié en la capacitación de todos los operadores de la justicia y, sobre todo, en acciones preventivas y estrategias económicas y sociales que permitan inhibir el problema.

Otro instrumento importante es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), cuyo objetivo es evitar que se lesionen los derechos humanos y las libertades fundamentales de las víctimas del delito, a través de la implementación de políticas que prevengan y, en su caso, sancionen la violencia contra la mujer.

Los niños son otro sector desprotegido. Para paliar la problemática que surge por las condiciones especiales de este grupo vulnerable se suscribió la Convención sobre los Derechos de la Niñez (1989), que insta a los Estados parte a la salvaguarda de atropellos físicos y psicológicos, explotación, abuso sexual y descuido, a través de la expedición de medidas legislativas, educativas y sociales, especialmente con asistencia que prevea la reintegración de las víctimas a la vida en sociedad.

Sin duda un instrumento internacional que destaca es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de Mujeres y Niños de 2001, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Su propósito se centra en la prevención y combate de la trata de personas, procurando el respeto a los derechos humanos y la cooperación de los Estados; pugnando por una lucha decidida

a este ilícito, la protección de las víctimas y testigos, así como su recuperación física y psicológica.<sup>3</sup>

El estado que guarda este tema en México puede consultarse en el estudio realizado por la UNODC: [http://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/Diagnostico\\_trata\\_de\\_personas.pdf](http://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/Diagnostico_trata_de_personas.pdf)

#### 4. Víctimas de trata

##### 4.1. Los derechos de las víctimas

Durante mucho tiempo, las personas que habían sufrido algún menoscabo en bienes jurídicos valiosos y protegidos por el Derecho Penal, no tenían una participación clara en el proceso penal. El propio Estado asumía su representación y la posibilidad de incidir en la investigación o en el juicio eran casi nulas.

Dentro de nuestro moderno Derecho Penal, que parte de la Ilustración, la víctima fue reconocida apenas hace casi 60 años, justo al término de la Segunda Guerra Mundial. La experiencia internacional dejó en claro la necesidad de su participación, aunque este discurso no tuvo gran eco en nuestro país sino en los últimos 20 años, cuando el discurso se transformó en decididas reformas legales sobre la materia, tal como la de la inclusión del entonces apartado B del artículo 20 constitucional.

A partir de entonces, con pálidas reformas en las leyes secundarias, se incrementó la participación de la persona en situación de víctima dentro del drama penal. Sin embargo, la creciente violencia en la que se ha visto inmerso nuestro país ha acelerado los procesos para alcanzar una ingente reforma en la materia hasta alcanzar esta primera etapa del Derecho Victimal, el cual es ese conjunto de derechos que persiguen garantizar la participación de la víctima en el proceso penal y lograr una reparación del daño integral, que se compone no solo del aspecto económico, sino de una asistencia multidisciplinaria que le permita a la persona reiniciar su vida con un nuevo proyecto de vida.

Como se advierte, esta es apenas una etapa inicial de este derecho, donde la curva de aprendizaje

<sup>3</sup> López Benítez, Lilia Mariana, "La trata de personas en la legislación mexicana", en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, No. 4, enero-febrero de 2012, México, INACIPE, 2012, pp. 88-89.

todavía está vigente y, por tanto, está sujeta a cambios institucionales y normativos.

## 4.2. La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de víctimas

El 21 de septiembre de 2000, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al texto constitucional del artículo 20 en el que se incluyó un apartado específico para las víctimas. El discurso había cambiado, y con él, daba inicio a otra visión de las personas que sufren algún delito.<sup>4</sup>

La visión que se tuvo hasta entonces de las personas en condición de víctimas estaba por alcanzar niveles nunca abordados en la legislación mexicana. De nueva cuenta, el texto constitucional fue reformado el 18 de junio de 2008, adicionándose el apartado C de su mismo artículo 20. Junto con la ingente reforma que cambió el paradigma del proceso penal mexicano, se dio inicio a una amplia revisión legislativa para ampliar los derechos de las víctimas, como ocurrió el 9 de enero de 2013 cuando se publicó la Ley General de Víctimas, cuyo texto original fue modificado el 3 de mayo de 2013.

Con el mismo baremo de esta ley, se adecuaron otros cuerpos legales como el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) que, en su artículo 108, define a la víctima como el “sujeto pasivo del delito que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva” y el artículo 109 que prevé una amplia gama de derechos

fundamentales que reiteran el nuevo discurso y enfoque en el procedimiento penal.

A fin de salvaguardar los derechos de las personas en condición de víctima, se creó una institución que con eficacia pudiera hacer efectivos sus derechos, nos referimos, por supuesto, a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, la cual, bajo el modelo establecido en la ley de la materia, le da origen y competencia para conocer de víctimas que hayan sufrido algún delito del fuero federal o se hayan violado sus derechos humanos de manera grave.

Asimismo, dicha ley prevé la obligación de todas las instituciones del Estado a fin de hacer eficaces todos los derechos que a favor de las víctimas se han creado y, en ese sentido, impone a los Estados que componen la Federación crear instituciones homólogas para la atención de las víctimas de delito del orden común.

## 5. La legislación

Pero ¿cómo se ha hecho empatar a esta nueva generación de leyes con el ámbito digital, el cual resulta tan etéreo y, por otra parte, tan defendido por los grupos activistas que ven en la regulación un peligro censor? Bibiana Luz Clara<sup>5</sup> y Andrés Gabriel Murad<sup>6</sup> señalan:

La utilización de las tecnologías de Información y las Telecomunicaciones han provocado un desarrollo inusitado de las relaciones sociales, y comerciales, y toda el área de servicios en general que pueden realizarse vía

<sup>4</sup>Garrido Márquez señala al respecto: “El constituyente de aquellos años iniciaba con una tendencia afortunada para el marco jurídico moderno, pues comenzaba a tomarse en cuenta a la víctima del delito, dado que las tendencias proteccionistas solo abarcaban a los probables responsables de la comisión de la conducta antisocial y no al sujeto pasivo. Pero, aun cuando estaba previsto en el texto constitucional, hacía falta la formulación de leyes que hicieran posible el ejercicio de las prerrogativas del Texto Supremo.

Así, el 27 de noviembre de 2007 se publicó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, con un capítulo para la protección y asistencia a las víctimas de ese delito. Dicha ley —como sabemos— fue abrogada por la del 14 de junio de 2012, y el proyecto que reforma este cuerpo normativo se encuentra en la Cámara de Diputados. De nueva cuenta, el texto constitucional fue reformado el 18 de junio de 2008, adicionándose el apartado C de su mismo artículo 20.

Por otra parte, en materia de secuestro, el 30 de noviembre de 2010, se publicó la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en dicha Materia. Como antecedente más próximo a la publicación de este Código, el 9 de enero de 2013, se publicó la Ley General de Víctimas, este texto fue adecuado el 3 de mayo de 2013, por lo que conviene precisar que este último ordenamiento citado guarda relación con nuestra aportación en este apartado.

Ahora bien, el artículo 108 del Código Nacional define a la víctima como el sujeto pasivo del delito que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Esta interpretación auténtica difiere del contenido de la Ley General de Víctimas, cuya denominación ‘víctima’ incluye al sujeto pasivo del delito, así como a quien resiente una violación a sus derechos humanos”. Garrido Márquez, Giovanna, “Víctima de delito y sistema acusatorio”, en *Temas Fundamentales del Código Nacional de Procedimientos penales*, (Nava Garcés, Alberto, coord.), Porrúa, México, 2015, p. 47.

<sup>5</sup>Abogada y mediadora. Magister en Derecho de Internet y las Telecomunicaciones. Doctoranda de la Universidad de Salamanca. España.

<sup>6</sup>Abogado. Magister en Criminología y Sociología Jurídico-Penal. Universidad de Barcelona.

## Las víctimas de trata y las redes sociales

web a lo largo del planeta, entre personas que sin la existencia de Internet tal vez nunca se habrían conocido. Utilizamos las tecnologías para casi todo, últimamente también para tener autos y edificios inteligentes.

El aumento de las actividades en la sociedad de la información en todos los aspectos de la vida incrementa también las oportunidades, logrando una mejora en el acceso a la información, y a distintas actividades sin necesidad de desplazamientos.

Junto a estas nuevas posibilidades han aparecido algunas conductas antijurídicas, que constituyen nuevas amenazas, y por ello la necesidad de tipificarlas, lo que han dado lugar a los llamados delitos informáticos, que comprenden una gran variedad de acciones.

Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos,<sup>7</sup> los delitos informáticos son aquellos actos ilegales que requieren del conocimiento del uso de la tecnología para su perpetración, investigación o persecución. Donde se considera que el ciberdelito hoy puede ser más dañoso, que el delito físico, aunque aun es difícil medir su incidencia ya que muchas veces sus víctimas no lo denuncian. Millones de ordenadores se conectan todo el tiempo a Internet, pero no todos tienen la protección adecuada para evitar los accesos no autorizados, pudiendo entonces ser víctimas de ataques de ciberdelincuentes.

[...]

Los delitos informáticos requieren de acuerdos internacionales para su persecución y lograr éxito en las investigaciones basado en el apoyo y cooperación entre países. Por ello el 3 de noviembre de 2001 se realizó la reunión de Budapest, Hungría, con la finalidad de lograr la firma de un convenio sobre cibercriminalidad. La ciberseguridad plantea un reto jurídico, técnico e institucional para su correcto abordaje y la debida estrategia de conjunto, requiriendo un enfoque global<sup>8</sup> ya que la tecnología utilizada en casi todo el mundo es básicamente la misma en estos momentos, y facilita que sean transfronterizos.

La Convención de Budapest en su preámbulo ratifica el convencimiento de los Estados parte de “aplicar, con

carácter prioritario, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia”. Al mismo tiempo, llama la atención acerca de la “necesidad de garantizar el debido equilibrio entre los intereses de la acción penal y el respeto de los derechos humanos fundamentales” consagrados en los diversos tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos.<sup>9</sup>

Lo expresado en la Convención no hace más que confirmar el complejo equilibrio que debe guardar el derecho doméstico al momento de consagrar legislativamente la persecución de este tipo de delitos. Dando cuenta de las tensiones entre políticas de persecución criminal en los modernos Estados de Derecho y las limitaciones a ese poder punitivo, o violencia aplicada legalmente por el Estado, podemos escribir la historia del derecho penal liberal.<sup>10</sup>

En México, se han hecho coqueteos con la adhesión al convenio de cibercriminalidad, pero solo ha llegado a eso, a meras declaraciones sin que se comprometa el Estado mexicano a proteger estos bienes valiosos que se ven potencialmente afectados con el mal uso de las nuevas tecnologías. No hay adhesión y mucho menos la ratificación de un convenio que, a casi 18 años de distancia se antoja con visos de obsolescencia.

Así tenemos que, de manera deshilvanada, por un lado, se establecen normas para proteger a las víctimas y, por otro, se deja un nicho vacío para regular adecuadamente el mal uso de las nuevas tecnologías.

### *5.1. 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*

A pesar de que el delito de trata es uno de los más relictos para la delincuencia organizada, no fue sino hace poco más de una década que se abordó el tema, con el fin de establecer en una sola ley, de aplicación

<sup>7</sup> www.cybercrime.gov

<sup>8</sup> Global Cybersecurity Agenda (GCA): <http://www.itu.int/cybersecurity/gca/>

<sup>9</sup> Convenio sobre la ciberdelincuencia, Budapest, 23.XI.2001, Preámbulo. El Convenio sobre ciberdelincuencia, también conocido como el Convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia o simplemente como Convenio Budapest, es el primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en internet mediante la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y el aumento de la cooperación entre las naciones fue elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la participación activa de los estados observadores de Canadá, Japón y China.

<sup>10</sup> Luz Clara, Bibiana y Gabriel Murad, Andrés, “Delitos y tecnologías de información”, en *Ciberdelitos*, (Nava Garcés, Alberto, coord.), INACIPE, México, 2018.

para todo el territorio nacional (México) y en sus ámbitos local y federal, que abarcara las distintas modalidades de la trata, así como distinguir los bienes jurídicos valiosos a proteger, según lo establece el artículo 2 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*:

## Objeto de la ley

**Artículo 2o.** Esta Ley tiene por objeto:

- I. Establecer competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas entre los Gobiernos Federal, Estatales, del Distrito Federal y Municipales;
- II. **Establecer los tipos penales en materia de trata de personas y sus sanciones;**
- III. Determinar los procedimientos penales aplicables a estos delitos;
- IV. La distribución de competencias y formas de coordinación en materia de protección y asistencia a las víctimas de los delitos objeto de esta Ley;
- V. **Establecer mecanismos efectivos para tutelar la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de niñas, niños y adolescentes, cuando sean amenazados o lesionados por la comisión de los delitos objeto de esta Ley;** y
- VI. Reparar el daño a las víctimas de trata de personas de manera integral, adecuada, eficaz y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida.

Con esta ley advertimos que se pretende normar un amplio margen de las actividades del Estado relacionadas con el delito de trata de personas, pues abarca desde la tipificación del delito, su prevención, investigación y sanción (regulando ampliamente el rubro de la reparación del daño) e incluso un ámbito de protección especial para menores de edad amenazados o lesionados por este delito.

Podríamos referir que dentro del objeto de esta ley, se plasman los bienes jurídicos que se van a tutelar a través de la norma penal, pues la fracción V de este artículo puntualiza que se establecerán mecanismos efectivos para tutelar diversos bienes jurídicos: la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la

seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, la ley en comento prevé una amplia gama de derechos a observar para la protección de las víctimas y un mínimo de garantías que debe cumplir el Estado para prevenir que ocurra este delito en cualquiera de sus modalidades.

Por último, la ley establece las distintas conductas sobre cómo puede actualizarse el delito de trata y sus respectivas sanciones; sin embargo, su redacción resulta a veces atinada y otras tantas ambigua, pues no es difícil que se confunda con otras leyes que atienden la cuestión de los órganos y su tráfico, o bien, con lo relativo a la explotación laboral que no es la manera adecuada de acometer este delito.

Aun con una desorganizada legislación al respecto, se establecieron mecanismos eficaces para contrarrestar el delito de trata. A guisa de ejemplo, se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual establece:

**Artículo 50 Bis.** En materia federal, la **autorización para intervenir comunicaciones privadas** será otorgada por el Juez de control, de conformidad con lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, la Ley de la Policía Federal, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro o 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**, según corresponda.

**Artículo 50 Ter.** Cuando la solicitud de **autorización de intervención de comunicaciones privadas** se solicite por el titular del Ministerio Público de las entidades federativas será otorgada de conformidad con lo previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro o 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**, incluyendo todos aquellos delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa en los términos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo a su legislación.

Lo anterior se hizo con el fin de contribuir a las pesquisas que den con el rostro de los perpetradores de estos delitos, pues, las propias tecnologías les han permitido realizar el enganche de las personas, a través del anonimato de la red y la ingeniería social de la que se valen y que, al final de todo esto, no es con leyes sino con cultura de prevención como se debe afrontar este gran problema. Se debe revelar el rostro del delincuente que intenta enganchar mujeres, niños, migrantes, entre otros grupos vulnerables, que representan las víctimas potenciales.

## 6. El delito en la red, la identificación del victimario

¿Cómo se revela el rostro del delincuente detrás de la red?, ¿cómo se explica su simulación y sus fines? Se debe buscar no solo la punta del *iceberg*, también la forma de dismantelar la organización, sus estructuras, sus jerarquías y que, cada cual, en el ámbito de su responsabilidad, cumpla con la sanción prevista en la ley.

Son diversos los criterios que involucran a las nuevas tecnologías con los delitos en materia de trata. Los tres criterios que invocamos a continuación, dan una pálida imagen de lo que, en la cotidianidad aparece ante los tribunales:

Época: Décima Época

Registro: 2014798

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 44, Julio de 2017, Tomo II

Materia(s): Penal

Tesis: I.7o.P.76 P (10a.)

Página: 1187

TRATA DE PERSONAS. PARA ACREDITAR EL ELEMENTO “APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN QUE SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA”, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ANÁLISIS PARA ESTABLECER DE QUÉ FORMA AQUÉLLA ES UN FACTOR DETERMINANTE PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESTE DELITO.

En términos del artículo 4o., fracción XVII, 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, la situación de vulnerabilidad es la condición particular de la víctima que pueda derivar en que el sujeto pasivo realice la actividad, servicio o labor que le pide o exige el sujeto activo, derivada de las circunstancias previstas en los incisos del a) al h) del numeral invocado. Entonces, cuando el tipo penal previsto en esa ley general establece como elemento del delito el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, se tendrá por acreditado cuando se configuren los siguientes supuestos: a) que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de vulnerabilidad y, b) que el sujeto activo se aproveche de ésta. Consecuentemente, no basta acreditar que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de vulnerabilidad, sino que, derivado de ese estado, a éste no le quedó otra opción más que aceptar las condiciones que unilateralmente estableció el sujeto activo para realizar la actividad, servicio o labor exigidos. Esto es, para tener por acreditado ese elemento del delito, el juzgador habrá de realizar un análisis para establecer de qué forma la situación de vulnerabilidad fue el factor determinante para que, sin éste, el sujeto pasivo no hubiera resentido la conducta delictiva desplegada en su persona por el activo.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 206/2016. 23 de marzo de 2017. Mayoría de votos. Disidente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Ponente: Ricardo Paredes Calderón. Secretaria: Yoalli Trinidad Montes Ortega.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de julio de 2017 a las 10:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2010454

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo IV

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: I.5o.P.42 P (10a.)

Página: 3603

PRUEBA ILÍCITA. NO LA CONSTITUYE LA OBTENCIÓN DE LA IMPRESIÓN FOTOGRÁFICA DEL PERFIL DEL IMPUTADO EN UNA RED SOCIAL (FACEBOOK) EN CUYAS POLÍTICAS DE PRIVACIDAD SE ESTABLECE QUE AQUÉLLA ES PÚBLICA (LEGISLACIÓN PARA EL DISTRITO FEDERAL).



Conforme con la tesis aislada 1a. CLVIII/2011 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 217, de rubro: “DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALIZA LA COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN.”, todas las formas existentes de comunicación y aquellas que sean fruto de la evolución tecnológica, deben quedar protegidas por el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Ahora bien, constituye “prueba ilícita” cualquier elemento probatorio que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a derechos fundamentales, como son la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, de manera que cuando la prueba es obtenida mediante una conducta dolosa transgresora de derechos humanos, será espuria, y como tal, deberá privársele de todo efecto jurídico en el proceso penal en atención al respeto de las garantías constitucionales. Por otra parte, a toda persona asiste el derecho humano a la vida privada (o intimidad), cuya noción atañe a la esfera de la vida en la que puede expresar libremente su identidad, en sus relaciones con los demás, o en lo individual. Este derecho a la vida privada tiene vinculación con otros, como aquellos respecto de los registros personales y los relacionados con la recopilación e inscripción de información personal en bancos de datos y otros dispositivos, que no pueden ser invadidos sin el consentimiento de su titular. En esta tesitura, partiendo de lo dispuesto en el artículo 135, párrafo penúltimo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la información contenida en páginas de Internet, constituye un adelanto científico que puede resultar útil como medio probatorio, siempre que para su obtención no se utilicen mecanismos para violar la privacidad de las personas. Bajo tal contexto, y tomando en cuenta que dentro de las políticas de privacidad que se establecen en la red social (facebook), si bien cada usuario es libre de administrar el contenido y la información que publica o comparte, no obstante, entre esos lineamientos se establece que la fotografía del perfil “es pública”, por consiguiente, quien decide usar dicha red social, asume las “políticas de privacidad” que la misma determina, entre las cuales se encuentra la citada, y en ese orden, no puede calificarse como “prueba ilícita” la obtención de la impresión fotográfica del imputado cuando, para conseguirla, la ofendida no hizo otra cosa que acceder a la red social mencionada, e introducir ver-

siones del nombre que recordaba de su probable agresor, comportamiento que bajo ninguna perspectiva puede calificarse como ilegal o violatorio de los derechos humanos del quejoso.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 141/2015. 18 de septiembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de noviembre de 2015 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2013524

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV

Materia(s): Penal

Tesis: I.2o.P.49 P (10a.)

Página: 2609

PRUEBA ELECTRÓNICA O DIGITAL EN EL PROCESO PENAL. LAS EVIDENCIAS PROVENIENTES DE UNA COMUNICACIÓN PRIVADA LLEVADA A CABO EN UNA RED SOCIAL, VÍA MENSAJERÍA SINCRÓNICA (CHAT), PARA QUE TENGAN EFICACIA PROBATORIA DEBEN SATISFACER COMO ESTÁNDAR MÍNIMO, HABER SIDO OBTENIDAS LÍCITAMENTE Y QUE SU RECOLECCIÓN CONSTE EN UNA CADENA DE CUSTODIA.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se extiende a las llevadas a cabo mediante cualquier medio o artificio técnico desarrollado a la luz de las nuevas tecnologías, desde el correo o telégrafo, pasando por el teléfono alámbrico y móvil, hasta las comunicaciones que se producen mediante sistemas de correo electrónico, mensajería sincrónica (chat), en tiempo real o instantánea asincrónica, intercambio de archivos en línea y redes sociales. En consecuencia, para que su aportación a un proceso penal pueda ser eficaz, la comunicación debe allegarse lícitamente, mediante autorización judicial para su intervención o a través del levantamiento del secreto por uno de sus participantes pues, de lo contrario, sería una prueba ilícita, por haber sido obtenida mediante violación a derechos fundamentales, con su consecuente nulidad y ex-

## Las víctimas de trata y las redes sociales

clusión valorativa. De igual forma, dada la naturaleza de los medios electrónicos, generalmente intangibles hasta en tanto son reproducidos en una pantalla o impresos, fácilmente susceptibles de manipulación y alteración, ello exige que para constatar la veracidad de su origen y contenido, en su recolección sea necesaria la existencia de los registros condignos que a guisa de cadena de custodia, satisfagan el principio de mismidad que ésta persigue, o sea, que el contenido que obra en la fuente digital sea el mismo que se aporta al proceso. Así, de no reunirse los requisitos mínimos enunciados, los indicios que eventualmente se puedan generar, no tendrían eficacia probatoria en el proceso penal, ya sea por la ilicitud de su obtención o por la falta de fiabilidad en ésta.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 97/2016. 11 de agosto de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Gómez Sánchez. Secretario: Fernando Emmanuelle Ortiz Sánchez.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de enero de 2017 a las 10:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Como puede verse, cuando se habla de trata, se habla de un problema colosal que ha crecido de manera exponencial y paralelamente a otros problemas como el narcotráfico en México. Cuando se hace referencia a la despenalización de las drogas, no se atiende al hecho que los grandes gananciales de la delincuencia organizada se habrán de orientar hacia la trata, la extorsión, el robo, el despojo y, por tanto, la política criminal habrá fallado de manera rotunda una vez más.

Es importante recalcar la importancia de cortar de tajo los actos previos, pues si no se previene la ingeniería social para enganchar personas, lo cual sirva decirlo, también puede ocurrir por medio de la amenaza, se dejarían de atender los nichos de impunidad formados por una deficiente legislación que no se ha adaptado a la Convención de Budapest, ni ha hecho lo propio por adelantarse a castigar los actos encaminados a la realización del delito de trata en sus distintas modalidades.

## 7. Bibliografía

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000, (Convención de Palermo).
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Budapest, 23.XI.2001.
- Estudio sobre el delito de trata realizado por la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito), disponible en [http://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/Diagnostico\\_trata\\_de\\_personas.pdf](http://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/Diagnostico_trata_de_personas.pdf)
- Garrido Márquez, Giovanna, “Víctima de delito y sistema acusatorio”, en *Temas Fundamentales del Código Nacional de Procedimientos penales*, (Nava Garcés, Alberto, coord.), Porrúa, México, 2015, p. 47.
- Global Cybersecurity Agenda (GCA), disponible en <http://www.itu.int/cybersecurity/gca/>
- López Benítez, Lilia Mariana, “La trata de personas en la legislación mexicana”, *Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis*, No. 4, México, INACIPE, enero-febrero de 2012, pág. 88-89.
- Martínez, Isabel, “Trata de mujeres: protección a víctimas y proceso penal”, *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, Criminogénesis*, No. 8, México, 2011, pág. 59-75.
- Nava Garcés, Alberto, *et al*, *Ciberdelitos*, INACIPE, México, 2018.
- \_\_\_\_\_, *Temas Fundamentales del Código Nacional de Procedimientos penales*, Porrúa, México, 2015.
- Preámbulo del 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. (PPRSTPEMN), disponible en [www.cybercrime.gov](http://www.cybercrime.gov)



## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares



José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad de Oviedo  
paredesmanuel@uniovi.es

**RESUMEN:** *El terrorismo es una estrategia político-militar racional, dirigida a obtener logros políticos a través del uso de la fuerza armada. Sin embargo, se trata de una estrategia que, por regla general, está abocada al fracaso, a causa de sus limitaciones. Debido a ello, es preciso poner en cuestión la relación (que se pretende íntima) entre la amenaza real constituida por el terrorismo y las estrategias antiterroristas predominantemente “securitarias” puestas en práctica por los Estados. Estas estrategias resultan dudosamente eficaces y nada eficientes, y solo pueden explicarse por razones políticas espurias, no por necesidades político-criminales reales. Así, una estrategia antiterrorista alternativa es no solo posible, sino también más efectiva (además de moralmente más justificable).*

**PALABRAS CLAVE:** *Terrorismo, estrategia politico-militar, antiterrorismo.*

**ABSTRACT:** *Terrorism is a rational political and military strategy, aimed at obtaining political achievements through the use of armed force. However, it is a strategy that, as a rule, is doomed to failure, because of its limitations. Because of this, it is necessary to question the relationship (which is intended to be intimate) between the real threat constituted by terrorism and the predominantly security-oriented counterterrorism strategies put into practice by the states. These strategies are dubiously effective and inefficient, and can only be explained by spurious political reasons, not by actual penal objectives. Thus, an alternative counterterrorist strategy is not only possible, but would also be more effective (and morally more justifiable).*

**KEY WORDS:** *Terrorism, political and military strategy, counterterrorism.*

**SUMARIO:** *1. Terrorismo y antiterrorismo, desde un punto de vista geopolítico. 2. La estrategia terrorista (1): características. 3. La estrategia terrorista (2): deficiencias. 4. La estrategia antiterrorista (1): características. 5. La estrategia antiterrorista (2): deficiencias. 6. Las limitaciones del antiterrorismo “securitario”. 7. Estrategias antiterroristas alternativas. 8. Conclusión: terrorismo y seguridad nacional.*

## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

**1. Terrorismo y antiterrorismo, desde un punto de vista geopolítico**

El presente trabajo tiene por objeto examinar los fenómenos (aproximadamente paralelos) del “terrorismo”<sup>1</sup> y de las respuestas estatales al mismo desde el punto de vista de los intervinientes. Esto es, desde la perspectiva de los sujetos (grupos armados, Estados) que ejercitan cada una estas clases de prácticas de poder. No se pretende, pues, ni analizar las causas (socio-políticas) que conducen a dichos sujetos a comprometerse con tales prácticas, ni tampoco valorar estas desde un punto de vista normativo (ni moral ni jurídico). Lo que se intenta, por el contrario, es más bien comprender las razones que les guían, en sus decisiones concretas de actuar —o no— de determinadas maneras (terroristas o antiterroristas). Todo esto con el fin de intentar entender la lógica estratégica subyacente a los procesos de toma de decisiones de Estados y de grupos armados: sus razones, sus debilidades, sus fortalezas, sus alternativas de actuación, los efectos previsibles de sus decisiones.<sup>2</sup>

Se trata, por lo tanto, de examinar terrorismo y antiterrorismo desde una perspectiva eminentemente geopolítica. La geopolítica, en tanto que disciplina, podría ser definida como el estudio de los discursos y prácticas de poder ejercidos sobre el espacio. Y el discurso geopolítico podría serlo como aquella parte del pensamiento práctico acerca de la política que codifica los proyectos de agencia sobre el espacio de un determinado operador de poder.<sup>3</sup> El discurso geopolítico ha sido tradicionalmente —

sigue siéndolo, de modo predominante— cuestión de élites: de las élites de los Estados y de otras organizaciones acaparadoras de poder (transnacionales, organismos internacionales, etc.) y de la parte más poderosa de dichos agentes (de las “grandes potencias”). Pero, desde luego, también puede ser asumido y adaptado a sus propios fines por otros actores: señaladamente, en lo que nosotros aquí nos interesa, por los grupos armados. Y puede ser examinado y (re)interpretado, asimismo, desde una perspectiva crítica.<sup>4</sup>

**2. La estrategia terrorista (1): características**

En el ámbito de las ciencias sociales, existe un riesgo evidente de que el conocimiento de los hechos se vea impedido por la cercanía excesiva (psíquica y/o social) del observador a la realidad observada. Este riesgo se agudiza aún más cuando, como es frecuente, el conocimiento social posee implicaciones de naturaleza política: sobre la distribución del poder, sobre su legitimidad, sobre la sumisión al mismo.<sup>5</sup> En el caso del conjunto de fenómenos que se ha dado por denominar “terrorismo”, la existencia de este riesgo resulta evidente: con demasiada frecuencia, incluso observadores que se pretenden objetivos y científicos tienden a dar por buenas explicaciones del fenómeno que no pasan de mera propaganda o, a lo sumo, de reacciones irracionalmente emocionales frente al mismo.<sup>6</sup> Así, no es infrecuente escuchar afirmaciones como las siguientes:

<sup>1</sup> Las comillas vienen a cuento porque, como en otro lugar he argumentado en detalle (Paredes Castañón, J. M., «El “terrorista” ante el Derecho Penal: por una política criminal intercultural». En Serrano Piedecabras, J. R. / Demetrio Crespo, E. (Eds.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 158-173), el término “terrorismo” es, en su uso habitual, tan vago que permite designar casi cualquier fenómeno de desviación social de la suficiente entidad. Y tan cargado de connotaciones valorativas (peyorativas) que sirve como epíteto idóneo para cualquier suerte de campaña propagandística en el ámbito político.

<sup>2</sup> Todo ello, por supuesto, puede ser útil para desarrollar teorías analíticas sobre las dinámicas causales del terrorismo y del antiterrorismo, así como para diseñar políticas públicas (y regulaciones legales) dirigidas a mejorar la respuesta estatal frente al terrorismo y a minimizar los riesgos de aparición de este, y su peligrosidad y lesividad allí donde aparece. Pero ninguno de tales desarrollos será abordado aquí.

<sup>3</sup> Fling, C., *Introduction to Geopolitics*, London / New York, Routledge, 2006, pp. 13-17.

<sup>4</sup> Vid. Ó Tuathail, G., *Critical Geopolitics*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1996, pp. 57 y ss.

<sup>5</sup> Foucault, M., *Las palabras y las cosas*, Trad. E. C. Frost, Buenos Aires, Siglo XXI, 1968, pp. 334 y ss.; Foucault, *La arqueología del saber*, Trad. A. Garzón del Camino, México, Siglo XIX, 1970, pp. 304 y ss.; Foucault, *El orden del discurso*, Trad. A. González Troyano, Barcelona, Tusquets, 1973, pp. 14 y ss.; Foucault, *Historia de la sexualidad, I (La voluntad del saber)*, Trad. U. Guiñazú, Buenos Aires, Siglo XXI, 1977, pp. 109-125.

<sup>6</sup> Como señalan Jarvis, L. / Lister, M., «‘I read in the FT’: ‘everyday’ knowledge of counter-terrorism and its articulation», en Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, London / New York, Routledge, 2015, pp. 125-127, en realidad no existe un conocimiento popular estable acerca del terrorismo, sino que lo que existe al respecto es mucha incertidumbre. De hecho, tampoco el discurso que se difunde sobre el tema desde el Estado es plenamente hegemónico, sino que suscita dudas y desconfianza. Pero, al no existir un acceso efectivo

- Que el terrorismo es un fenómeno amorfo, esencialmente irracional, sin otro contenido político apreciable que el puramente expresivo.<sup>7</sup>
- Que es el producto natural de injusticias o reivindicaciones insatisfechas.<sup>8</sup>
- Que es siempre el “arma de los pobres”, derivada de la debilidad militar de quienes la emplean.<sup>9</sup>
- Que, en fin, el terrorismo es una forma de la guerra de guerrillas.<sup>10</sup>

Y, sin embargo, cuando uno se aproxima a la evidencia empírica disponible al respecto, ninguna de estas afirmaciones se revela exacta: los grupos armados “terroristas” actúan con objetivos eminentemente políticos, con el fin de acceder a o modificar relaciones de poder político. La existencia de conflictos políticos subyacentes no es condición suficiente para el surgimiento de actuaciones terroristas<sup>11</sup> (y, en rigor, ni siquiera es una condición necesaria, aunque sea lo más habitual que el conflicto exista).<sup>12</sup> El terrorismo es empleado por actores políticos militarmente débiles, pero también por Estados militarmente muy poderosos.<sup>13</sup> Y, en fin, la relación entre terrorismo y guerra de guerrillas es meramente contingente, puesto

que, si a veces las guerrillas emplean el terrorismo, también lo hacen los ejércitos convencionales.<sup>14</sup>

Por el contrario, sugiero (siguiendo en esto a la mejor teoría social sobre la materia) que el terrorismo es, ciertamente, una forma de acción política. Pero no cualquiera, sino una que responde a una opción estratégica muy determinada.<sup>15</sup> Por estrategia política, aquí hay que entender un plan de acción a medio y largo plazos, dirigido a obtener determinados objetivos políticos: acceder a una determinada posición de poder político y/o modificar la posición de poder político ostentada por otros agentes.<sup>16</sup> La estrategia pretende ser siempre una herramienta para el control de la incertidumbre, en la que se determinan unos objetivos políticos viables, que habrán de ser arrancados al puro azar, y determina igualmente la gestión óptima de los recursos disponibles con el fin de lograr tales objetivos. Gestión que, en el caso de las estrategias políticas, pasa por: a) la determinación de las coaliciones que se pretende construir; b) la selección de la información que se pretende difundir; y c) el tipo y grado de uso de la violencia que se pretende emplear.<sup>17</sup>

Dentro de este marco, la estrategia política (político-militar) terrorista se caracteriza por el hecho de

---

a fuentes alternativas de discurso crítico, lo que se produce es una aquiescencia (desconfiada) al discurso emitido desde el poder estatal. Pero no tanto porque exista consenso, sino por falta de perspectivas alternativas.

<sup>7</sup> Jackson, R., *Writing the War on Terrorism*, Manchester, Manchester University Press, 2005, pp. 59 y ss.

<sup>8</sup> Jenkins, B. M., *Terrorism: A New Kind of Warfare*. Santa Monica. RAND Corporation, 1974, pp. 2-3; Hoffman, Bruce, *Inside Terrorism*, 2ª edición, New York, Columbia University Press, 2006, pp. 37, 64-65, 130; Thaler, D. E. / Brown, R. A. / González, G. C. / Mobley, B. W. / Roshan, P., *Improving the U.S. Military's Understanding of Unstable Environments Vulnerable to Violent Extremist Groups. Insights from Social Science*, Santa Monica, RAND Corporation, 2013, pp. 21-29.

<sup>9</sup> Davis, M., *El coche de Buda. Breve historia del coche bomba*, Trad. J. Mundó, Barcelona, El Viejo Topo, 2009, pp. 16 y ss.

<sup>10</sup> Clutterbuck, L. / Rosenau, W., «Subversion as a Facet of Terrorism and Insurgency: The Case for a Twenty-First Century Approach», *Strategic Insights*, 8, 2009; Stampnitzky, L., *Disciplining Terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 49 y ss..

<sup>11</sup> Crenshaw, M., «The Logic of Terrorism: Terrorist Behavior as a Product of a Strategic Choice», en Reich, W. (Ed.), *Origins of Terrorism: Psychologies, Ideologies, Theologies, States of Mind*, Washington, Woodrow Wilson Center Press, 1998, p.11; Laqueur, W., *A History of Terrorism*, 3ª edición, New Brunswick, Transaction, 2002, pp. 136-142; Levin, R. / Asal, V., «Do Different Definitions of Terrorism Alter Its Causal Story?», en Stohl, M. / Burchill, R. / Englund, S. (Eds.), *Constructions of Terrorism*, Oakland. University of California Press, 2017, pp. 156-160.

<sup>12</sup> Es lo más habitual, pero no es imprescindible: pensemos en el caso –ciertamente, excepcional- de Theodore John Kaczynski, más conocido como “Unabomber”, que empleó una estrategia terrorista en un contexto en el que no existía ningún conflicto político realmente abierto (aunque, desde luego, él, en su mente, sí que pensaba que existía).

<sup>13</sup> May, W. F., «Terrorism as Strategy and Ecstasy», *Social Research*, 41, 1974, pp. 277 y ss; Lewis, O., «Conceptualizing State Counterterrorism», en Ramaniuk, S. N. / Grice, F. / Irrera, D. / Webb, S. (Eds.), *The Palgrave Handbook of Global Counterterrorism Policy*, London, Palgrave MacMillan, 2017, pp. 15; Schanzer, D. H., «Terrorism as Tactic», en Stohl / Burchill / Englund (Eds.), *Constructions of Terrorism*, cit., pp. 42-49.

<sup>14</sup> Laqueur, *Terrorism*, cit., pp. 82-83; Neumann, P. R. / Smith, M. L. R., *The Strategy of Terrorism*, London / New York, Routledge, 2008, pp. 15-22; Wilkinson, P., *Terrorism Versus Democracy. The liberal state response*, 3ª edición. London / New York, Routledge, 2011, pp. 10.

<sup>15</sup> Crenshaw, en Reich (Ed.), *Origins of Terrorism*, cit., pp. 7-10; Neumann / Smith. *Strategy*, cit., pp. 27-30; González Calleja, E., *El laboratorio del miedo. Una historia general del terrorismo*, Barcelona, Crítica, 2013, pp. 65-77.

<sup>16</sup> Siguiendo a Michael Mann (Mann, M., *Las fuentes del poder social*, I, Trad. F. Santos Fontenla, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 49), entiendo por poder político el poder para regular de manera centralizada y territorial la vida social.

<sup>17</sup> Freedman, L., *Estrategia. Una historia*, Trad. J. C. Vales, Madrid, La Esfera de los Libros, 2016, pp. 14-17.



## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

que su objetivo principal no es matar o destruir (esto son solamente medios), sino más bien quebrantar el espíritu y crear una situación psicosocial en el grupo destinatario, con el fin de promover un cambio en sus políticas.<sup>18</sup> Se trata, pues, de una suerte de “diplomacia coercitiva”, que pretende obligar al grupo destinatario a plantearse la siguiente cuestión: ¿Merece la pena el coste que estamos pagando por mantener nuestra política?

La estrategia terrorista tiene tres pasos:<sup>19</sup>

- 1º) Desorientación del enemigo: Poner en cuestión, a través de las acciones armadas, la identidad política compartida, el discurso hegemónico y la apariencia de aquiescencia y la capacidad del Estado para garantizar la seguridad.
- 2º) Reacción del Estado amenazado:<sup>20</sup> Provocar bien una sobrerreacción (no solo contra miembros del grupo armado, sino también contra sus simpatizantes, contra los movimientos sociales o de protesta, contra el grupo social al que el grupo armado dice representar, etc.); o bien una reacción de apaciguamiento. En todo caso, de cara al grupo destinatario, se trata de transmitir el mensaje de que el Estado ha perdido el control.
- 3º) Construir una nueva legitimidad: Lograr atención al mensaje político del grupo armado, generar redes sociales de apoyo.

El terrorismo es, pues, siempre político: actúa en nombre de un grupo social (etnia, nación, corriente ideológica, etc.), al que se atribuye una identidad política diferenciada; y va dirigido contra otro grupo social. Así:

- El grupo terrorista ha de construir, a través de sus acciones armadas y de la interpretación que propone para las mismas, un discurso sobre su legitimidad, dirigido a aquellos a quienes dice representar.<sup>21</sup>
- Frente a los destinatarios de sus acciones, ha de elaborar una campaña de acción psicológica (en el sentido militar del término):<sup>22</sup> un discurso de amenaza, de miedo, de promesas, de apología del derrotismo...<sup>23</sup>

### 3. La estrategia terrorista (2): deficiencias

Que la estrategia político-militar terrorista sea racional (en tanto que constituye una articulación de los medios que el Estado o grupo armado tiene a su disposición, dirigida a optimizar su eficacia, con el fin de lograr ganancias en términos de poder político) no significa, sin embargo, que sea una estrategia inteligente, ganadora. Antes al contrario, lo que parece demostrar la evidencia empírica disponible es que la estrategia terrorista solo logra resultados allí donde es parte de una estrategia político-militar mucho más amplia: en el caso de los Estados, cuando el empleo del terrorismo (“terrorismo de Estado”)<sup>24</sup> se incardina en un plan que contenga una estrategia más integral de contrainsurgencia y/o medidas de índole no militar dirigidas a crear consenso, legitimidad y obediencia entre la población; y, en el caso de los grupos armados no estatales, cuando el terrorismo es tan solo una etapa, o una parte, de una estrategia insurgente más ambiciosa (orientada hacia el control político de territorio y de población).

<sup>18</sup> Townshend, C., *Terrorismo. Una breve introducción*, Trad. J. Braga Riera, Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 21-32. En Paredes Castañón, en Serrano Piedecasas / Demetrio Crespo (Eds.), *Terrorismo, cit.*, pp. 159-160, recogía ya la propuesta de definición de Uwe Steinhoff (Steinhoff, U., *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p.122.), que me parece particularmente apropiada para hacer una definición estricta del terrorismo como estrategia: “Terrorismo es la estrategia de influir sobre el comportamiento, las percepciones, las creencias o las actitudes de otros distintos de las víctimas inmediatas o blancos de la violencia, a través la amenaza (hecha creíble mediante la realización de un acto o serie de actos en consonancia con la misma) de llevar a cabo de forma reiterada homicidios, daños graves a personas inocentes o destrucción o daños graves a sus propiedades. Son ‘actos terroristas’ esos ataques graves contra inocentes o contra sus propiedades que formen parte de tal estrategia”.

<sup>19</sup> Neumann / Smith, *Strategy, cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>20</sup> McCauley, C., «Constructing Terrorism», en Stohl / Burchill / Englund (Eds.), *Constructions of Terrorism, cit.*, pp. 84-87.

<sup>21</sup> Neumann / Smith, *Strategy, cit.*, pp. 46-54.

<sup>22</sup> Vid. U.S. Army, *Psyop: Military Psychological Operations Manual*, London, Mind Control Publishing, 2009, pp. 1.2-1.3.

<sup>23</sup> Neumann / Smith, *Strategy, cit.*, pp. 32-39.

<sup>24</sup> Sobre el concepto de terrorismo de Estado, vid. Blakeley, R., *State Terrorism and Neoliberalism*, London / New York, Routledge, 2009, pp. 26 y ss.

Y es que ocurre que, en tanto que estrategia político-militar (exclusiva), el terrorismo revela al menos dos debilidades relevantes que pueden ser letales para su eficacia:

1) La estrategia terrorista tiende a sobrevalorar la capacidad de las acciones armadas para provocar miedo en el grupo social destinatario del terror y a minusvalorar, en cambio, la resiliencia del mismo (y, en general, de la sociedad en la que las acciones terroristas tienen lugar). Debido a que usualmente prescinde de dos fenómenos psicosociales, perfectamente acreditados en términos empíricos:

- De una parte, el efecto de habituación (al riesgo terrorista) que hace que, de manera progresiva, el estímulo de las acciones armadas repetidas tienda a producir un incremento cada vez menor en el grado de ansiedad de la comunidad y de los individuos.<sup>25</sup>
- Y, de otra, la solidez de los lazos sociales, tanto de solidaridad como de obediencia, que hace que frecuentemente la reacción frente a la actuación terrorista sea una reacción de preparación, antes que de pánico y de desintegración social.<sup>26</sup>

De hecho, la evidencia empírica parece indicar que, en ausencia de una estrategia más amplia y ambiciosa, las actuaciones terroristas se revelan incapaces de lograr éxitos militares de entidad (y, *a fortiori*, menos aún los éxitos políticos perseguidos), si no es en el caso de sociedades hondamente fracturadas y en las que la legitimidad de la dominación política imperan-

te ha sido ya previamente (a raíz de otros fenómenos) puesta en cuestión.<sup>27</sup>

2) La estrategia terrorista depende, para su efectividad, de que funcione la lógica de la escalada militar constante: a tenor de la misma, las acciones armadas del Estado o grupo armado terrorista deben ir incrementando constantemente su potencia letal (para mantener, e incluso incrementar, su eficacia comunicativa). Esta dinámica de escalada se ve, sin embargo, amenazada al menos por tres factores:

- Por las limitaciones en la disponibilidad de recursos militares. Ello es especialmente pertinente en el caso de los grupos armados no estatales: estos (aunque con grandes diferencias entre ellos) suelen tener graves dificultades para superar ciertos umbrales de capacidad militar, pues la clandestinidad de la organización, las limitaciones del mercado ilegal de armas, etc. se lo impiden.<sup>28</sup>
- Por el grave riesgo de que la escalada militar produzca efectos políticos adversos en el “campo amigo”: esto es, en el grupo social al que el grupo armado o Estado dice representar. En efecto, un aumento de la letalidad de las acciones armadas puede producir fácilmente una reacción de rechazo y/o distanciamiento, incluso de parte de quienes comparten los objetivos políticos de la organización armada.<sup>29</sup>
- Por el riesgo de que el enemigo reaccione, también militarmente, de manera tan contundente como para poner en riesgo la supervivencia de la organización terrorista.<sup>30</sup> Otra vez, este riesgo es mucho más alto para los grupos terroristas no estatales: dadas las

<sup>25</sup> Neumann/ Smith, *Strategy*, cit., pp. 57-61. Existe ya relevante evidencia empírica sobre el desarrollo de este efecto de habituación: cfr., por todos, Waxman, D., «Living with terror, not Living in Terror: The Impact of Chronic Terrorism on Israeli Society», en *Perspectives on Terrorism*, 5, 2011.

<sup>26</sup> Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 61-66. Para la evidencia empírica al respecto, cfr. Kirschenbaum, A., *Surviving Terror Threats through Adaptive Behaviors: The Israeli Experience*, 2005. (Disponible en: [http://www.dscrm.org/cms/uploads/esa2005/S7\\_Kirschenbaum.pdf](http://www.dscrm.org/cms/uploads/esa2005/S7_Kirschenbaum.pdf) Fecha de consulta: 19/12/2017).

<sup>27</sup> El ejemplo paradigmático (y casi único) de esta situación son las sociedades colonizadas, muy alejadas de la metrópoli, con una presencia muy minoritaria de nacionales de esta y con un respaldo social generalizado a la causa independentista (Laqueur, *Terrorism*, cit., pp. 118-119): Palestina, Argelia, ... Incluso en estos casos, la mayoría de las veces el terrorismo se reveló insuficiente como estrategia de guerra.

<sup>28</sup> Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 79.

<sup>29</sup> Crenshaw, en Reich (Ed.), *Origins of Terrorism*, cit., p. 17; Neumann / Smith, *Strategy*, cit., p. 82; Cronin, A. K., *How Terrorism Ends*, Princeton / Oxford, Princeton University Press, 2009, pp. 110-114.

<sup>30</sup> Crenshaw, en Reich (Ed.), *Origins of Terrorism*, cit., pp. 19; Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 83-84.

## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

habituales limitaciones de su capacidad militar, la posibilidad de que el Estado al que atacan reaccione a través de medios militarmente muy destructivos y que ello pueda acabar con el grupo armado (y aun, en casos extremos, con una parte significativa de la población en cuyo nombre el grupo dice actuar), lo cual no puede ser despreciado.

Debido a todo ello, cabe predecir que, en ausencia de circunstancias excepcionales (sociedad hondamente dividida antes del inicio de la actividad terrorista, élite política del Estado atacado también muy dividida, escasísima legitimidad política del Estado, limitada capacidad militar de este), la estrategia terrorista solo puede tener dos finales: la transformación en una estrategia insurgente de mayor ambición y alcance;<sup>31</sup> o bien, el fracaso militar y político.<sup>32</sup> Fracaso militar, en la medida en que no tiene lugar la sumisión del enemigo a la propia voluntad política.<sup>33</sup> Y también fracaso político, puesto que apenas se logra transformar la estructura política de la sociedad en la que la acción terrorista tiene lugar.<sup>34</sup> No, al menos, en el sentido pretendido, puesto que es cierto que no son infrecuentes las ocasiones en las que el terrorismo (siempre en interacción con las actuaciones de otros agentes políticos) acaba por dar

lugar a efectos no intencionales: a transformaciones políticas, en el medio plazo, de la comunidad política afectada (cambios en la dinámica de partidos, grado de autoritarismo, reformas legales de excepción, militarización, etc.).

#### 4. La estrategia antiterrorista (1): características

Si todo esto es así, es decir, si la estrategia terrorista, aunque ciertamente cause daños siempre a los bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad, etc.) de sus víctimas directas, y a veces —no siempre— pueda producir además un cierto efecto psicosocial de inseguridad, está tendencialmente abocada al fracaso, cuando no es capaz de evolucionar hacia una estrategia político-militar más amplia y ambiciosa. Entonces cabe preguntarse: ¿Cuáles son las razones que subyacen a la prominencia de las estrategias (estatales) antiterroristas. ¿Por qué los Estados, prácticamente en todos los casos, se sienten llamados a elaborar y poner en práctica estrategias (también de naturaleza político-militar) dirigidas a (no esperar a que el terrorismo fracase por sí solo, como parece más probable, sino esforzarse en cambio en) derrotar militarmente al grupo armado terrorista?<sup>35</sup> Los ejemplos de esta desproporción entre la entidad de la amenaza terrorista

<sup>31</sup> Cronin, *How Terrorism Ends*, cit., pp. 153-166. Como señala Crenshaw, en Reich (Ed.), *Origins of Terrorism*, cit., pp. 17-18, el terrorismo puede ser muy eficaz para poner una cuestión política en la agenda pública. Pero, si no logra ir más allá y transformarse en una estrategia político-militar más ambiciosa, tenderá a fracasar.

<sup>32</sup> Laqueur, *Terrorism*, cit., pp. 86, 118-119; Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 96-97; Cronin, *How Terrorism Ends*, cit., pp. 92-93; English, R., *Does Terrorism Works? A History*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 254-256 (sobre la base de un amplísimo estudio de casos).

<sup>33</sup> Recuérdese la definición de guerra de Carl von Clausewitz (Clausewitz, C., v., *De la guerra*, 1832, cap. I-1, Trad. C. Fortea, Madrid, La Esfera de los Libros, 2005. p.17): “La guerra es pues un acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad”. Desde esta perspectiva, es obvio que el terrorismo acaba, prácticamente siempre, en un fracaso militar.

<sup>34</sup> En English, *Does Terrorism Works?*, cit., pp. 30-38, se puede hallar un análisis más detallado de las diferentes formas de éxito (y, por consiguiente, también de fracaso) que puede obtener un grupo armado que emplea el terrorismo: desde éxitos puramente tácticos (debilitamiento del enemigo, reforzamiento de la organización armada, etc.) hasta la victoria estratégica —y política— completa, pasando por todas las posibilidades intermedias.

<sup>35</sup> El terrorismo aparece como fenómeno recurrente en los intersticios de las dinámicas sociopolíticas (más o menos) globales contemporáneas: el colonizado frente al Estado colonial, el separatista frente al Estado-Nación, el islamista frente a la potencia occidental internacionalmente hegemónica,... Generando necesariamente ambigüedad y contradicciones en tales dinámicas, en la medida en que contraponen a la idea de globalidad (Larner, W., «Spatial Imaginaries: economic globalization and the war on terror», en Amore, L. / De Goede, M. (Eds.), *Risk and the War on Terror*, London / New York, Routledge, 2008, pp. 47-49; Brassett, J., «Cosmopolitanism vs. terrorism?», en Stephens, A. C. / Vaughan-Williams, N. (Eds.), *Terrorism and the Politics of Response*, London / New York, Routledge, 2009, pp. 154-161; Thorup, M., *An Intellectual History of Terror*, London / New York, Routledge, 2010. pp. 202 y ss.) un cuestionamiento siempre particularista; y en la medida además en que induce al Estado a poner de manifiesto su aspecto menos amable (resaltando el contraste entre el discurso proclamado y la práctica percibida y/o experimentada): Sparke, M., «Fast capitalism/ slow terror», en Amore / De Goede, *Risk and the War on Terror*, cit., pp. 135-154.

—usualmente magnificada— y la magnitud de la respuesta del Estado son numerosísimos.<sup>36</sup>

En este sentido, conviene comenzar descartando, por implausibles, las dos justificaciones más usuales que en la propaganda antiterrorista de los Estados suele proponerse para esta forma de actuar. Por una parte, aunque es claro que una parte importante de los actos terroristas —aunque, desde luego, no todos— atacan a bienes jurídicos individuales o supra-individuales legítimos, ello no justificaría de ningún modo una política específicamente antiterrorista. No, cuando menos, una de la magnitud que suele tener. En efecto, como en otro lugar he argumentado con detenimiento, desde el punto de vista de una política criminal racional que atienda a la protección de los bienes jurídicos individuales y de la colectividad (esto es: si prescindimos del efecto político del terrorismo), la única particularidad de los delitos terroristas es su naturaleza de delincuencia (más o menos) organizada.<sup>37</sup> Pero dicha especificidad (que se da en mayor o menor grado, según los casos) en absoluto podría justificar las características que vienen teniendo las políticas antiterroristas, sino únicamente, a lo sumo, ciertas prácticas policiales específicas de investigación y de prevención de delitos, alguna forma de tipificación anticipada de conductas y modelos particulares de tratamiento penitenciario.<sup>38</sup> Algo muy distinto de la masiva excepcionalidad que, por regla general, asumen las respuestas estatales (jurídicas, policiales, militares) al terrorismo.

Por otra parte, cabe dudar de que la respuesta estatal al terrorismo venga determinada —como otras veces se aduce— por necesidades sociales o por el sentimiento social de inseguridad. Pues en materia de terrorismo sucede exactamente lo mismo que ocurre, en general, en todo el proceso de elaboración de las

políticas criminales del Estado: que el sentimiento de inseguridad y la demanda social de que “*hay que actuar con contundencia*” son antes un efecto de las estrategias políticas que una causa de las mismas.<sup>39</sup> De manera que, si los diferentes actores políticos (grupos de presión, partidos políticos, medios de comunicación, etc.) no se dedicasen a sobredimensionar intencionadamente la trascendencia jurídico-penal y política de los fenómenos de terrorismo,<sup>40</sup> cabe dudar de que existiera una demanda social de criminalización y de excepcionalidad.

En mi opinión, por consiguiente, para explicar las características de las estrategias estatales antiterroristas, es preciso acudir a factores de naturaleza política: las estrategias antiterroristas han de ser conceptuadas, pues, como una respuesta política (político-militar) racional (cuando menos, en términos instrumentales) a un desafío que, como ocurre con el terrorismo, también reviste naturaleza política. Hasta donde alcanzo a ver, tres son las explicaciones posibles:

- 1) En la primera, la estrategia antiterrorista es concebida como una estrategia (política) de manipulación de las identidades políticas de los miembros de la comunidad política en la que la actuación terrorista tiene lugar. Se trataría, en efecto, de una suerte de dramatización (de sobreactuación), con fines principalmente comunicativos (propagandísticos), realizada por el Estado y dirigida a contrarrestar el efecto comunicativo de la acción terrorista, en dos sentidos: a) en relación con el grupo social amenazado por la acción terrorista, reconfirmando la persistencia (y “superioridad moral”) de una identidad política (pretendidamente) armoniosa (sentirse españoles, demócratas, occidentales, civilizados, etc.), que ha sido

<sup>36</sup> Piénsese, por ejemplo, en la desproporción entre la reacción genocida de la Estado argentino y la limitada capacidad de acción de Montoneros y del E.R.P.; o entre el corto número de homicidios y de secuestros cometidos por la R.A.F. y la muy autoritaria política y legislación antiterroristas con las que el Estado germano-occidental reaccionó frente a ellos. Más, en general, sobre el fenómeno de la manipulación de la amenaza terrorista por parte de los Estados, *vid.* Altheide, D. L., *Terrorism and the Politics of Fear*, Oxford, Altamira Press, 2006, *passim*.

<sup>37</sup> Paredes Castañón, «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», *Anatomía do Crime*, 4, 2016, pp. 38-42.

<sup>38</sup> Paredes Castañón, *Anatomía do Crime*, 4, 2016, pp. 42-43.

<sup>39</sup> He estudiado en detalle este fenómeno en Paredes Castañón, «Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales», *Libertas*, 4, 2016, pp. 170-180.

<sup>40</sup> Jackson / Jarvis, L. / Gunning, J. / Breen-Smyth, M., *Terrorism. A Critical Introduction*, Houndmills / New York, Palgrave Macmillan, 2011, pp. 124 y ss; Wolfendale, J., «The narrative of terrorism as an existential threat», en Jackson (Ed.), *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*, London / New York, Routledge, 2016, pp. 116-119; Mueller, J. / Stewart, M. G., «Misoverestimating Terrorism», en Stohl / Burchill / Englund (Eds.), *Constructions of Terrorism, cit.*, pp. 29-31.

## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

puesta en cuestión por el terrorismo;<sup>41</sup> b) y, en relación con el grupo social al que el grupo armado terrorista dice representar, se trataría tanto de levantar adhesiones en favor de la identidad hegemónica (visto desde el punto de vista del grupo armado: defecciones de la identidad que ellos defienden y dicen representar) como, en el resto de los casos, producir temor a la potencia de aquella identidad atacada por el terrorismo.<sup>42</sup>

Desde este punto de vista, entonces, la estrategia antiterrorista es concebida principalmente como una gigantesca operación psicológica, para “ganarse —o asegurarse— los corazones y las mentes” (por emplear la expresión tópica en el mundo de las operaciones psicológicas militares) de la población en cuyo seno se desarrolla el conflicto (político) entre Estado y grupo armado.<sup>43</sup>

- 2) En la segunda explicación, la estrategia antiterrorista es interpretada más bien como una estrategia (militar) preferentemente preventiva. Se trataría, según esto, de poner en práctica una primera fase de una estrategia global de contrainsurgencia: suprimiendo (o, cuando menos, minimizando) la peligrosidad del grupo armado terrorista y su capacidad militar, antes de que tenga la capacidad de consolidarse tanto política como militarmente, y pasar a una estrategia más agresiva (de guerrillas, insurrección, etc.). Y evitando así que la actuación del grupo armado pudiese llegar (más adelante) a constituir

una verdadera amenaza para el sistema político.<sup>44 45</sup>

- 3) Por fin, en la tercera de las explicaciones, la estrategia antiterrorista vuelve a ser vista principalmente como una estrategia puramente política. Pero, en este caso, dirigida no tanto a la manipulación comunicativa y psicosocial de las identidades políticas, sino a reforzar las estructuras de poder político existentes en una determinada sociedad, mediante la generación de un proceso de normalización política dentro de la misma.<sup>46</sup> Por normalización, aquí hay que entender (siguiendo la idea de Michel Foucault) una práctica de gobierno consistente en una determinación estadística de “lo normal” en un ámbito dado de la interacción social (en nuestro caso, del comportamiento en el conflicto político), en la evaluación diferenciada del riesgo de desviación de dicha normalidad en distintos grupos de población y en una acción gubernativa también diferenciada sobre cada uno de ellos, intentando aproximar el riesgo diferencial al estadísticamente normal.<sup>47</sup> La normalización opera, pues, fundamentalmente sobre grupos de individuos, pretendiendo socializarlos, colectivizarlos como ciudadanos “normales”, que no ponen en peligro la “seguridad de la población”.<sup>48</sup> Aunque, desde luego, la acción gubernamental normalizadora acabe repercutiendo sobre el individuo, sobre sus derechos humanos. La normalización de poblaciones po-

<sup>41</sup> La unidad del pueblo español, en el caso del terrorismo de E.T.A.; la superioridad moral de las “democracias occidentales”, en el caso del terrorismo islamista;...

<sup>42</sup> Heath-Kelly, C., «Counter-terrorism. The ends of a secular ministry», en Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, cit., pp. 43 y ss; Fischer, K. M., «Spatial and temporal imaginaries in the securitisation of terrorism», en Jarvis / Lister (Eds.), *op. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>43</sup> U.S. Army, *Psyop*, cit., pp. 1.2-1.9.

<sup>44</sup> Wilkinson, *Terrorism Versus Democracy*, cit., pp. 19-21, 49-50; U. S. Army / Marine Corps, *Counterinsurgency Field Manual*, Chicago / London, University of Chicago Press, 2007, pp. 9-11, 108-110; Miller, D. / Sabir, R., «Counter-terrorism as counterinsurgency in the UK ‘war on terror’», en Poyinting, S. / Whyte, D. (Eds.), *Counter-Terrorism and State Political Violence*, London / New York, Routledge, 2012, pp. 12 y ss.

<sup>45</sup> Tal habría sido precisamente —se pretende— la naturaleza de las estrategias contrainsurgentes desarrolladas por los Estados coloniales europeos (principalmente, por el Reino Unido y por Francia), en su actuación en Argelia, Irlanda, Kenia, etc.

<sup>46</sup> Me he referido ya a esta función de las estrategias antiterroristas en Paredes Castañón, en Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (Eds.), *Terrorismo*, cit., pp. 175-181; Paredes Castañón, *Antiterrorismo y normalización política (Algunas reflexiones a partir de «La battaglia di Algeri»)*, 2015. (Disponible en: <http://josemanuelparedes.blogspot.com/2015/12/antiterrorismo-y-normalizacion-politica.html> Fecha de consulta: 19-12-2017).

<sup>47</sup> Amoore, L. / De Goede, M., «Introduction: Governing by risk in the war on terror», en Amoore / De Goede (Eds.), *Risk and the War on Terror*, London / New York, Routledge, 2008, pp. 6-14; Larner, W., «Spatial Imaginaries: economic globalization and the war on terror», en *op. cit.*, pp. 47-55.

<sup>48</sup> Vid. Foucault, *Seguridad, territorio, población*, Ed. M. Senellart, Trad. H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 74-87.



see vertientes más amables (la educación nacionalizadora o la publicidad institucional, por ejemplo), pero también otras facetas mucho más incómodas: como, por ejemplo, la persecución de grupos sociales y/o políticos ideológicamente afines al grupo armado terrorista; o, en el límite, las prácticas de “genocidio reorganizador” (normalizador).<sup>49 50</sup>

Hay que decir que, en realidad, las tres explicaciones no son necesariamente incompatibles entre sí. Primero, porque probablemente cualquier estrategia antiterrorista real aúne —en una u otra medida— componentes orientados hacia cada uno de estos tres objetivos (propaganda, contrainsurgencia, normalización). Además, porque en cada estrategia realmente existente puede —en cada momento y lugar— tener mayor peso uno u otro de los objetivos. Y, por fin, debido también al hecho de que, como es habitual en el ámbito de la definición de políticas públicas, pueden concurrir objetivos públicos y abiertamente reconocidos con agendas ocultas de algunos agentes, así como con valores subyacentes a sus tomas de posición de los que no necesariamente tienen por qué ser conscientes los protagonistas.

Sugiero, en todo caso, que únicamente la necesidad de cumplir estos objetivos político-militares añadidos, e independientes de la necesidad de protección de los bienes jurídicos directa (vida, integridad física, libertad, etc.) o indirectamente (estabilidad del sistema político) amenazados por la acción terrorista, explica (y, desde ciertos puntos de vista valorativos, podría llegar a justificar) la grandiosidad de las estrategias estatales antiterroristas (y el grado en el que acaban por afectar a los derechos humanos y a la libertad personal de grandes masas de personas), que apenas podrían comprenderse desde una perspectiva estrictamente político-criminal.

## 5. La estrategia antiterrorista (2): deficiencias

Por supuesto, si esto es así, entonces se plantean dos tipos de cuestiones. La primera es de índole moral: ¿Debería un Estado democrático de Derecho, que respete el valor del pluralismo político, comprometerse con estrategias antiterroristas que —en mayor o menor medida— comportan componentes de operación psicológica de contrainsurgencia, de intervención militar anticipada (¡extremadamente anticipada!) frente al riesgo de que pudiera llegar a surgir un movimiento insurgente realmente peligroso y de normalización política, cuando dicha estrategia afecte (como habitualmente lo hace) a los derechos humanos de las personas? Ya en otro lugar he sostenido que no: que las estrategias político-militares antiterroristas resultan potencialmente contrarias a los valores morales y políticos propios de un Estado liberal, democrático y respetuoso de los derechos humanos. Y que, como no son necesarias desde el punto de vista político-criminal, deberían ser abandonadas. O, por decirlo de otro modo, que el antiterrorismo es un cuerpo iliberal en el seno de la política pública y del Derecho de los Estados demoliberales, con efectos potencialmente destructivos sobre sus valores (y, por consiguiente, sobre su justificación moral y sobre su legitimidad política).<sup>51</sup>

En todo caso, aquí desearía concentrar más bien mi atención sobre la problemática racionalidad instrumental de dichas estrategias. Y es que, en efecto, si se toman las estrategias antiterroristas “duras” (basadas esencialmente en el uso de la fuerza y la represión, sea jurídico-penal o directamente militar), que los Estados suelen promover y aplicar, por su valor nominal. Esto es, si se toma en serio la pretensión de que con ellas lo que se trata es de proteger al Estado mismo y a su población de los riesgos derivados de la acción terrorista, entonces la eficacia militar de tales estrategias resulta cuando menos dudosa.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> *Vid.*, para este concepto, Feierstein, D., *El genocidio como práctica social*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 104-110, 207 y ss.

<sup>50</sup> Ejemplos de este efecto normalizador del antiterrorismo lo serían, por ejemplo, las prácticas genocidas en Argentina, Guatemala o El Salvador; la legislación autoritaria en contra del extremismo político en España (Ley de Partidos Políticos, disolución de asociaciones y prohibición de actividades del “entorno del terrorismo”), Alemania o Italia; el control militarizado de la población en Irlanda del Norte;...

<sup>51</sup> *Vid.* Paredes Castañón, en Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (Eds.), *Terrorismo, cit.*, pp. 185-191; Paredes Castañón, *Anatomía del Crime*, 4, 2016, pp. 36-37.

<sup>52</sup> Un problema previo, que vuelve aún más nebulosas las estrategias antiterroristas tradicionales, es que resulta usual que los objetivos (político-militares) del antiterrorismo y sus criterios de éxito no estén claramente definidos: Nalbandov, R., «Evaluating the ‘Success’ and

## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

Así, la evaluación empírica de tales estrategias parece indicar que, en la mayor parte de los casos, fracasan, en tanto que son incapaces, por sí solas, de acabar con la acción terrorista (o de reducirla a proporciones insignificantes).<sup>53</sup> Y que, por el contrario, la finalización del terrorismo tiene que ver más con las insuficiencias —más arriba señaladas— inherentes a la propia estrategia terrorista, o bien con combinaciones más flexibles de acciones que aquellas que las estrategias militaristas estatales suelen promover.<sup>54</sup>

A dicha ineficacia hay que añadir además su palmaria ineficiencia: en efecto, si, además de tomar en consideración el efecto preventivo del antiterrorismo (sobre potenciales acciones terroristas), incorporamos a la evaluación también sus costes, entonces el balance final resulta aún mucho más negativo. Ello porque:

- 1) Las estrategias antiterroristas “duras” resulten, desde un punto de vista económico, carísimas.
- 2) Además, dichas estrategias poseen enormes costes añadidos. Para empezar, en términos de limitación de derechos humanos de muchas personas. A este respecto, resulta concluyente la evidencia que se puede extraer de todos los estudios sobre impacto en derechos humanos de dichas estrategias: el antiterrorismo empeora significativamente, en todos los casos, la situación global de derechos humanos de la comunidad afectada; y lo hace, además, en mucha

mayor medida (de manera discriminatoria) en el caso de determinados grupos sociales, seleccionados como objetivo preferencial de la estrategia.<sup>55</sup>

- 3) Por fin, las estrategias político-militares antiterroristas tienen también un coste por el impacto que producen sobre aquellas comunidades en cuyo seno la estrategia es implementada.<sup>56</sup> En este sentido, la evidencia empírica muestra que dicho impacto es esencialmente desintegrador de las redes sociales, del capital social y/o de las identidades simbólicas de los miembros de la comunidad. Con un efecto, además, que resulta asimismo muy desigual para diferentes grupos sociales dentro de la comunidad.

## 6. Las limitaciones del antiterrorismo “securitario”

Esta ineficacia militar de las estrategias antiterroristas “duras” obedece, en esencia, a la extremada limitación de su enfoque. En efecto, hemos visto ya que a poco resiliente que resulte ser la sociedad en la que el terrorismo se desenvuelve y con tal de que el Estado afectado sea mínimamente sólido, la probabilidad de que la estrategia política terrorista triunfe en la consecución de sus objetivos político-militares es muy baja. Ello no quiere decir, por supuesto, que la actuación terrorista no pueda producir, en la sociedad

‘Failure’ of Counterterrorism Policy and Practice», en Ramaniuk / Grice / Irrera / Webb (Eds.), *Handbook of Global Counterterrorism Policy*, cit., pp. 108-109.

<sup>53</sup> Cronin, *How Terrorism Ends*, cit., pp. 141-145; Jackson / Jarvis / Gunning / Breen-Smyth, *Terrorism*, cit., pp. 231-233; McDonald, L. Z. / Spalek, B. / Silk, P. D. / Da Silva, R. / Limbada, Z., «Counter-terrorism as conflict transformation», en Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, cit., pp. 79-82; Legrand, T., «Banishing the enemies of all mankind: the effectiveness of proscribing terrorist organizations in Australia, Canada, the UK and US», en Jarvis / Lister (Eds.), *op. cit.*, pp. 162-164; Lindhal, S., «Critical evaluation of counterterrorism», en Jackson (Ed.), *Handbook of Critical Terrorism Studies*, cit., pp. 216-218.

<sup>54</sup> McDonald / Spalek / Silk / Da Silva / Limbada, en Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, cit., pp. 84-88; Lindhal, en Jackson (Ed.), *Routledge Handbook*, cit., pp. 218-222.

<sup>55</sup> Vid. Amnistía Internacional, *El Proyecto de Convención General sobre el Terrorismo Internacional: una amenaza para las normas de derechos humanos*, 2001. (Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior51/009/2001/en/> Fecha de consulta: 22/12/2017); Amnistía Internacional, *Consejo de Europa: Observaciones preliminares de Amnistía Internacional sobre el Proyecto de Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo, de diciembre de 2004*, 2005. (Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior61/002/2005/en/> Fecha de consulta: 22/12/2017); Amnistía Internacional, *Security and Human Rights. Counter-Terrorism and the United Nations*, 2008, pp. 25 y ss. (Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/019/2008/en/> Fecha de consulta: 22/12/2017); Human Rights Watch, *In the Name of Security. Counterterrorism Laws Worldwide since September 11*, 2012. (Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2012/06/29/name-security/counterterrorism-laws-worldwide-september-11> Fecha de consulta: 22/12/2017); United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 2017, pp. 7 y ss. (Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/A-HRC-34-61.pdf> Fecha de consulta: 22/12/2017); United Nations, *Negative effects of terrorism on the enjoyment of all human rights and fundamental freedoms*, 2017, pp. 5-13. (Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/444/16/PDF/G1644416.pdf> Fecha de consulta: 22/12/2017).

<sup>56</sup> McDonald / Spalek / Silk / Da Silva / Limbada. En Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, cit., pp. 82-83.

afectada, además de lesiones de bienes jurídicos individuales, un efecto colectivo de inseguridad, e incluso (en el caso de los grupos armados militarmente más capaces y con un discurso propagandístico más sofisticado) cierta inestabilidad política. Es decir, el hecho de que el éxito político-militar resulte improbable no significa que no sea razonable adoptar medidas, tanto para mitigar los efectos inmediatos de la actuación terroristas (reducir su lesividad para los bienes jurídicos protegidos, así como minimizar su efecto político) como para prevenir un posible fortalecimiento militar del grupo armado, que le permita acceder a un nivel de insurgencia más elevado y letal.

Sin embargo, lo que resulta problemático (no solo moralmente, sino también desde el punto de vista de una racionalidad puramente instrumental) es optar por un enfoque exclusiva o predominantemente “duro” en la estrategia antiterrorista (y, más en general, contrainsurgente). Esto es, por un enfoque predominantemente militar y “securitario” de la misma. Así, un enfoque de esta índole adolece al menos de tres defectos, prácticamente incurables:

- 1) En el plano teórico (discursivo), es un enfoque radicalmente ideológico, en el sentido más peyorativo de la expresión: existe ideologización cuando tiene lugar una atribución de significado a los conceptos de tal índole que a través de ella se está contribuyendo a la construcción de un universo del discurso coherente, pero notablemente imaginario y que objetivamente cum-

ple funciones de ocultación. Esto es, no solo un discurso incompatible con los datos reales, sino uno que, además, al proporcionar una descripción alternativa y coherente de la realidad, oculta y sustituye a la descripción real de la misma.<sup>57</sup> En este sentido, el discurso del antiterrorismo (y, en general, el de la contrainsurgencia) tiende a ocultar detrás de una retórica humanitaria vacua (democracia, derechos humanos, civilización, etc.)<sup>58</sup> realidades político-militares esencialmente represivas.<sup>59</sup> Y, en la medida en que se produce este ocultamiento, la discusión acerca de la racionalidad de la estrategia (aun de su racionalidad meramente instrumental) se ve dificultada y a veces prácticamente impedida.<sup>60</sup>

- 2) Desde una perspectiva estratégica, el antiterrorismo “duro” constituye una deformación tecnocrática del pensamiento estratégico.<sup>61</sup> En efecto, si la guerra persigue siempre objetivos políticos (la sumisión del enemigo a la propia voluntad política), ello es particularmente cierto en el caso del conflicto armado interno (del que el terrorismo es una subespecie),<sup>62</sup> que pretende transformar mediante la violencia las relaciones de poder en una sociedad dada. Pero, si esto es así, entonces las características estratégicas específicas de cada particular estrategia terrorista habrán de depender, en muy buena medida, de las realidades políticas que se pretenden transformar.

<sup>57</sup> Vid. Paredes Castañón. «El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “Derecho Penal del riesgo”», *Revista catalana de seguretat pública*, 13, 2003, pp. 21-22, con ulteriores referencias.

<sup>58</sup> Los conceptos de “insurgencia” y de “terrorismo” son esencialmente ideológicos: pretende dar cobertura al hecho de que Estados del Sur global y actores no estatales puedan enfrentar (y, en ocasiones, vencer) a fuerzas militares occidentales (Smith, M. L. R. / Jones, D. M., *The Political Impossibility of Modern Contrainsurgency*, New York, Columbia University Press, 2015, pp. 12-13).

<sup>59</sup> Porch, D., *Counterinsurgency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 330; Smith / Jones, *Modern Contrainsurgency*, cit., pp. 45-48.

<sup>60</sup> En Paredes Castañón, *Anatomía do Crime*, 4, 2016, pp. 31-33, señalé cómo los debates político-criminales sobre terrorismo suelen tener en lugar en condiciones de “pánico moral”. Es esta una manifestación —particularmente relevante— de dicha ideologización del problema.

<sup>61</sup> Porch, *Counterinsurgency*, cit., pp. 330-336; Smith / Jones, *Modern Contrainsurgency*, cit., pp. 78-81.

<sup>62</sup> En efecto, desde la perspectiva del grupo armado insurgente, el conflicto en el que se embarca es siempre un conflicto interno, en la medida en que solamente de este modo puede entenderse su estrategia: reclamar la representación de una parte de la sociedad, pretendidamente maltratada por la sociedad en su conjunto, y actuar en su nombre, y pretendidamente en su beneficio. Incluso en los casos de “terrorismo internacional” se mantiene este planteamiento: el grupo armado extranjero que actúa en el territorio de otro Estado y contra él lo hace porque le considera implicado en los conflictos de su sociedad de origen; y, de hecho, muchas veces efectivamente lo está (ocupación militar, operaciones de paz, intervenciones armadas “humanitarias”, imperialismo económico, apoyo al régimen político, etc.). Cuestión distinta es que la propaganda antiterrorista pretenda presentar al terrorista siempre en un extraño, como un enemigo externo: Bulley, D., «‘Foreign’ terror?», en Stephens / Vaughan-Williams (Eds.), *Terrorism and the Politics of Response*, cit., pp. 81 y ss.; Holland, J., «The elusive essence of evil», en Pissou, D. (Ed.), *Arguing Counterterrorism*, London / New York, Routledge, 2014, pp. 201 y ss.; Winkler C. K., «The rhetorical origins of the US war on terror», en Pissou, op. cit., pp. 28-39; Fischer, en Jarvis / Lister (Eds.), *Critical Perspectives on Counter-Terrorism*, cit., pp. 58-70.

## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

Frente a esta especificidad, sin embargo, las estrategias antiterroristas “duras” asumidas por los Estados tienden a prescindir de la naturaleza del conflicto político subyacente y a propugnar, por el contrario, un modelo estándar (militarista) de respuesta: en aquella parte de la estrategia que se ha dado en llamar “antiterrorismo coercitivo”<sup>63</sup> apuestan de manera prácticamente uniforme por la estrategia llamada de “*despejar, controlar y reconstruir*” (“*clear, hold and build*”).<sup>64</sup> Esto es, por una estrategia basada en los siguientes pasos:<sup>65</sup>

- Destrucción o expulsión de fuerzas militares insurgentes.
- Despliegue militar para controlar el territorio y la población.
- Destrucción de la organización política insurgente.
- Reorganización del sistema político, controlando que no sea infiltrado por los insurgentes.
- Destrucción final de la organización insurgente.

Un enfoque estratégico de esta índole (tecnocrático, uniforme, que prescinde de la especificidades del conflicto político subyacente) significa, en suma, por lo que hace al análisis causal, descontextualizar la naturaleza del conflicto armado, al hacer hincapié más en la semejanza superficial entre prácticas militares que en las razones políticas que explican la estrategia terrorista. Y, por lo que hace a la propuesta de acción, apuesta por una misma clase de respuesta militar (contrainsurgente) para todos los conflictos, prescindiendo de su especificidad política y estratégica. Se prescinde, pues, del componente de interacción estratégica entre las

parte del conflicto. Y, con ello, se apuesta, a la hora de actuar, por partir del dudoso presupuesto de que todos los conflictos armados “asimétricos” poseen idéntica naturaleza y pueden ser reconducidos a unas pocas categorías, dentro de una clasificación de validez universal, para las que vale siempre la misma clase de respuestas político-militares.<sup>66</sup> El resultado final no puede ser otro que, en condiciones normales, el fracaso de la estrategia diseñada, tanto por ineficaz como —todavía más— por ineficiente.

- 3) Por fin, en el plano táctico, la rigidez del enfoque estratégico contrainsurgente apenas es capaz (cuando domina por completo la doctrina asumida por la élite antiterrorista de un Estado) de atender a la evolución dinámica de los conflictos en el plano temporal. En efecto, como cualquier otro conflicto armado, también aquellos en los que se emplea la estrategia terrorista como herramienta de lucha sufren evoluciones: en el caso concreto del terrorismo, dada la finalidad predominantemente comunicativa de su estrategia, esta evolución tiene lugar sobre todo a través de procesos de escalada y de desescalada en el número y potencia destructiva de las acciones terroristas.<sup>67</sup> En una estrategia antiterrorista racional, esta evolución (que puede obedecer a diferentes causas, tanto políticas —búsqueda de negociaciones, disensos internos, presiones externas, etc.— como militares —problemas logísticos, etc.—) debe ser cuidadosamente atendida, detectada y respondida. Y, sin embargo, lo usual es que los Estados, presa de sus estrategias antiterroristas “duras”, apenas atiendan a la evolución, manteniendo un ritmo prácticamente uniforme de respuesta. Lo que, por regla general, incrementa el grado de ineficacia y —mucho más aún— de ineficiencia de la estrategia.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Hay otras partes en una estrategia antiterrorista “dura” (Crelinsten, R., *Counterterrorism*, Cambridge / Malden, Polity Press, 2009, pp. 89 y ss.): antiterrorismo defensivo (protección de instalaciones y potenciales objetivos, etc.), antiterrorismo preventivo (prevención de la radicalización, etc.) y antiterrorismo persuasivo (operaciones psicológicas). Pero es el antiterrorismo coercitivo la parte principal, por agresiva, de la misma, y la que concentra las mayores preocupaciones, tanto respecto de su moralidad cuanto de su eficacia y eficiencia.

<sup>64</sup> U. S. Army / Marine Corps, *Counterinsurgency Field Manual*, cit., pp. 152-154.

<sup>65</sup> Galula, D., *Counterinsurgency Warfare. Theory and Practice*, Westport / London, Praeger Security International, 2006, pp. 75 y ss.

<sup>66</sup> Smith / Jones, *Modern Counterinsurgency*, cit., pp. 17-20.

<sup>67</sup> Smith / Jones, *Modern Counterinsurgency*, cit., pp. 151 y ss.

<sup>68</sup> Una de las causas principales de esa ineficacia e ineficiencia estriba, justamente, en la escasa sensibilidad de las estrategias antiterroristas “securitarias” a las (necesariamente diversas) imágenes sociales acerca de las mismas: en efecto, la aplicación generalizada y contundente de medidas de fuerza militar y policial (detenciones, controles, interrogatorios, torturas, ejecuciones extrajudiciales, presencia abrumadora de

La conclusión general que es dable extraer a partir de las anteriores consideraciones es que en realidad, en contra de lo que la propaganda antiterrorista afirma, nada justifica, ni siquiera en términos de racionalidad instrumental, las estrategias antiterroristas exclusivamente “securitarias”, que no son generalmente capaces por sí solas de acabar con las acciones terroristas; y que, en todo caso, poseen unos costes, tanto económicos como humanos, francamente inasumibles para la comunidad política y para la sociedad en la que terrorismo y antiterrorismo entran en disputa.

Expresado en otros términos: aun prescindiendo (¡que ya es prescindir!) de cualquier consideración de índole moral, las estrategias antiterroristas “securitarias” solamente pueden ser comprendidas racionalmente (desde un punto de vista, pues, puramente instrumental) como estrategias político-militares al servicio de intereses particulares (a través de la consolidación de identidades políticas hegemónicas, de la prevención de la insurgencia y/o de la normalización política de grupos enteros de población) de determinados grupos de poder existentes —y persistentes— dentro de las sociedades y de los Estados en los que se aplican. En ningún caso, sin embargo, como estrategias racionales de un Estado que —como el democrático— se pretenda integrador de toda su ciudadanía (incluidos los disidentes más radicales). Se puede, en efecto, entender la funcionalidad de una estrategia antiterrorista “securitaria” para el mantenimiento de posiciones de poder de determinados grupos sociales (oligarquía, poder militar, etc.) dentro del Estado, dificultando o imposibilitando (so pretexto de “*complacencia con el terrorismo*”) el cambio político. Pero, en cambio, parece difícil defender que una estrategia de esta índole, tan ineficaz e ineficiente, sea la mejor opción para un Estado democrático a la hora de acabar

con la violencia política organizada. Pues, desde el punto de vista del Estado democrático, entendido como instrumento de gobernanza integradora de una comunidad política, y a diferencia del punto de vista de ciertas élites dentro del mismo, las estrategias antiterroristas “securitarias” resultan autodestructivas: aun en el mejor de los casos, en el (improbable) supuesto de que acaben por completo con la acción terrorista, sus costes son tan elevados que acaban por poner en peligro la integridad del propio Estado democrático.

## 7. Estrategias antiterroristas alternativas

Ello resulta aún más cierto cuando existen alternativas mejores. De hecho, también en las estrategias antiterroristas y contrainsurgentes “securitarias” se rinde tributo —bien que meramente verbal— a la necesidad de una estrategia antiterrorista “a largo plazo”, que tenga en cuenta también los factores sociales y políticos que contribuyen al surgimiento del conflicto armado, para neutralizarlos, acabando así con “la fuente del terrorismo”.<sup>69</sup> Sin embargo, en el marco de las estrategias dominantes, esto apenas resultar ser otra cosa que pura retórica, debido a que el auténtico contenido de la estrategia antiterrorista es casi exclusivamente militar (o, a lo sumo, incluye además operaciones psicológicas, concebidas igualmente desde un punto de vista militar).<sup>70</sup>

En cambio, frente a esta actitud conservadora, la evidencia empírica disponible abona más bien la conclusión de que los conflictos armados en los que se emplea el terrorismo por parte de grupos armados finalizan generalmente bien, debido a los fracasos (militares y/o políticos) del grupo armado,<sup>71</sup> que vuelven imposible la continuación de su acción armada, o bien a merced de una transformación del conflicto

---

fuerza armada en la calle, limitaciones de la libertad ambulatoria, etc.) puede resultar muy tranquilizadora para determinados grupos sociales, pero ocasiona un enorme miedo y resentimiento de otros muchos. Cuando, como es sabido, acabar con la subversión política —también con la violenta— depende en muy buena medida de la capacidad para generar consenso en torno a las instituciones estatales. *Vid.*, al respecto, Skoczylis, J., «Counterterrorism and Society: The Contradiction of the Surveillance State – Understanding the Relationship Among Communities, State Authorities, and Society», en Ramaniuk / Grice / Irrera / Webb (Eds.), *Handbook of Global Counterterrorism Policy*, cit., pp. 117 y ss.

<sup>69</sup> *Vid.* U. S. Army / Marine Corps, *Counterinsurgency Field Manual*, cit., pp. 53 y ss; Crelinsten, *Counterterrorism*, cit., pp. 194 y ss.

<sup>70</sup> Toros, H., «Critical theory and terrorism studies», en Jackson (Ed.), *Routledge Handbook*, cit., pp. 73-74.

<sup>71</sup> Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 76 y ss.



## Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares

(mediante negociaciones,<sup>72</sup> resolución de los conflictos políticos de fondo, etc.), que la vuelve innecesaria<sup>73</sup>. Por consiguiente, una estrategia antiterrorista racional (incluso desde el punto de vista de la racionalidad puramente instrumental), si su objetivo es verdaderamente lograr el fin de las acciones terroristas, debería apostar principalmente (además de por la prevención y el aseguramiento de potenciales objetivos terroristas) por la transformación del conflicto entre el grupo armado y el Estado.<sup>74</sup>

Transformar el conflicto quiere decir promover, mediante las políticas públicas y mediante la participación social, la modificación de los medios disponibles, de las alternativas de acción y de los incentivos de cada una de las partes del conflicto, así como de la forma que adopta la interacción entre ellas. Se trata, pues, de transformar la estructura social que genera el conflicto violento.<sup>75</sup>

En concreto, transformar el conflicto significa:<sup>76</sup>

- Promover el reencuadre del conflicto: la reinterpretación de su sentido, por cada una de las partes.
- Superar las estructuras que generan el conflicto, mediante cambios en las relaciones de poder y en la distribución de los recursos dentro de la sociedad.
- Promover cambios en la estructura de incentivos que conduce, en un cálculo “racional” (ciegamente instrumental), a mantener el uso de la violencia.
- Generar persuasión, familiarización, empatía, humanización, confianza...<sup>77</sup>

— Promover la resiliencia de la sociedad en la que el conflicto tiene lugar.<sup>78</sup>

Existen técnicas, de comprobada eficacia, para promover estas transformaciones y reducir así, hasta el límite, la violencia de un conflicto político. La clave estriba, no obstante, en la existencia de voluntad de emplearlas, por parte de las élites que, en el Estado, controlan la gobernanza, en vez de obcecarse<sup>79</sup> en políticas ineficaces y muy costosas, que solo sirven a intereses particularistas, mas no a los intereses generales de la colectividad.

## 8. Conclusión: terrorismo y seguridad nacional

Acabo ya, resaltando cuál es el verdadero vínculo entre terrorismo, antiterrorismo y seguridad nacional. Si una estrategia de seguridad nacional tiene por objeto identificar los intereses vitales y estratégicos de un Estado, anticipar los riesgos, localizar las debilidades y amenazas potenciales, y preparar y racionalizar la respuesta a las mismas, implicando a todos los agentes relevantes dentro del Estado y de la sociedad gobernada por este,<sup>80</sup> entonces las cuestiones de percepción de riesgo y de construcción (sociocultural) de dichos riesgos<sup>81</sup> resulta clave para asegurar la racionalidad global de la estrategia; y, por ende, su eficacia y su eficiencia. De este modo, es preciso reconocer y asumir que la selección de los retos de seguridad que ha de afrontar dicha estrategia, así como su caracterización, son cuestiones cuya respuesta no puede ser dada por supuesta y tomada como evidente, sino que, antes al contrario, merecen

<sup>72</sup> Cronin, *How Terrorism Ends*, cit., pp. 62 y ss., señala las distintas condiciones que pueden volver más o menos prometedor un proceso de negociación entre un Estado y un grupo armado.

<sup>73</sup> Cronin, *How Terrorism Ends*, cit., pp. 71-72, 201-203; Jackson / Jarvis / Gunning / Breen-Smyth, *Terrorism*, cit., pp. 239-241; Toros, *Terrorism, Talking and Transformation*, London / New York, Routledge, 2012, pp. 1-4, 189 y ss.

<sup>74</sup> Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 98-99.

<sup>75</sup> Toros, *Transformation*, cit., pp. 65-73, 83-87; Tellidis, I., «Terrorism and peace studies», en Jackson (Ed.), *Handbook of Critical Terrorism Studies*, cit., pp. 299-303.

<sup>76</sup> Toros, *Transformation*, cit., pp. 73-83.

<sup>77</sup> Vid. Wills, D. / Steuter, E., «The hunter and the hunted». En PISOIU. *Counterterrorism*, cit., pp. 279-286.

<sup>78</sup> Neumann / Smith, *Strategy*, cit., pp. 99-102.

<sup>79</sup> So pretexto del vacío lema propagandístico de que “¡No se negocia con terroristas!”. Cuando la cuestión no es si negociar o no: no se trata de promover una negociación política entre bandos, sino, más bien, de, mediante formas de diálogo, transformar el conflicto y, así, reducir su nivel de violencia: Toros, *Transformation*, cit., pp. 42 y ss. Lo cual es algo muy distinto.

<sup>80</sup> Jaime Jiménez, O. / De la Corte Ibáñez, L. / Blanco Navarro, J. M., «Aproximación a la seguridad nacional», en De la Corte Ibáñez / Blanco Navarro (Coords.), *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, LID, 2014, pp. 28 y ss.

<sup>81</sup> Vid. Paredes Castañón, *Revista catalana de seguretat pública*, 13, 2003, pp. 14-18.

discusión. Es decir, que la seguridad y la inseguridad son constructos culturales.<sup>82</sup> Y, en tanto que tales, son elaborados (y reelaborados) en el contexto de la interacción social (sociopolítica). Vale decir, en el marco del conflicto de poderes sociales. Resultan ser, pues, conceptos esencialmente polémicos porque reflejan luchas sociales subyacentes: disensiones en cuanto a qué conflictos sociales deben ser tratados como “*excepcionales*” (como “*problemas de seguridad nacional*”, que justificarían actuaciones estatales también excepcionales) y cuáles no.<sup>83</sup>

Siendo esto así, es importante poner en cuestión la tradicional concepción militarista de la seguridad nacional. En cambio, apostar por visiones más avanzadas de la misma, en las que se incorporen además cuestiones de derechos humanos, de género, medioambientales, de justicia global, etc. Es decir, todos aquellos temas que se incluyen bajo el concepto de “*seguridad humana*”.<sup>84</sup> Ello, no solo por razones morales, sino además, porque, aun desde un punto de vista puramente instrumental, ocurre que, como hemos visto, no es posible asegurar la seguridad de un Estado y de su población sin atender a todas estas consideraciones socioculturales.

En este sentido, el tratamiento del terrorismo (y, en general, de la insurgencia políticamente motivada) constituye en nuestros días<sup>85</sup> una auténtica piedra de toque, para distinguir entre estrategias de seguridad nacional elitistas (que atienden principalmente a los intereses sociopolíticos, de preservación de su poder, de ciertos grupos dentro del Estado y de la sociedad

que este gobierna) y estrategias de seguridad nacional más atentas a la seguridad humana, que han de dar prioridad a los intereses colectivos propios de una sociedad plural y diversa, y de un Estado comprometido con valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político y cultural. Por ello, deben ser mucho más complejas y menos militaristas que las estrategias tradicionales.

Por desgracia, actualmente, pocos ejemplos tenemos de estas últimas. Pero ello no dice tanto de la viabilidad de estas (que, como he expuesto, parece mucho más plausible que la de las estrategias puramente “*securitarias*”) cuanto de la baja calidad democrática de los Estados que optan por rechazarlas.

<sup>82</sup> De hecho, como señala Campbell, D., *Writing Security. United States Foreign Policy and the Politics of Identity*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1992, pp. 53 y ss., la definición de las necesidades y objetivos de seguridad de un Estado tiene tanto más que ver con sus necesidades de asentar y consolidar -y seleccionar- una determinada identidad, en tanto que comunidad política, que con riesgos objetivos. De este modo, elaborar políticas de seguridad significa, ante todo, optar por determinados modelos de identidad. Y, consiguientemente, por excluir otros posibles. Esto es, por hacer un ejercicio de (poder de) selección de lo que es (una cultura, un comportamiento, una ciudadanía,...) normal dentro de la comunidad política y de exclusión de lo que no lo es. Así, las políticas de seguridad han de incluir, inexcusablemente, componentes internos y externos, inextricablemente entrelazados: existirá, pues, siempre enemigo exterior y enemigo interior (riesgos externos y riesgos internos). Cualquier política de seguridad (que es siempre, como se apuntaba, también una política de normalización) presupone siempre que no todos los miembros de *iure* de la comunidad política son miembros normales de la misma: lo que, precisamente, “justificaría” que se conviertan en objetivos de las políticas de seguridad (puesto que siempre son concebidos, además, como elementos en relación con los riesgos externos).

<sup>83</sup> Fierke, K. M., *Critical Approaches to International Security*, 2ª ed., Cambridge / Malden, Polity Press, 2015, pp. 107 y ss. Piénsese, por ejemplo, en la discusión en torno al tratamiento que deben dar los Estados más desarrollados a los flujos migratorios procedentes del Sur global: ¿Deberían considerarlos como un problema de seguridad (y, por consiguiente, hacerlos objeto de respuestas estatales principalmente represivas)? En ningún caso la respuesta a esta pregunta pueda darse por evidente, sino que, antes al contrario, depende muy directamente de los criterios de percepción y de gestión de riesgos que se consideren más adecuados.

<sup>84</sup> McDonald, M., «Emancipation and critical terrorism studies», en Jackson, R. / Breen Smyth, M. / Gunning, J. (Eds.), *Critical Terrorism Studies*, London / New York, Routledge, 2009, pp. 111 y ss; Peoples, C. / Vaughan-Williams, *Critical Security Studies. An Introduction*, London / New York, Routledge, 2010, pp. 120 y ss; Fierke, *International Security*, *cit.*, pp. 156 y ss.

<sup>85</sup> Sobre los orígenes históricos del discurso contemporáneo sobre el terrorismo, *vid.* Paredes Castañón, *Anatomía do Crime*, 4, 2016, pp. 35-37, con ulteriores referencias.



## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del Derecho Penal Internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Universidad de Salamanca

Juan Terradillos Basoco

Universidad de Cádiz

**RESUMEN:** Las líneas que siguen ponen de manifiesto los problemas que se derivan al momento de conciliar la liberalización del mercado en pro de aumentar el espacio de operaciones del capital privado (bajo los llamados “acuerdos de libre comercio”), con el hecho de procurar una intervención eficaz para asegurar la pax publica. Paradójicamente se percibe cómo los derechos humanos, que en este proceso de liberalización pueden resultar violentados, acaban siendo protegidos solo a nivel nacional bajo políticas neoliberales. El presente trabajo analiza las vías de solución impulsadas bajo este nuevo paradigma, tales como los tribunales de arbitraje, con los problemas que ello conlleva en la práctica al colisionar con los derechos humanos. Nos encontramos con una justicia hecha a medida para los detentadores de los poderes económicos en contraposición a una justicia de masas para los consumidores ordinarios. El trabajo analiza también, con especial hincapié, el marco europeo en los últimos años. Se defiende que el derecho internacional de los derechos humanos debe prevalecer, en un sentido férreo, frente a cualquier injerencia externa y de rango inferior, como los acuerdos de libre comercio, que de entrar en contradicción con aquel primer derecho, debieran devenir nulos.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdos de libre comercio, liberalización económica, derechos humanos, arbitraje internacional, Derecho Penal.

**ABSTRACT:** The next paragraphs reveal the problems that are derived at the moment of reconciling the liberalization of the market, in order to enlarge the space of operations of private capital (under the so called “free commerce agreements”), with the attempt of an effective intervention for ensuring the pax public. Paradoxically, it is perceived how human rights, which in this process of liberalization can be damaged, end up been protected only at a national level under neoliberal policies. This article analyzes the ways of solution that are driven by this new paradigm, like arbitration tribunals, with the problems that this entails in practice as they collide with human rights. We are in front of justice made ad-hoc for holders of the economic power in contraposition of a masses’ justice for ordinary consumers. The text also analyzes, with special emphasis, the European framework of the last few years. It is affirmed that human rights’ international law must prevail, in a tight sense, facing any external interference of lower rank, like free commerce agreements which, when entering in contradiction with those first rights, must be nullified.

**Keywords:** Free commerce agreements, economic liberalization, human rights, international arbitration, Criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Paradoja normativa. 3. La cesión del Estado social y democrático de derecho a favor de las empresas transnacionales 4. Respuesta europea regional internacional. 5. Alternativa: inversión de prioridades.

Rec: 15/09/2018 | Fav: 22/09/2018

## 1. Introducción

La desregularización de ámbitos que se sustraen al control político producto de la globalización es parcial, puesto que, como afirmaba a principios de siglo Terradillos Basoco, existe una doble tendencia político-criminal: por una parte, se da una desregularización con el objetivo principal de propiciar la ampliación de los espacios del poder ligados al capital privado, con una práctica inhibición frente a la explotación o la discriminación de los extranjeros, pero por la otra, se procura una rígida intervención cuando se trata de asegurar la *pax publica* requerida por ese mismo mercado “sin los resultados del cotejo de los medios empleados para la obtención de esa *pax* con los exigidos por la dignidad”.<sup>1</sup> Cuando la exclusión social tiene una raíz global, producto de la lógica económica global guiada por la búsqueda de los beneficios, el peso de la dignidad de los individuos disminuye hasta la pérdida de derechos. Los derechos humanos y la mundialización se encuentran en una situación cada vez más compleja y contradictoria. Por ello, Terradillos Basoco marcaba el camino cuando señalaba que era necesario indagar las causas en cuya virtud se adoptan estrategias aptas para la tutela de valores que el mercado pretende imponer universalmente, mientras no se logra la misma eficiencia en la tutela de valores que, como los inherentes al ejercicio de los derechos humanos, son universales por definición.<sup>2</sup>

## 2. Paradoja normativa

La globalización económica, cuyos principales actores son las empresas transnacionales, que cuentan con el poder económico, político, cultural y jurídico, a través de los acuerdos de libre comercio, han desarrollado una *Lex Mercatoria*, caracterizada por la extraterritorialización de la regulación del comercio, que representa un derecho corporativo global, imperativo, coercitivo y ejecutivo a través de la existencia de tribunales arbitrales internacionales y la efectividad de sus laudos. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos, en un lenguaje de *soft-law* es frágil, limitado a Estados, con escasas instancias de control y seguimiento. Los derechos humanos y sociales se mantienen en el ámbito nacional como la fórmula más eficaz de la tutela de los mismos, eso sí, bajo las políticas neoliberales.

Los acuerdos de libre comercio, como los apadrinados por la Organización Mundial del Comercio (OMC), “buscan no solo bajar las barreras aduaneras, sino también reducir las barreras conocidas como ‘no arancelarias’: cuotas, trámites administrativos o normas sanitarias, técnicas y sociales”.<sup>3</sup> Se trata de proporcionar herramientas jurídicas a los inversores para eliminar cualquier obstáculo reglamentario o legislativo que un Estado pueda interponer en el camino del libre comercio, por tanto, garantizan a las empresas transnacionales el libre movimiento de bienes y servicios contra todo tipo de barreras y regulaciones. Los acuerdos no solo desregularizan los flujos de bienes, sino las inversiones, la propiedad intelectual y los servicios. Su lógica de libre comercio subordina al mercado las políticas nacionales, condicionando y

<sup>1</sup> Vid. Terradillos Basoco, J., “El derecho de la globalización luces y sombras”, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 209; el mismo “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, en *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000, p. 29.

<sup>2</sup> Terradillos Basoco, J., “Sistema penal y criminalidad internacional”, en *SERTA. In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, p. 753.

<sup>3</sup> Jennar/Lambert, “La globalización feliz”, *TTIP, NAFTA, TISA ...Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* nº8, Le Monde Diplomatique, p. 12.



determinando las políticas nacionales desde una total asimetría.

En esta época, de crisis han proliferado los acuerdos de libre comercio,<sup>4</sup> que formalmente se organizan globalmente en tres tipos de disposiciones: el acceso al mercado se trata sobre todo de la eliminación de aduanas, liberalización de servicios y apertura de mercados públicos; a las normas y reglamentos técnicos que definen las preferencias colectivas respectivas de las partes negociantes; y las ligadas al funcionamiento y a las reglas que rigen el acuerdo y su interacción con otros instrumentos jurídicos internacionales. Aunque se caracterizan, también, por una ausencia de regulación de los derechos sociales, medioambientales y el derecho al desarrollo en el ámbito multilateral y tienen como principios rectores: la igualdad en el tratamiento a las empresas extranjeras y las nacionales; la voluntad de las partes de dar trato justo y equitativo al capital extranjero frente a la capacidad de regulación del Estado receptor; la seguridad de la inversión; y la libertad de la empresa de transferir su capital y crear paneles privados (arbitraje) para resolver disputas relacionadas con la aplicación de los acuerdos.

### 3. La cesión del Estado social y democrático de derecho a favor de las empresas transnacionales

Un 90% del total de estos acuerdos contiene algún tipo de mecanismo de gestión de controversias entre los inversores y los Estados. Se trata de un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal. Esta crisis del monopolio estatal en la creación jurídica, esta desregulación en los hechos del ámbito comercial internacional, arrastra consigo la crisis del monopolio estatal en la aplicación del derecho a favor de un justicia informal que se confía a

mecanismos extraestatales o extrajudiciales de resolución de conflictos,<sup>5</sup> como es el caso de los arbitrajes privados o la creación estatal de sedes extrajudiciales de resolución de conflictos. La cantidad de reglas impuestas por el mercado y por los grandes estudios de abogacía, han creado un verdadero *juristenrechts*, completamente sustraído de los controles estatales, pero vinculante en los negocios. Por ejemplo, en el caso Chevron (EE. UU) vs. Ecuador, después de años de conflicto en los tribunales nacionales ecuatorianos, pueblos indígenas y campesinos ganaron una victoria histórica sobre Chevron. La sentencia del tribunal condenaba a la empresa a pagar 18,000 millones de dólares para limpiar la contaminación de suelos y agua debido a sus operaciones. Chevron recurrió entonces al mecanismo inversores-Estados del Tratado Bilateral de Inversión EEUU-Ecuador para anular la sentencia nacional y evitar así su cumplimiento.

El grupo de arbitraje privado internacional que dirime las controversias son instancias especializadas, entre ellas se encuentra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que arbitra la mayoría de los casos, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Tribunal Permanente de La Haya, ciertas cámaras de comercio, etc. La OMC establece un Sistema de Solución de Diferencias (SSD), cuyo núcleo central reside en que todo miembro pueda reclamar a otro por medio del mismo y conseguir que se establezcan los términos de la solución de la diferencia. La visión jurídico-formal se sustenta en la necesidad de dotar de plena seguridad jurídica a las inversiones realizadas por las empresas transnacionales frente a la soberanía de los Estados receptores. Las características fundamentales del mecanismo inversores-Estados, en su configuración habitual, según Krajewski,<sup>6</sup> serían las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que

<sup>4</sup> Existen acuerdos internacionales, regionales y bilaterales. Según los datos de la Organización Mundial del Comercio, a fecha de 1 de febrero de 2016, existían 625 tratados de libre comercio regionales ratificados, de los cuales 406 están en vigor (13 más que en la misma fecha de 2015) y muchos siguen en fase de negociación. En la actualidad, algunos de ellos paralizados por una administración estadounidense que enarbola en estos momentos la bandera del proteccionismo y nacionalismo. Además de estos tratados, y según los datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en la actualidad están vigentes 2278 tratados bilaterales de inversión. *Vid* <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>

<sup>5</sup> Terradillos Basoco, J., "Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico" en *Temas de Derecho penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 223.

<sup>6</sup> Krajewski, M., "Public Services Exemptions in EU free Trade and Investment Agreements", en *Services of General Interest Beyond the Single Market: External and International Law Dimensions*, Springer, 2015, pp. 243 y ss., el mismo, "Protecting the Human Right to Water Through the Regulation of Multinational Enterprises", en Julien Chaisse (ed), *The Regulation of Global Water Services Mar-*

## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos

no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición *ad hoc* de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos.

Hace 60 años aproximadamente que las empresas privadas pueden litigar contra los Estados. Durante mucho tiempo, este procedimiento fue poco utilizado. De los cerca de 550 procesos contabilizados en todo el mundo desde los años 50, el 80% se iniciaron entre 2003 y 2012, de las cuales el 24% procedían de compañías estadounidenses, les siguen países como Alemania, Canadá, Reino Unido y Países Bajos.<sup>7</sup> En los últimos tiempos, este crecimiento espectacular va acompañado de un cambio de tendencia. Hasta hoy, lo dominante era que empresas del norte reclamaran a Estados del sur. Tres cuartas partes de las demandas solventadas o en curso, ante un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, se han presentado contra países en desarrollo<sup>8</sup> o contra economías emergentes (Argentina, Ecuador, Venezuela, Chipre y Grecia destacan por ser habitualmente demandadas). Muchos de estos conflictos han enfrentado a empresas con las políticas estatales para combatir las crisis económicas, por ejemplo, cuando Argentina congeló las tarifas de los servicios públicos (energía, agua, etc.) y devaluó la moneda para responder a la crisis financiera que azotó al país en 2001-2002, se vio sorprendida por más de 40 demandas de inversores. En enero de 2014, el país había sido condenado a pagar un total de 980 millones de dólares en concepto de indemnización. Entre los demandantes se encontraban

varias multinacionales de la Unión Europea (UE) como Suez y Vivendi (Francia), Anglian Water (Reino Unido) y Aguas de Barcelona (España). Egipto se halla, desde hace tres años, en el punto de mira de los inversores ya que pasó a ser, en 2013, el principal destinatario de las demandas de las multinacionales.

No obstante, la utilización del arbitraje privado internacional está evolucionando hacia el norte. Concretamente, 117 de los casos conocidos han sido originados por demandas contra un Estado miembro de la UE y un cuarto de los mismos contra la República Checa (88 de estos casos han sido demandas interpuestas por un inversor de otro Estado miembro). Tan solo 9 casos son de ámbito transatlántico, es decir, dirimen una controversia entre Estados Unidos y un Estado de la UE, y todos ellos fueron iniciados por inversores estadounidenses.

Se trata de uno de los sistemas jurisdiccionales más perfeccionados, los laudos arbitrales resultantes tienen plena eficacia y tienen en común que las empresas transnacionales son beneficiarias directas, mientras que los derechos humanos, laborales fundamentales y medioambientales quedan sometidos al libre comercio. Estas demandas se han usado para amenazar las políticas estatales en campos tan diversos como la energía verde (*Vattenfall vs. Alemania*, *Lone Pine (EEUU vs. Canadá)*, las políticas farmacéuticas (*Eli Lilly vs. Canadá*), la legislación anti-tabaco (*Philip Morris vs. Uruguay y Australia*), las prohibiciones de agentes químicos peligrosos, restricciones medioambientales sobre la minería (*Occidental (EEUU) vs. Ecuador*; *Pacific Rim Mining Corp. (Canadá) vs. El Salvador*; *Befesa-Abengoa vs. México*; *Gold vs. Costa Rica*), derechos laborales (*Veolia vs. Egipto*), medidas para mejorar la situación económica de las minorías (*Grupo inversor italiano vs. Sudáfrica*, aunque en este caso fue a favor de la mayoría), medidas tributarias y políticas fiscales.

Las previsiones específicas de sus resoluciones limitan los poderes de los Estados sobre las compañías extranjeras que están operando en sus países y ceden el poder político y judicial a favor de estas últimas. Esto crea una seria barrera al deber del Estado

kets, *Forthcoming*, 2015, *Vid.*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2675369](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2675369)

<sup>7</sup> Breville/Bulard, "Tribunales para atacar a los Estados" en *TTIP, NAFTA, TISA ... Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* n°8, *Le Monde Diplomatique*, pp. 10 y ss.

<sup>8</sup> Casi dos terceras partes de todas las controversias inversor-Estado conocidas en el mundo han sido iniciadas por inversores de la UE y de Canadá.

de legislar en el interés de sus ciudadanos y frena la posibilidad de introducir medidas que restrinjan el poder de las empresas en aras del interés público. Las controversias en el libre mercado eluden los mecanismos judiciales existentes, sustituyéndolos por mecanismos de solución de controversias secretos y sin ninguna rendición de cuentas. En el caso europeo, también violan la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia Europeo, por lo que se puede considerar que son incompatibles con los Tratados de la Unión Europea. Se trata de un mecanismo que solo funciona en un sentido, injusto para los Estados, ya que solamente los inversores pueden iniciar demandas en sus propios términos; los Estados solo pueden hacer contra-demandas. La forma de selección de los árbitros, al ser realizada tanto por los Estados como por la parte inversora, puede poner en entredicho la independencia y la imparcialidad en el fallo dentro de un procedimiento arbitral. Otro inconveniente es la confidencialidad u opacidad de los fallos y el no seguimiento de precedentes. Esto hace que el procedimiento no siga parámetros que brinden seguridad jurídica y transparencia.

Además, el sistema solo cubre actividades comerciales, las demandas relativas a derechos humanos, laborales, sociales y medioambientales están excluidas. Se otorgan derechos excesivos a los inversores, sin el derecho equivalente de acudir a ningún tribunal internacional para los ciudadanos o las comunidades dañadas o engañadas por los proyectos y productos de los inversores. Desde un punto de vista económico, este sistema extrajudicial duplica los eslabones de las autoridades judiciales y añade carga extra a los presupuestos públicos de los Estados, que necesitan sufragar su propia defensa incluso si ganan el caso. Los costos del proceso son desorbitados. En el caso de que los Estados ganen los juicios, deben pagar los costes judiciales y diversas comisiones que ascienden a una media de 8 millones de dólares por caso, despilfarrados en detrimento de los ciudadanos. Los árbitros (en un 96%

hombres), provienen principalmente de grandes bufetes de abogados europeos o estadounidenses.<sup>9</sup>

Podemos constatar que la globalización es un fenómeno que oculta a la empresa transnacional como autor global que sustrae a todo control jurídico y, en lugar de someter su poder a control, de tal manera que cuando se abuse de él se pueda exigir responsabilidad a través del derecho penal, la responsabilidad de la persona jurídica, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, es muy limitada. Por el contrario, la modalidad premial se instituye en el derecho penal para convencer a quienes se ajusten al nuevo modelo. Es el beneficio por el conformismo.<sup>10</sup> Encontrándonos así ante una justicia a la medida y a la carta para los detentadores de los poderes económicos y una justicia de masas para los consumidores ordinarios, en el que el sistema penal asume un papel residual, representado por una justicia togada, popular por gratuita, pero lenta y no especializada, prácticamente reservada para los menesterosos.<sup>11</sup>

Parece evidente que la vinculación de la defensa de la seguridad jurídica en las inversiones con los tribunales arbitrales, lejos de ser una garantía esencial del derecho, es un eslabón más de la dominación de las multinacionales. El resultado es una asimetría entre el derecho corporativo global y el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>12</sup> en lugar de la instauración de mecanismos eficaces para el seguimiento y evaluación de los impactos generados por las grandes corporaciones y la necesidad de establecer propuestas alternativas concretas para controlar las prácticas de las compañías multinacionales.

#### 4. Respuesta europea regional institucional

Con el fin de neutralizar la oposición ejercida por determinados partidos políticos que se han alzado en el seno de la UE, se establecieron los denominados “acuerdos de libre comercio de nueva generación”, cuyo “caballo de Troya”<sup>13</sup> es el Acuerdo Económico

<sup>9</sup> Breville/Bulard, “Tribunales para atacar a los Estados” en *TTIP, NAFTA, TISA ...Una OTAN de la economía*, en *Punto de vista* nº8, Le Monde Diplomatique, pp. 10 y ss.

<sup>10</sup> Juárez Tavares, “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, en *Derecho penal y política transnacional* (coords. Bacigalupo/Cancio Meliá), Atelier, 2005, p. 315.

<sup>11</sup> Terradillos Basoco, J., “Sistema penal y criminalidad internacional”, *op. cit.*, p. 756.

<sup>12</sup> *Vid* ampliamente, Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Hegoa, 2009. En [http://biblioteca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/17501/original/Empresas\\_transnacionales\\_frente\\_a\\_los\\_derechos\\_humanos.pdf](http://biblioteca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/17501/original/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf)

<sup>13</sup> El 80% de las empresas de EE. UU. operan en Canadá y, por tanto, podrán utilizar el Tratado para proteger y defender sus intereses.

## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos

y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA). Las negociaciones se llevaron a cabo por EE.UU. y Canadá entre 2009 y 2016, está aprobado pero pendiente de ratificación todavía por algunos países de la UE, a pesar de ello, ha comenzado a funcionar en septiembre de este año. El mandato de negociación del CETA data de abril de 2009 y no se desclasificó hasta la Decisión del Consejo de Asuntos Exteriores de 15 de diciembre de 2015. Hubo una total opacidad en las negociaciones, aunque los *lobbies* han sido escuchados y han tenido un acceso a las negociaciones sin parangón, al contrario, ha permanecido con carácter reservado a los ciudadanos y a los medios de comunicación. Previamente, en octubre de 2015, se filtraron una serie de documentos que señalaban las distintas reformas de este mandato, en 2010 y 2011, donde se añadió el ISDS, mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado, como una parte indispensable del tratado.

El 29 de febrero de 2016, las dos partes del acuerdo anunciaron la finalización de la revisión jurídica con la introducción de una modificación en el apartado de protección de la inversión extranjera y en concreto en el mecanismo establecido para ello. La justificación oficial del acuerdo ha sido la creación del vasto mercado transatlántico por la supresión de barreras a las importaciones. Utilizan diferentes estudios que muestran toda una progresión de los negocios y, por tanto, la posibilidad de crear millones de empleos. El acuerdo CETA regula entre otros temas: la reducción de las tasas aduaneras que aún existen, supresión en materia agrícola; armonización del máximo de normativas y procedimientos ligados al comercio; apertura de mercados públicos a las empresas de la otra parte, transparencia, ningún favoritismo respecto a las empresas del Estado; liberalización de servicios; refuerzo de la protección de inversores, sin tener ningún problema de demandas sobre la compra obligatoria de componentes locales o de imposibilidad de repatriación de beneficios; endurecimiento de los derechos de propiedad intelectual, entre ellos las “denominaciones de origen”; inclusión de “garantías” en materia de desarrollo sostenible y de derechos sociales; liberalización del comercio de la energía e inserción de disposiciones específicas para las Pymes.

Los principales avances que supone el CETA son, por una parte, la creación de un tribunal semipermanente (art. 8.27) encargado de resolver las disputas

referentes a inversiones junto con un tribunal de apelación (art. 8.28.3, art. 8.28.5 y 8.28.7). Se trata de un “nuevo y transparente sistema para resolver disputas entre inversores y Estados”, que pasa a llamarse Investment Court System (ICS). Con el fin de darle más legitimidad, coherencia y, en cierta forma, unidad de doctrina a las decisiones que se tomen. Las principales modificaciones son las siguientes: sustitución, al menos nominal, de los árbitros por jueces “totalmente cualificados”; introducción de mecanismos para asegurar la transparencia en las decisiones e inclusión de una doble instancia que permita la apelación de las resoluciones de manera que el mecanismo de resolución quedaría conformado por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación. El problema es que este tribunal crea un sistema paralelo de justicia en sistemas judiciales estatales relativamente eficientes, competentes e imparciales.

El ICS sigue orientándose al establecimiento de una vía paralela y privilegiada para que los inversores extranjeros protejan sus inversiones, eludiendo la normativa estatal y los tribunales nacionales. Por tanto, ofrecen acceso a los mercados y altos niveles de protección a los inversores extranjeros, socavando gravemente el espacio normativo interno. También impiden que se limiten los flujos de capitales que entran y salen de un país, lo cual significa que los Gobiernos pueden perder el control de su propia economía.

Por la otra, el CETA posee un capítulo dedicado al desarrollo sostenible, en el que en un lenguaje de *soft-law*, la UE y Canadá han acordado la promoción del desarrollo sostenible a través de distintos medios voluntarios, como el *eco-labelling* y el comercio justo, o de las directrices de la OCDE sobre empresas multilaterales. También el CETA incluye un capítulo dedicado a incorporar las referencias a estándares laborales internacionales, fundamentalmente la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que las partes se reafirman en sus compromisos con relación a las cuatro convenciones más importantes de la OIT y al Programa de Trabajo Decente y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa.

Respecto del medio ambiente, establece el compromiso de las partes para aplicar de modo efectivo los tratados multilaterales que hayan concluido en la materia, sin hacer expresa mención de ninguno por contraposición a lo estipulado en otros Acuerdos de Libre



Comercio (ALC). Tanto para los derechos sociales como para el medio ambiente se prevé la creación de un órgano sobre comercio y desarrollo sostenible encargado de verificar la aplicación de estas previsiones. No se han previsto sanciones económicas en caso de incumplimiento de estas disposiciones, aunque Canadá normalmente suele prever en sus ALC consecuencias económicas en el supuesto de infracción en estas materias. Por último, el CETA recoge una cláusula de protección de los derechos humanos en el preámbulo del acuerdo, con mención específica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal y como se ha hecho en anteriores ALC. Esta previsión parece responder a la intención de mantener un precedente, más que al temor de que Canadá no cumpla con la obligación de respetar los derechos humanos.<sup>14</sup>

El CETA, como todos los tratados comerciales recientes, reduce el espacio destinado a las políticas públicas y multiplica los obstáculos para los Gobiernos que luchan por suministrar servicios o legislar en pro del interés general. A pesar de las mejoras introducidas en las disposiciones relativas a la relación entre inversores y Estados, estas son insuficientes, puesto que el procedimiento para la designación de jueces del ICS no cumple con los requisitos internacionales para la independencia de los tribunales y los cambios aún plantean la cuestión de por qué se necesita un sistema ICS o ISDS entre países que cuentan con sistemas judiciales plenamente desarrollados y eficaces. Si bien el problema principal es valorar las consecuencias negativas sobre el empleo y los derechos laborales que se derivan del resto del contenido de los tratados de comercio de nueva generación.<sup>15</sup> Los estudios no tienen en cuenta que la armonización de las regulaciones y leyes conllevan, a corto y largo plazos, una serie de costos sociales. Más importante todavía, la eliminación de las barreras no arancelarias resultará en una pérdida potencial de bienestar para la sociedad, incluso, puede amenazar los objetivos de las

políticas públicas. También incluye a sectores sensibles como la alimentación y las bebidas, los químicos, las medicinas, los cosméticos y el automotriz.

La estrategia comercial persigue facilitar y abaratar la comercialización de bienes, así como fomentar la licitación pública y la externalización de servicios, sin restricciones sobre la propiedad ni limitaciones sobre el movimiento de capitales. Esto permite a las compañías transnacionales *dumping* social. De este modo, las actuales normas de comercio e inversión ponen a los trabajadores y a las trabajadoras en situación de competencia directa entre sí, independientemente de donde se encuentren, y obliga a los Gobiernos a participar en una carrera a la baja en materia de derechos laborales y políticas fiscales con el objetivo de atraer inversiones. Por ende, cualquier reforma futura encaminada a mejorar las condiciones de empleo podrá ser objeto de demandas de indemnización por parte de las corporaciones. En suma, mantenimiento de condiciones poco favorables para los asalariados: remuneración básica, precariedad y flexibilidad del trabajo e intensificación de las tareas.

A estas alturas existen evidencias de que el sistema alimentario globalizado está fallando para los agricultores, nuestra salud y el ambiente. La producción en masa de alimentos no ha conseguido eliminar el hambre para millones de personas y hace que los medios de vida de las comunidades agrícolas sean insostenibles. El principio de precaución en pro de la seguridad alimentaria se elimina. Impulsan el crecimiento de los sectores industriales de alto consumo energético y la expansión de la agricultura intensiva, actividades que entrañan altos niveles de carbono y que fomentan cada vez más emisiones de carbono por su dependencia de los combustibles fósiles. Estas actividades contribuyen a la implacable destrucción de los bosques y los mares que regulan el clima y al propio cambio climático. En este sentido, la actual política comercial persigue limitar el espacio normativo de los distintos países para

<sup>14</sup> Vid más ampliamente, Segura Serrano, A., “El acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA): una evaluación de la política comercial de la UE”, en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, nº 30, consultado en <http://www.reei.org/index.php/revista/num30/notas/acuerdo-libre-comercio-entre-ue-canada-ceta-una-evaluacion-politica-comercial-ue>

<sup>15</sup> Las experiencias anteriores, concretamente la del NAFTA han demostrado que las consecuencias de la liberalización regional del comercio han sido contrarias a las prometidas: incremento de la desigualdad, aumento de los beneficios de las élites acomodadas, estancamiento de los salarios, crecimiento del desempleo, *dumping* social, declive de la protección social y violación de los derechos de las organizaciones de trabajadores y de su capacidad de negociación colectiva. Y no solo el NAFTA ha provocado estos efectos: otros tratados suscritos por EE. UU. con países como Colombia, Guatemala, Honduras, México, Bahréin o Jordania han producido un efecto negativo sobre los derechos laborales y sociales. En este sentido, vid Guamán Hernández, A., *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, Ediciones AKAL, 2015.



regular el comercio y amparar los mercados locales, normas que son necesarias para proteger los medios de vida de sectores vulnerables de la sociedad y para hacer valer derechos económicos, sociales y culturales. El sector de los servicios financieros —que canaliza fondos para el comercio, la inversión extranjera directa y el conjunto de la sociedad— ha orientado muchos beneficios hacia sí mismo. Como sector, ha logrado convencer que se deben restringir, incluso en el futuro, todas las regulaciones y los controles que se les puedan imponer, lo cual genera ataques sistemáticos y generalizados contra la comunidad.

En la actualidad asistimos al desmantelamiento de los servicios públicos esenciales como la distribución de energía y agua, la educación, la salud y los servicios sociales deben protegerse de la ofensiva de intereses comerciales y de las reglas del mercado para promover los intereses estratégicos nacionales y locales (por ejemplo, porque los contratos públicos pueden ayudar a desarrollar a las empresas locales). Los derechos de autor, las patentes, las marcas comerciales y otras formas de lo que se conoce como “propiedad intelectual”, pueden obstaculizar la innovación por parte de los competidores y fijar precios de monopolio que perjudican el acceso a bienes esenciales del conocimiento, como los medicamentos. El Acuerdo Comercial Anti-falsificación (ACTA) puede ser un ataque a las libertades civiles, pues contempla obligar a los proveedores de internet a controlar la actividad en la red e informar sobre personas sospechosas de infringir las disposiciones sobre derechos de autor. También daría a las corporaciones un mayor acceso sobre la información ciudadana (a expensas del derecho civil a la privacidad), con un impacto negativo importante sobre la libertad de expresión (ya que el control de los datos que fluyen en internet debilitan la libertad digital).

Con estas mimbres no es de extrañar que la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD),<sup>16</sup> en un informe de junio de 2015, haya puesto de manifiesto la necesidad de ahondar en

mecanismos que den la libertad de regular a los Estados con el propósito de satisfacer el interés general, ya que muchas veces los ALC imponen límites que restringen el quehacer de los poderes públicos, lo cual afecta, de manera grave, la formulación de políticas públicas necesarias para la satisfacción de los derechos, principalmente los de carácter social. Por su parte, un grupo de relatores especiales y expertos independientes de la ONU emitieron una declaración expresando su preocupación por el impacto respecto de los derechos humanos de los acuerdos de libre comercio e inversión, específicamente sobre el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) y el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP),<sup>17</sup> en relación con los derechos a la vida, la comida, el agua, la salud, la vivienda, la educación, la ciencia y la cultura, los estándares de trabajo, la judicatura independiente, un medio ambiente limpio, y el derecho a no ser desplazado forzosamente.<sup>18</sup> Estos acuerdos, aunque la negociación del TTIP en la actualidad está paralizada, plantean el reto de acabar con la fuerte asimetría existente entre las garantías y efectividad jurídica del Derecho Internacional de los derechos humanos y del trabajo, el medio ambiente frente al sistema de solución de diferencias de la OMC o los sistemas de arbitraje previstos en los acuerdos regionales o bilaterales de comercio e inversiones.

## 5. Alternativa: inversión de prioridades

Sobre la base de la necesidad de refundar los textos que componen los cuerpos normativos de los derechos humanos, se requiere un nuevo proceso constituyente que tutele nuevos derechos relacionados con la paz, la solidaridad, la naturaleza, la soberanía alimentaria, la democracia y el Estado, las migraciones internacionales, la salud sexual y la salud reproductiva de las mujeres, los pueblos originarios y los derechos de las minorías.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *análisis*, The Political Economy of the Trans-Pacific Partnership Exploring new trade frontiers, 2016, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webditc2016d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webditc2016d3_en.pdf)

<sup>17</sup> <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>

<sup>18</sup> La declaración hacia referencia expresa a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios de Ruggie”) de 2011, [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) que se refiere a las obligaciones de derechos humanos de las empresas e insta a los Estados a asegurar un marco normativo que así lo permita en tratados de comercio e inversión.

<sup>19</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>



El punto de partida es que el derecho internacional de los derechos humanos —incluido el derecho internacional del trabajo y el derecho internacional ambiental— son jerárquicamente superiores a las normas de comercio e inversiones, nacionales e internacionales, por su carácter imperativo y como obligaciones *erga omnes*, es decir, de toda la comunidad internacional y para toda la comunidad internacional. Si los acuerdos de libre comercio e inversión priorizan los privilegios y ganancias de los inversionistas y de las empresas transnacionales frente al derecho internacional de los derechos humanos, la consecuencia jurídica debería ser la nulidad de los acuerdos de libre comercio e inversión, que deviene de invocar la preeminencia de una norma jerárquicamente superior.

Al menos dada la asimetría entre el derecho corporativo global y el derecho internacional, de los derechos humanos, que genera una arquitectura de la impunidad que favorece a las empresas transnacionales, se trata de construir la arquitectura de los derechos humanos a favor de las mayorías sociales. En esta línea, es necesario contar con contrapesos suficientes y mecanismos efectivos para el control de sus impactos sociales, laborales, culturales y ambientales de los acuerdos comerciales y de protección de inversiones, las normas en la OMC, el FMI y el Banco Mundial, los tribunales internacionales de arbitraje y los mecanismos de resolución de disputas inversor-Estado.<sup>20</sup>

Con este fin deberían crearse sistemas de control de las empresas transnacionales mediante el perfeccionamiento de los sistemas nacionales. Los Estados deben garantizar el cumplimiento del derecho internacional, de los derechos humanos, en su ámbito jurisdiccional y la tutela judicial efectiva de las personas ante las ETN. Esto solo sucede cuando en los ordenamientos jurídicos se establece la responsabilidad civil y criminal por los crímenes e infracciones cometidas por las ETN —o por complicidad, colaboración, inducción y encubrimiento—, así como por sus directores, gerentes y los integrantes de los órganos —unipersonales o colegiados— que toman las decisiones. Siguiendo el principio de doble imputación, tanto la entidad legal como los individuos que

realizaron la acción incriminadora pueden ser procesados por las violaciones por las que sean responsables.

Los principios jurídicos vinculados a las normas de libre comercio e inversión —trato nacional, nación más favorecida, trato más favorable, trato justo y equitativo, el concepto de inversión, el concepto de expropiación indirecta, la limitación a exigirles requisitos de desempeño, la protección retroactiva del tratado, la libre disponibilidad de divisas, la cláusula paraguas, las cláusulas de estabilización y la cláusula de sobrevivencia posterior a su denuncia, etc.— deben subordinarse a las normas nacionales del Estado receptor y a las normas internacionales de derechos humanos. En esta línea, sobre la necesidad de establecer propuestas alternativas concretas para controlar las prácticas de las compañías multinacionales<sup>21</sup> se estima conveniente la creación de mecanismos eficaces para el seguimiento y evaluación de los impactos generados por las grandes corporaciones.

Como proponen Hernández Zubizarreta/Ramiro,<sup>22</sup> los Estados deberían ser los que aprueben normas internas que regulen la responsabilidad extraterritorial por las prácticas de las empresas transnacionales, sus filiales de hecho o de derecho y sus proveedores, subcontratistas y licenciarios, que permitan a las comunidades afectadas por dichas prácticas efectuar demandas en los tribunales del Estado matriz. En el marco de la jurisdicción universal, debería poder los Estados ejercitar acciones y recibir denuncias relacionadas con los delitos de genocidio, lesa humanidad y otros regulados en el Estatuto de Roma, y llevados a cabo por personas físicas y jurídicas, en sus territorios o extraterritorialmente. También garantizar —con apoyo político y económico— el funcionamiento imparcial, riguroso y eficaz de los tribunales de justicia nacionales y regionales. Las jurisdicciones regionales o internacionales, sería conveniente que tuvieran competencia para actuar de manera complementaria ante el agotamiento de los recursos internos del Estado actuante en cada caso, o ante una excesiva demora en el juzgamiento del mismo.

El aumento global del nivel de bienestar económico, social y ambiental tiene que ser prioritario pese a la

<sup>20</sup> Vid ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Icaria, 2015.

<sup>21</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>

<sup>22</sup> Vid ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria ...*, op. cit.

dificultad de establecer obligaciones precisas y de armonizar en un tratado las diferentes normas implicadas, dado que son temas muy diversos, que responden a lógicas distintas: el derecho laboral, los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho referido al medio ambiente, los derechos de los consumidores, los derechos corporativos. No cabe duda que tiene que existir el reconocimiento de la obligación de las empresas transnacionales de respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos y de su responsabilidad civil y penal, en el caso de incurrir en violaciones a los mismos, la responsabilidad civil y penal de sus dirigentes, la primacía de los derechos humanos y del interés público sobre el interés económico. Las disputas inversor-Estado al someterse a la decisión de órganos arbitrales, implican un menoscabo de la soberanía de los Estados, los derechos de las personas y los pueblos, por lo que también deberían derogarse los paneles arbitrales internacionales.

La dificultad no debe ser una imposibilidad cuando se trata de las conductas más graves, que serían las que se dirimirían ante una Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos, que complemente los mecanismos universales, regionales y nacionales, garantice que las personas y comunidades afectadas tengan acceso a una instancia judicial internacional independiente para la obtención de justicia por violaciones de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales, y sea la encargada de aceptar, investigar y juzgar las denuncias interpuestas contra las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos y por la responsabilidad civil y penal de crímenes económicos, corporativos y ecológicos internacionales.<sup>23</sup>

La Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos dispondrá de una organización y funcionamiento autónomo y totalmente independiente respecto a los órganos ejecutivos de las Naciones Unidas y de los respectivos Estados. Las sanciones contra las personas jurídicas pueden ser, entre otras, la multa, la

difusión pública de la decisión condenatoria, la confiscación del instrumento del delito o de su producto y la disolución. Las sentencias y sanciones de la Corte mundial tendrían que ser ejecutivas y de obligado cumplimiento. También es necesario un centro público para el control de empresas transnacionales encargado de analizar, investigar e inspeccionar las prácticas de las empresas transnacionales.<sup>24</sup>

Respecto a los crímenes internacionales contra la humanidad, se pretende profundizar en los delitos económicos, laborales, financieros y ecológicos como delitos contra la humanidad.<sup>25</sup> Los crímenes internacionales contra la humanidad que podrían extenderse a los delitos económicos, laborales, fiscales y medioambientales que afecten de manera generalizada y sistemática a una comunidad lesionando derechos humanos. Los tipos penales podrían abarcar conductas de explotación de los recursos naturales, la especulación alimentaria, el trabajo infantil. Las violaciones graves y masivas a los derechos económicos, sociales y culturales y los daños graves al medio ambiente, dolosa o imprudentemente, deben tipificarse como crímenes económicos, laborales y ecológicos internacionales.

Las prácticas de las empresas transnacionales —o de aquellas personas que actúen en su nombre—, al igual que de las personas físicas responsables de las mismas, que cometan actos o actúen como cómplices, colaboradores, inductores o encubridores y que violen gravemente los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales podrán ser tipificados como crímenes internacionales de carácter económico, corporativo, laboral o ecológico. El elemento internacional se configura cuando la conducta delictiva afecta a los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial o viola bienes jurídicos que son derechos humanos de forma sistemática y generalizada.<sup>26</sup>

Los crímenes económicos contra la humanidad englobarían las prácticas de las personas físicas o jurídicas que violen los derechos económicos, sociales

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Transnational Institute, Construyendo un tratado sobre derechos humanos transnacionales y en la ONU. Avances para detener la impunidad corporativa sobre los derechos humanos. Propuestas de la campaña global para reivindicar la soberanía de los pueblos, desmantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad, 2da Sesión del Oeigwg – Ginebra, 2016. [https://www.tni.org/files/publication-downloads/six-points\\_esp.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/six-points_esp.pdf)

<sup>25</sup> Benería/Sarasúa, “Delitos y crímenes económicos contra la humanidad”, *Revista de Economía Crítica*, n12, segundo semestre 2011, [http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12\\_Notas\\_1\\_Berenia\\_sarasua.pdf](http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12_Notas_1_Berenia_sarasua.pdf)

<sup>26</sup> Propuesta Tratado de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales, <http://omal.info/spip.php?article6438>

y culturales regulados en la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y demás resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas calificadas como *ius cogens* y serán tipificadas como crímenes económicos contra la humanidad, cuando concurren circunstancias acordes con el artículo 2 c de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio: “Sometimientto intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, la destrucción de los grupos políticos y el etnocidio.<sup>27</sup>

En el marco de los crímenes laborales internacionales se podrían incluir las prácticas de las ETN o de las personas que actúen en su nombre que puedan calificarse, entre otros, como esclavitud, trabajo forzoso, explotación laboral, trata de personas, trabajo clandestino y límites a la libertad sindical.

Como crímenes corporativos internacionales se podrían tipificar las prácticas de las ETN o de las personas que actúen en su nombre que puedan calificarse, entre otros, como corrupción, soborno, crimen organizado, malversación de fondos, blanqueo de dinero, fraude fiscal, tráfico de información privilegiada, manipulación de mercados, estafa organizada contra clientes, pequeños accionistas y accionariado público, falsedad de estados financieros. Se podrían tipificar los crímenes financieros internacionales que criminalicen conductas como la realización de operaciones especulativas desgajadas de la economía real que contribuyan a incrementar el precio de productos básicos o a mermar la capacidad económica de los Estados, o bien delitos fiscales internacionales donde se cometa o facilite la evasión fiscal, como la garantía del anonimato de los evasores o la no cooperación con autoridades fiscales.<sup>28</sup>

Con relación a los crímenes ecológicos internacionales, podrían abarcar los conflictos ecológicos distributivos, generados por las prácticas de las personas físicas o jurídicas, incluyen el acaparamiento de tierras y territorios, la privatización y contaminación de fuentes de agua y la destrucción del ciclo hidrológico

integral, el arrasamiento de selvas y biodiversidad, la biopiratería, el cambio climático, la contaminación masiva de los mares o la atmósfera, y el ecocidio, entre otros. La devastación natural se configura a partir de los impactos, la contaminación y el avasallamiento de los territorios. Esto tiene directa relación con los derechos de la naturaleza y a su vez con los derechos humanos y la posibilidad de gozar de un ambiente sano, esta última premisa es fundamental para la garantía de los demás derechos consagrados en las normas nacionales e internacionales.<sup>29</sup>

Por tanto, el marco global de regulación empresas transnacionales y derechos humanos requiere aprobar un tratado internacional exigible, justiciable y codificado, desde una revisión crítica y actualizada del concepto de derechos humanos. También sería preciso crear una Corte mundial sobre corporaciones transnacionales y derechos humanos y un centro público para el control de las empresas transnacionales, que integre de forma sistemática los derechos humanos en sus evaluaciones del impacto sobre la sostenibilidad. Estas evaluaciones se deben efectuar antes de iniciar cualquier negociación, por parte de una institución independiente y contar con una amplia participación de la sociedad civil.

A nivel regional y estatal requiere revisar la política comercial para que esta sea coherente con sus obligaciones internas y extraterritoriales en materia de derechos humanos, tanto propias como de sus Estados miembros, cuyo principio rector debe ser la primacía de los derechos humanos, para ello sería importante ampliar la legalidad internacional a nuevos sujetos y posicionar valores como la jurisdicción universal, extraterritorialidad, la responsabilidad solidaria, la doble imputación. Con la finalidad de asegurarse de que los acuerdos comerciales nunca limiten el espacio normativo de otros países para adoptar las medidas necesarias para hacer valer los derechos humanos. También se debería de integrar de forma sistemática los derechos humanos en sus evaluaciones del impacto sobre la sostenibilidad (EISOS). Las conclusiones de esas evaluaciones se deben publicar y debatirse en

<sup>27</sup> Stop Corporate Impunity, *Ideas y propuestas para avanzar hacia un Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales. Documento para consulta global*, 2014. <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

<sup>28</sup> Vid las campañas y el largo archivo de ATTAC (ESPAÑA), *Justicia fiscal y financiera global*, <https://www.attac.es/category/jufiglo/>

<sup>29</sup> Vid ampliamente, Hernández Zubizarreta/Ramiro, *Contra la lex mercatoria ...*, op. cit.

## Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos

los parlamentos, y servir de base para formular todo mandato de negociación comercial.<sup>30</sup> Los acuerdos e iniciativas comerciales que se considere que representan una amenaza para los derechos humanos se deben rescindir o revisar drásticamente basándose en el debate público y parlamentario.<sup>31</sup>

Evidentemente, en cada Estado se deben y se pueden hacer políticas proteccionistas, pero que respeten derechos humanos, derechos laborales, el planeta en el que vivimos, una alimentación sana, datos personales, la sanidad y la educación públicas, el derecho al agua, el derecho a una energía no contaminante y asequible, el derecho a la democracia, el derecho a un “trato justo y equitativo” para todas las personas, y no para que unas élites utilicen ese concepto de forma fraudulenta en su propio beneficio. Reivindicar el respeto a los derechos humanos no es antiguo, deberían servir de límite a la *lex mercatoria*, quizás en ello esté la supervivencia de los pueblos y Estados.

Sin embargo, el derecho penal, en la postmodernidad, sabemos desde hace años que desarrolla un derecho neutral que perpetúa las relaciones económicas bajo la apariencia de una igualdad formal que coexiste con la desigualdad de los no-poseedores. Una teoría que se funda en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que, como es lógico, necesita de la abstracción del derecho para la conservación de esos intereses a través de un autolegitimación normativa.<sup>32</sup> En este ámbito, el derecho penal, en su función de *ultima ratio*, responde a los requerimientos de la desregularización de comportamientos contaminantes, antisindicales o de explotación, que condiciona el flujo de inversiones. Y, a la inversa, el flujo

de inversiones condiciona las posiciones político-criminales.<sup>33</sup> Convirtiéndose así, el derecho penal en un instrumento ancilar de la política económica, que olvida su vocación de tutela de bienes jurídicos y se limita, en el mejor de los casos, a una inocua función simbólica.<sup>34</sup>

Una vez constatado que la dimensión humanística desaparece por la globalización de la economía<sup>35</sup> no quiero minimizar el reto que planteaba Terradillos Basoco, que es la sustitución del modelo legal propio de los mercaderes,<sup>36</sup> centrado exclusivamente en la protección de los intereses económicos, por otro modelo penal de ambiciosa tutela de bienes jurídicos identificados más con derechos humanos. Desde estas premisas, asistiríamos a un cambio de perspectiva, en la medida en que el flujo de inversiones no condicionaría las opciones político-criminales para proteger los bienes jurídicos que impone la expansión del mercado, sino que primaría la necesidad de orientar cada elección político-criminal, para adecuarla a su intachable demanda de un mundo más justo y solidario. No se trata solo de vigencia de la norma de los derechos humanos y de impunidad, sino también de justicia social. De esta forma, el derecho penal internacional, creando un muro desde la legalidad en el origen del conflicto social, contribuiría a escala mundial a la definitiva consolidación y expansión de la tutela jurídico-penal de los derechos humanos,<sup>37</sup> sustituyendo el inútil muro de papel, como afirma Terradillos Basoco, frente “a una criminalidad real y en expansión”,<sup>38</sup> por una trinchera, que desde la criminología crítica, el garantismo y los derechos humanos, se pueda levantar ese muro, “no sé si de hielo”,<sup>39</sup> pero jurídicamente válido.

<sup>30</sup> Fernández Ortiz de Zárate, G., “Alternativas para dismantlar el poder corporativo Recomendaciones para gobiernos, movimientos y ciudadanía”, *Cuadernos de Trabajo / Lan-Koadernoak*, Hegoa, nº extraordinario, 2016, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, [http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/309/Lan\\_Koadernoak\\_extraordinario.pdf?1488539920](http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/309/Lan_Koadernoak_extraordinario.pdf?1488539920)

<sup>31</sup> Central American Womens Network, *Por una nueva perspectiva frente al comercio Mandato de Comercio Alternativo*, [http://www.cawn.org/Time\\_for\\_a\\_new\\_vision-ES-JAN14-PRINT.pdf](http://www.cawn.org/Time_for_a_new_vision-ES-JAN14-PRINT.pdf)

<sup>32</sup> Portilla Contreras, G., “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Levatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Guillermo Portilla), Universidad internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 57 y s.

<sup>33</sup> Vid Terradillos Basoco J., “El Derecho de la globalización luces y sombras”, *op. cit.*, p. 208

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>35</sup> Silva Sánchez, J. M., “Crítica a los principios del pretendido Derecho penal europeo, en *Revista de Derecho Comunitario. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, nº 20, 2004, p. 126.

<sup>36</sup> Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>37</sup> Terradillos Basoco J., “El Derecho de la globalización luces y sombras”, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

<sup>38</sup> Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>39</sup> Benioff / Weiss, *Juego de Tronos* (serie).





## Personas sentenciadas y derechos políticos



Marcos del Rosario Rodríguez

Investigador del Sistema Nacional  
de Investigadores

**RESUMEN:** *En este artículo se cuestionan las controversias entre la Constitución y los instrumentos internacionales sobre la permanencia o suspensión de los derechos políticos sobre el derecho al voto de las personas que cometieron un ilícito. Y como el sistema jurídico mexicano debería tener fundamentos lógicos para aplicar dicha suspensión.*

**PALABRAS CLAVES:** *Derechos políticos, derecho al voto, Corte Interamericana, restricciones*

**ABSTRACT:** *This article questions the controversies between the Constitution and the international instruments concerning the permanency or suspension of political rights, particularly about the right to vote of persons that committed a crime, and how the Mexican law system should have a logic basis for applying that interruption.*

**Keywords:** *Political rights, right to vote, Inter-American Court, restrictions.*

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Tratamiento de la suspensión del derecho a votar de las personas sujetas a un procedimiento penal o que se encuentran sentenciadas por una pena privativa de la libertad en el sistema jurídico mexicano. 3. Análisis sobre el ejercicio del derecho a votar de las personas sujetas a suspensión y las restricciones constitucionales que impidan su efectividad; 3.1. Elementos de validez que deben contener las restricciones constitucionales; 3.2. Tratamiento a nivel convencional del derecho a votar y sus restricciones. 4. Conclusiones.*

Rec: 23-09-2018 | Fav: 14-11-2018

## 1. Introducción

En los primeros años de independencia del Estado mexicano, el reconocimiento de los derechos políticos estaba sujeto a ciertas condicionantes, tales como la percepción de una cantidad de renta anual, o bien, la pertenencia a un género determinado (masculino),<sup>1</sup> situación que cambiaría a mediados del siglo XX, cuando la universalidad del sufragio tuvo una materialización en el sistema electoral.

Pese al nivel de protección y eficacia adquirida en los últimos años, no se han aminorado las restricciones y suspensiones en el ejercicio de los derechos políticos a nivel constitucional. Dichas restricciones se perciben como obstáculos para la consolidación plena de la universalidad de los derechos humanos, así como para la conservación del principio *pro persona*, eje rector en la dinámica constitucional.

Desde hace unos años, se ha percibido cierta desarmónización existente entre lo previsto por la Constitución y los instrumentos internacionales, trayendo consigo colisiones de criterios entre órganos jurisdiccionales internos, especialmente en lo que hace a la prevalencia o no de la suspensión de los derechos políticos prevista en el artículo 38 constitucional.<sup>2</sup> Tal precepto establece lo siguiente:

**Artículo 38.** Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

- I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;
- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
- III. Durante la extinción de una pena corporal;
- IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;

- V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y
- VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

De lo previsto por el artículo referido, así como por los criterios sostenidos, principalmente por las salas y el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se han identificado tres supuestos de suspensión de derechos políticos:<sup>3</sup>

- la suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II),
- suspensión derivada de una condena con pena privativa de la libertad (fracción III), y
- suspensión que se impone como pena autónoma, concomitante o no con una pena privativa de libertad (fracción IV).

Estos criterios jurisprudenciales se han contrapuesto con algunos que han emanados de tribunales colegiados de circuito en materia penal,<sup>4</sup> cuya argumentación se ha orientado a aplicar la norma que mejor favorezca el ejercicio del derecho. En este caso, el Código Penal Federal en su artículo 46 dispone que la suspensión de los derechos políticos comienza cuando causa ejecutoria la sentencia, y dura el tiempo de la condena. Dilatar la suspensión de los derechos, desde esta perspectiva interpretativa, garantiza la vigencia del principio *pro persona*,<sup>5</sup> puesto que favorece a la persona que se encuentre procesada y que no ha recibido una sentencia ejecutoria privativa de la libertad.

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011,

<sup>1</sup> *El primer constitucionalismo conservador. Las Siete leyes de 1836. Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, 2003.

<sup>2</sup> Nieto González, J. F., "La suspensión de los derechos políticos y los derechos civiles en las resoluciones penales", México, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal IJC-CJF*, (2008) pp. 148-150.

<sup>3</sup> González Oropeza, M., Báez Silva, C., Cienfuegos Salgado, D., *La suspensión de los derechos políticos por cuestiones penales en México*, en González Oropeza, M., *La suspensión de los derechos políticos*, México, Porrúa, p. 30.

<sup>4</sup> Nieto González, J. F., *La suspensión de los derechos políticos y los derechos civiles en las resoluciones penales*, op. cit. pp. 151-153.

<sup>5</sup> Cfr: Castilla, K., "El principio pro persona en la administración de justicia", México, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Número 20III- UNAM, 2011.

deliberó sobre la jerarquía que guardan los tratados internacionales respecto de la Constitución cuando se reconocen derechos humanos.

Si bien la resolución trajo consigo que la Constitución y tratados se ubicaran en un mismo plano, y los derechos humanos se distinguieran como parámetros de validez, la eficacia y vigencia de estos fue limitada, ya que la Suprema Corte estableció que, en caso de existir límites en el ejercicio de los derechos, se deberían aplicar los contemplados por el texto constitucional.<sup>6</sup>

Esta situación vuelve a poner de manifiesto la trascendencia de una interpretación sistemática constitucional que anteponga a la persona por encima de cualquier restricción que afecte su esfera jurídica. Es por ello, pese al establecimiento del criterio en cuestión, que resulta de suma importancia plantear nuevas rutas de desdoble para la eficacia de los derechos políticos. Queda por el momento sin definición lo que se refiere a los efectos y alcances de la suspensión de derechos políticos en cuanto al derecho a ser votado, puesto que lo resuelto en los casos mencionados en párrafos anteriores pareciera que contra lo dispuesto por la resolución de la contradicción 293/2011, antes mencionada, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pero, tratándose de suspensión de derechos políticos en su vertiente de votar, pudieran surgir criterios aún más amplios a favor de la persona.

## **2. Tratamiento de la suspensión del derecho a votar de las personas sujetas a un procedimiento penal o que se encuentran sentenciadas por una pena privativa de la libertad en el sistema jurídico mexicano**

En los últimos años, el tema del derecho al voto de las personas que se encuentran procesadas o cumpliendo una sentencia privativa de la libertad ha generado diversas deliberaciones sobre la racionalidad y proporcionalidad de la restricción que impide ejercer ese derecho político.

La Corte Europea ha sido la instancia jurisdiccional que ha establecido los criterios más progresistas en la materia, ya que ha posicionado la libertad de expresión de las personas en materia política a través del voto como un elemento condicionante para el desarrollo de la democracia.

Este órgano jurisdiccional ha sido muy enfático en señalar la omisión por parte de algunos Estados de explicar el objetivo que se persigue, con el establecimiento de suspensiones al ejercicio de derechos políticos, ya que lejos de que la sanción sea vista como algo benéfico socialmente, o bien, como un instrumento de rehabilitación social para aquellos que han cometido un ilícito, la mayoría de los sectores perciben las medidas como desproporcionales y contrarias al principio de democracia constitucional.<sup>7</sup>

En lo que refiere a la racionalidad y proporcionalidad de las restricciones para ejercer derechos políticos, en el caso Söyler, se establece la inexistencia de alguna

<sup>6</sup> Con diez votos a favor y uno en contra, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de tesis que se encontraba pendiente desde el año 2011 (293/11), estableciendo un nuevo criterio jurisprudencial en el que se reconoce que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte tienen la misma jerarquía que la Constitución, pero en caso de que esta restrinja alguno de esos derechos este es el que deberá prevalecer.

<sup>7</sup> La Corte Europea en la resolución del caso Söyler en los párrafos 33 y 34, en relación con la legitimidad de la restricción señaló: 33. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes mencionada, los derechos consagrados en el artículo 3 del Protocolo n.º 1 no son absolutos. Hay espacio para las limitaciones implícitas y los Estados contratantes le deben dar un amplio margen de apreciación en este ámbito. Hay muchas maneras de organizar y dirigir los sistemas electorales y una gran cantidad de diferencias, *entre otras cosas*, en el desarrollo histórico, la diversidad cultural y el pensamiento político en Europa que corresponde a cada Estado contratante a moldear a su propia visión democrática (ver *Scoppola (no. 3)* [GC], antes citada, § 83, y la jurisprudencia allí citada). 34. Sin embargo, es para que la Corte decidiera en última instancia, si los requisitos del artículo 3 del Protocolo n.º 1 se han cumplido, sino que tiene que asegurarse de que las condiciones no restringen los derechos de que se trate hasta el punto de suerte que menoscabe su propia esencia y privarles de su efectividad, que se imponen en la búsqueda de una finalidad legítima y que los medios empleados no son desproporcionados. En particular, las condiciones impuestas no deben impedir la libre expresión de las personas en la elección del cuerpo legislativo, en otras palabras, deben reflexionar, o no ir en contra de la preocupación de mantener la integridad y la eficacia de un proceso electoral dirigido a la identificación de la voluntad del pueblo mediante el sufragio universal. Cualquier desviación del principio de los riesgos sufragio universal socavar la validez democrática de la legislatura lo eligió y las leyes que promulga. La exclusión de los grupos o categorías de la población en general debe en consecuencia ser compatible con los propósitos subyacentes en el artículo 3 del Protocolo n.º 1 (*Ibid.* § 84 y la jurisprudencia citada).

## Personas sentenciadas y derechos políticos

conexión lógica entre la sanción y su finalidad, no evidencia la anteposición del interés “público *per se*”.<sup>8</sup>

Para que las restricciones constitucionales a derechos puedan considerarse como medidas que privilegien el interés público, deben ser razonables y proporcionales en relación con la posible afectación o menoscabo que puedan ocasionar en la esfera jurídica de una persona, o en el orden jurídico. Es por ello, que la Corte ha advertido que cuando los Estados decidan aplicar algún tipo de restricción de origen constitucional, esta debe ser plenamente compatible con los parámetros constitucionales e internacionales, en lo que se refiere a conservar la intangibilidad del principio de universalidad del sufragio, la no discriminación y el respeto a la dignidad de las personas.

En el caso mexicano, los antecedentes jurisprudenciales en la materia, y como se comentó, tienen distintas perspectivas y posicionamientos. Por una parte están los criterios esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la prevalencia de la restricción a nivel constitucional y por otra parte, se encuentran las posturas de algunos Tribunales Colegiados de Circuito, así como la interpretación

desarrollada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los cuales se ha sustentado la importancia de la presunción de inocencia y el principio del sufragio universal, por encima de cualquier disposición que por sí misma careza de una sustentabilidad objetiva.

### 3. Análisis sobre el ejercicio del derecho a votar de las personas sujetas a suspensión y las restricciones constitucionales que impidan su efectividad

#### 3.1. Elementos de validez que deben contener las restricciones constitucionales

Se puede inferir de las interpretaciones jurisprudenciales, así como de lo dispuesto por el mencionado artículo 46 del Código Penal Federal, tratándose de las sentencias que han causado estado, la suspensión de derechos se materializa hasta que la pena se ha cumplimentado en su totalidad.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> En el párrafo 45 de la sentencia del caso Söyler, la Corte Europea declaró: Por otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida por la demandante, el Tribunal de Justicia no puede ver ninguna conexión racional entre la sanción y la conducta y las circunstancias del solicitante. Se reitera a este respecto que la medida grave de privación de derechos no debe recurrirse a la ligera y que el principio de proporcionalidad exige un vínculo discernible y suficiente entre la sanción y la conducta y las circunstancias de la persona de que se trate (véase *Hirst (n.º 2)* [GC], antes citada, § 71).

<sup>9</sup> Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917- Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Tercera Parte.- Históricas Segunda Sección- TCC, P. 3136 DERECHOS POLÍTICOS, SUSPENSIÓN DE. EL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL AMPLÍA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL QUE PREVÉ LA FRACCIÓN II DEL ORDINAL 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [TESIS HISTÓRICA].

Es improcedente ordenar en el auto de formal prisión la suspensión de los derechos políticos del procesado, pues dicha pena comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena, como lo dispone el numeral 46 del Código Penal Federal, que amplía la garantía constitucional prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional, considerando que esta última disposición, establece la suspensión de los derechos políticos de un gobernado por estar sujeto a un proceso penal por delito que merezca pena privativa de libertad contado desde la fecha del dictado del auto de formal prisión; empero, hay que recordar que a favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad hasta que no se demuestre lo contrario, y esto vendría a definirse en el proceso penal, el cual de terminar con una sentencia ejecutoriada en tal sentido, ello sustentaría la suspensión de los derechos políticos del quejoso, por lo que es inconcuso que aquella norma secundaria es más benéfica, ya que no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Constitución son de carácter mínimo y pueden ser ampliadas por el legislador ordinario tal como ocurre en el citado dispositivo 46 de la legislación penal federal, al establecer que la suspensión en comento se hará hasta la sentencia ejecutoria, de manera que al no advertirlo así el Juez instructor, se vulnera en perjuicio del titular del derecho público subjetivo, las garantías contenidas por el tercer párrafo del artículo 14 y primer párrafo del 16 constitucionales.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1020/2005.—16 de junio de 2005.—Unanimidad de votos.—Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.—Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Amparo en revisión 1570/2005.—19 de septiembre de 2005.—Unanimidad de votos.—Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.—Secretario: Arnoldo Guillermo Sánchez de la Cerda.

Amparo en revisión 1470/2005.—30 de septiembre de 2005.—Unanimidad de votos.—Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.—Secretaria: Ma. del Carmen Rojas Letechipia.

Amparo en revisión 70/2006.—28 de febrero de 2006.—Unanimidad de votos.—Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.—Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Amparo en revisión 480/2006.—11 de abril de 2006.—Unanimidad de votos.—Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.—Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Conforme lo ha establecido la jurisprudencia internacional, particularmente en el *Söyler vs Turquía*, se ha puesto de manifiesto que, a diferencia del derecho a ser votado de los sentenciados por penas privativas de la libertad, en el caso del derecho a votar no existe una justificación de la restricción *per se*, si no está sustentada en una motivación racionalmente adecuada.

En los casos *August and another vs. Electoral Commission and others* (1999), *Mignone* (2000), *Sauvé vs. Canadá* (No. 2) (2002), *Hirst vs. Reino Unido* (No. 2) (2005), *Scoppola vs. Italia* (No. 3) y *Söyler vs. Turquía* (2013), existen criterios recurrentes sobre las características que deben contener las restricciones de derechos políticos.

Se puede extraer, conforme al precedente vertido en el caso *Hirst*, mismo que fue utilizado en el caso *Söyler*, que las limitaciones vigentes en el supuesto del derecho a votar de los sentenciados deben poseer las siguientes cualidades: (1) *razonables*, (2) *proporcionales* y (3) *constitucionales*.<sup>10</sup>

En lo que hace a la (1) *razonabilidad*<sup>11</sup> que deben contener las limitaciones a los derechos políticos, implica que la medida no debe trasgredir derechos humanos trascendentales, como el derecho al sufragio universal o la dignidad humana.

Es por esto que, si la justificación de establecer dicha medida radica en la rehabilitación, o el escarnio del sentenciado ante los integrantes de la sociedad por haber cometido actos contrarios a los intereses públicos y sociales, esta debe matizarse, estableciéndose grados de distinción entre los delitos y faltas que

conlleven por su gravedad una suspensión, y aquellos que no lo ameritan.

Cuando un Estado establece restricciones a los derechos políticos del ciudadano, es necesario que se categoricen —en el código penal respectivo— las faltas o delitos que ameriten —por su gravedad— tener como sanción aparejada a la pena condenatoria que se dicte, la imposibilidad de ejercer el derecho a votar. Ya que de no hacerlo, no se justificaría la *ratio* de la medida, y no se podrán percibir los efectos positivos de su implantación a nivel social. Por el contrario, ante esta omisión de justificar el sentido de la suspensión, se propicia una discriminación por una condición determinada, en este caso por el hecho de ser personas sujetas a una condena privativa de la libertad.

En el caso *Söyler*, la Corte Europea advirtió del riesgo implícito que se tiene en legislaciones como la del Estado de Turquía, cuando no se establecen categorías y distinciones entre los delitos graves y no graves, propiciando con esto que la autoridad judicial posea un margen de discrecionalidad para decidir sobre la suspensión de derechos políticos, tomando en consideración que el único elemento objetivo de discernimiento es la “intencionalidad” con la que se haya perpetrado el ilícito, aspecto que puede llegar a ser subjetivo, en el momento de la valoración de los hechos y pruebas por parte de dicha autoridad.

La racionalidad de los límites (como se consagró en el caso *R vs. Oakes*, 1986)<sup>12</sup> deben considerar los siguientes aspectos:

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, p. 1525, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.10o.P. J/8; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, p. 1526.

Nota: Histórica en virtud de que fue abandonada por la tesis 1a./J. 171/2007, de rubro:

“DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS 1002040. 421 (H). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Tercera Parte – Históricas Segunda Sección - TCC, p. 3136.

<sup>10</sup> González Oropeza M., Báez Silva C., Cienfuegos Salgado D., *La suspensión de los derechos políticos por cuestiones penales en México*, *op.cit.*, p. 49.

<sup>11</sup> *Cf.*: Carrasco Perera, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, Madrid, *Revista española de derecho constitucional* No 11, 1984, pp. 39-106.

<sup>12</sup> En el caso *Oakes*, la Corte Suprema de Canadá estableció los criterios con los que se debe medir las limitaciones a los derechos fundamentales. Los valores fundamentales de la Carta de Derechos proceden de la expresión “sociedad libre y democrática” y se debe utilizar como el “estándar de finalidad” para la interpretación adecuada de la sección I constitucional. Estos incluyen valores como: respeto a la dignidad inherente de la persona humana, el compromiso con la justicia social y la igualdad, el alojamiento de una amplia variedad de creencias, el respeto a la identidad cultural y de grupo, y la fe en las instituciones sociales y políticas que mejoren la participación de los individuos y grupos en la sociedad.



Personas sentenciadas y derechos políticos

1. Fomentar los objetivos que toda sociedad democrática pretende cumplir.
2. Evitar la arbitrariedad de las autoridades del Estado.

En los criterios jurisprudenciales citados se acenúa la necesidad de que las restricciones contengan un justificación racional, para que pueda permear de forma adecuada en los distintos ámbitos sociales, y de esta manera se pueda advertir en cuáles supuestos —por su gravedad— se amerita la suspensión, permitiendo a las persona que cumplan una condena por delitos no graves, así como a los que se encuentren sujetos a un proceso penal, gozar plenamente de su derecho a votar.

La sanción debe ir encaminada a la rehabilitación e inserción del sentenciado en la sociedad y no inhibir su participación en las decisiones políticas. Por tal motivo, la pena debe ser razonable a lo que se pretende castigar o sancionar, puesto que de lo contrario, no existiría una explicación lógica sobre el costo-beneficio social de establecer medidas que puedan llegar a reducir la eficacia de un derecho humano, en este caso el derecho a ser votado.

Ahora bien, cuando se habla de que la suspensión de derechos políticos, debe contener criterios o elementos de proporcionalidad, implica que el Estado se debe abstener o evitar, en la medida de lo posible, la utilización de sanciones que traigan consigo la vulneración o reducción de un derecho humano determinado. Para esto, su aplicación deberá estar justificada constitucionalmente en plena consonancia con los parámetros de validez internacional y solo se utilizará en aquellos casos en los que se persiga —de forma evidente— la consecución de un bien social, así como la tutela efectiva de la esfera jurídica de las personas.

Conforme al principio de proporcionalidad,<sup>13</sup> se puede advertir que sigue tres fines:

1. La exigencia de adecuación a fin. Esto implica que la medida o pena que se haya previsto sea

óptima en relación al fin que se pretende alcanzar.

2. La exigencia de necesidad de una pena. Este fin busca que al momento de que un juzgador aplique una sanción, se haya agotado todas las exigencias de justicia, prevaleciendo el criterio de elegir la pena menos gravosa para el sentenciado, y se castigue aquellos actos que hayan afectado sensiblemente la esfera jurídica de alguna persona o el ámbito social. De igual forma, conlleva que se hayan agotado los medios dispuestos en el ordenamiento jurídico para resolver el conflicto
3. La proporcionalidad en sentido estricto. Se puede traducir como la exigencia que tiene el juez o el legislador de llevar a cabo una ponderación respecto a la medida que pretende implementar, tomando en consideración la gravedad de la falta y los alcances de dicha medida.<sup>14</sup>

Conforme a lo anterior, se puede advertir que no es viable dictar una pena,<sup>15</sup> cuyo fundamento tenga relación distante o nula, respecto de lo que se pretende generar o conseguir con su implementación. Por tanto, si en un sistema jurídico se prevén restricciones al ejercicio de derechos, su contenido y alcances deben dirigirse a un fin medible y concreto, toda vez que lo único que se pretende generar con estos límites, es un beneficio tangible a la sociedad.

En caso que no se alcancen tales fines con la imposición de la suspensión, se puede decir que esta carece de proporcionalidad, ya que lejos de conseguir la inserción social del sentenciado y que la sociedad advierta la protección de un bien jurídico tutelado, se violaría el derecho de votar, el derecho a no ser discriminado y la dignidad de todas las personas que se encuentren en tal supuesto.

Por último, el criterio de constitucionalidad<sup>16</sup> que se exige como característica para cualquier restricción de derechos políticos consiste en que tiene que adecuarse al contenido constitucional. La contradicción

<sup>13</sup> Sánchez Gil, R., “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México, México”, *Revista Cuestiones constitucionales* Número 21, IJ- UNAM, 2011.

<sup>14</sup> Cfr. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 692-806.

<sup>15</sup> En la Constitución y la jurisprudencia mexicanas la suspensión de derechos políticos no solo es consecuencia de una sanción penal a un delito específico, sino que, en virtud del artículo 38, fracción II, es una pena en sí misma.

<sup>16</sup> Cfr. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 692-806.

o falta de armonización entre los principios constitucionales y los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los instrumentos internacionales puede ser un factor que conlleve la inconstitucionalidad de dichas restricciones. De ahí el papel fundamental de la interpretación que vierta el juez, toda vez que la medida subsista en el texto constitucional pese a la presunción de inconstitucionalidad, se buscará compatibilizar con los parámetros internacionales y de convencionalidad.

### 3.2. Tratamiento a nivel convencional del derecho a votar y sus restricciones

El artículo 23 de la Convención Americana se refiere a los derechos de los ciudadanos y reconoce derechos que se ejercen por cada individuo en particular; de la misma manera, el artículo 3° del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales. El párrafo primero del citado artículo americano reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de suspensión de derechos, en el caso *Castañeda Gutman vs. México* en el párrafo 140 de la sentencia señaló que:

140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tie-

nen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos [49].

En el citado criterio jurisprudencial vertido en la sentencia del caso *Castañeda Gutman*, la Corte Interamericana destaca la importancia de la tutela de los derechos políticos para el desarrollo y solvencia de la democracia, de ahí que para garantizar su vigencia se encuentre prohibida la suspensión de tales derechos.

Al igual que la Corte Europea, la Interamericana enarbó en la sentencia del caso *Castañeda*, un argumento en relación con la fundamentabilidad de los derechos políticos como condicionantes para que las sociedades democráticas puedan tutelar el resto de los derechos humanos. Resaltar como derechos primarios a los derechos políticos por parte de la Corte fue un paso de importancia para propiciar y seguir manteniendo su evolución.

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

En consecuencia, con lo previsto por el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>17</sup> la Corte Americana en la sentencia en comento, en el párrafo 145 señala que siendo el ciudadano el titular en el proceso de toma de decisiones democráticas en una sociedad, el Estado debe actuar de manera activa para garantizar en todo momento que los derechos políticos se ejerzan de forma óptima, evitando que se vulneren los principios de igualdad y no discriminación. Como se puede advertir, también la Corte Interamericana distingue que estos principios son susceptibles de vulneración, si no se establecen los mecanismos o medidas adecuadas, que se sujeten a los parámetros de racionalidad y proporcionalidad antes mencionados, los cuales están perfectamente con los parámetros de convencionalidad.

<sup>17</sup> El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

## Personas sentenciadas y derechos políticos

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación [53].

Posteriormente, en el párrafo 147 la Corte Interamericana de forma expresa reitera la importancia del derecho al voto para el desarrollo democrático, así como la necesidad de que se generen condiciones de igualdad, para que los ciudadanos participen en las decisiones públicas.

147. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

Al igual que lo ha esgrimido en sus criterios y precedentes la Corte Europea, en su jurisprudencia la Corte Interamericana reconoce el margen de apreciación de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano en lo que refiere a la configuración de sus modelos políticos. La reglamentación que construyan

los Estados, advierte la Corte Interamericana, deberá respetar los parámetros —también recocidos como válidos en el sistema europeo— de legalidad, finalidad legítima, proporcionalidad y razonabilidad, sin los cuales no se podrá aspirar a una eficacia y tutela de los principios que sostiene a la democracia representativa:

149. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (*infra* párr. 197). La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa [54].

En citado el caso *Castañeda Gutman vs. México* del 6 de agosto de 2008, la Corte Interamericana estableció los alcances de las restricciones permitidas en el ejercicio de los derechos humanos. Un primer elemento que se estimó como importante fue la legalidad de la medida restrictiva, al respecto se señaló:

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley [63]. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material [64].

Este criterio se encuentra en consonancia con lo previsto por el artículo 30 de la Convención Americana, el cual establece que:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* del 21 de noviembre de 2007, la Corte ya había formulado un primer criterio sobre la necesidad de que las restricciones a derechos se encuentren cimentadas en el principio de reserva de ley:

56. Este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Valga reiterar que para esta Corte “ley” es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes [29].

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana en el caso *Escher y otros vs. Brasil* del 6 de julio de 2009, en los párrafos 125 y 130 de la sentencia resolutive, define la importancia de que las restricciones se diseñen y motiven en razón del interés general, y estas se encuentren plasmadas en un dispositivo normativo:

125. La Convención Americana en su artículo 30 establece: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

130. El primer paso para evaluar si la afectación de un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una

restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

Este mismo criterio aparece en los casos *Tristán Donoso vs. Panamá* del 27 de enero de 2009 y *Usón Ramírez vs. Venezuela* del 20 de noviembre del 2009, en los cuales es visible la necesidad de que la medida, además de estar sustentada en el principio de legalidad, se encuentre orientada al interés general de la sociedad, pues de lo contrario no cumpliría con unos de los requisitos indispensables para demostrar su validez y legitimidad.

Una similitud que se puede advertir entre los criterios jurisprudenciales esgrimidos por la Corte Interamericana y la Corte Europea es en lo relativo a la necesidad de que las restricciones tengan el carácter de excepcionales y respeten los principios de presunción de inocencia, de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Al igual que lo declaró la Corte Europea, la protección de estos principios, además de evidenciar la idoneidad de la suspensión, contribuye al desarrollo de la democracia, la cual no puede verse afectada por límites que no son en consonancia a su fortalecimiento. En el Caso *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*, del 26 de agosto de 2011, se observa con claridad lo antes mencionado:

71. El artículo 7 de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

En lo relativo a que las restricciones contengan propósitos legítimos, existe también una similitud en los criterios de ambas Cortes. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana señaló:

## Personas sentenciadas y derechos políticos

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material[425], perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad[426].

Como se puede advertir, existe una consonancia entre los criterios jurisprudenciales vertidos por la Corte Europea y la Corte Interamericana, en lo que hace a los parámetros que deben considerar los Estados, al momento de establecer restricciones de índole constitucional a los derechos humanos. Si bien, en el caso del derecho a votar de las personas sujetas a un proceso privativo de su libertad o que han sido sentenciadas a una pena corporal por la comisión de un delito, el Sistema Europeo ha desarrollado precedentes judiciales significativos en el desarrollo efectivo de tal derecho, la coincidencia sobre los alcances de las restricciones y lo que estas deben observar tienden a generar un diálogo trascendente con el Sistema Interamericano y una armonización jurisprudencial, que contribuye a la identificación de factores universales que deben prevalecer en todo sistema jurídico para garantizar la idoneidad de dichas restricciones: *la racionalidad, la proporcionalidad y el sustento constitucional/legal de las medidas*.

La universalidad del derecho a votar no se ve afectada por el establecimiento de medidas restrictivas, siempre y cuando su finalidad sea en consecución del interés y beneficio social,<sup>18</sup> pues de lo contrario, lejos de ser una acción asequible para la sociedad y la democracia, se convertirá en un factor de merma y reducción en la fuerza y eficacia normativa del orden constitucional.

Es por ello que las restricciones deben supeditarse en los principios *pro persona*<sup>19</sup> y de presunción de inocencia,<sup>20</sup> para lo cual se vuelve imprescindible asegurar —en el caso del sistema jurídico mexicano— que toda persona que esté sujeta a un procedimiento penal derivado de la presunta comisión de un delito, no le sean suspendidos sus derechos políticos (votar

y ser votado), ya que en aras precisamente de salvaguardar el principio de presunción de inocencia de las personas, el hecho de aplicar una restricción de forma previa a la resolución definitiva, prejuzga sobre la culpabilidad o no del procesado.

En ese sentido, los criterios de la Corte Europea y del Tribunal Electoral han sido claros y consistentes, dotándole al hecho de que una persona que no ha sido juzgada de forma definitiva sigue siendo y debe ser considerada como inocente, por lo que la suspensión de derechos no resulta aplicable, ya que es accesoria a la condición de libertad que una persona tenga.

La restricción al ejercicio de los derechos se encuentra supeditada al hecho de que la persona esté privada de su libertad por una sentencia, ya que es, como se comentó con antelación, accesoria a tal condición, por lo que en el momento que obtiene la liberación, ya sea por cumplimentar la pena o por haber obtenido una preliberación, la persona puede ejercer sus derechos políticos a plenitud. Tratándose del derecho a ser votado, las restricciones pueden aplicarse, privilegiando en todo momento el derecho universal del sufragio, por lo que deberán estar armonizadas con los lineamientos establecidos por los sistemas europeo e interamericano.

#### 4. Conclusiones

Las reducciones o límites constitucionales no representan en sí una merma en la eficacia y vigencia de un derecho, así como del orden constitucional, esto siempre y cuando se encuentren cimentadas en una lógica racional, proporcional y constitucional, la cual explique por sí misma que lo que se pretende lograr es un beneficio social, posibilitando a través de la sanción suspensiva de derechos, una corrección de índole pedagógico mediante la cual la persona pueda cumplir una condena que se estima como adecuada, tomando en consideración la siguiente premisa: *a mayor grado de afectación producido por la conducta ilícita de una persona, se tendrá un margen más alto de restricción en el ejercicio de derechos*.

<sup>18</sup> Pinto, M., *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, Buenos Aires, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, (s.a.)

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Cfr. Soberanes Díez, J. M., “Los ámbitos de aplicación del principio de presunción de inocencia”, México, *Revista Cuestiones Constitucionales* Núm. 19, IJ- UNAM, 2008.





La suspensión de derechos si no se encuentra debidamente fundamentada en parámetros, no solo constitucionales, sino también en los internacionales, además —tal y como se señaló— de generar actos de discriminación, vulneraciones al principio de presunción de inocencia y *pro persona*, serán completamente nulos en lo que refiere a la obtención de resultados positivos a nivel social.

Ahora bien, no todos los derechos pueden ser sujetos de restricciones en su ejercicio, ya que tratándose del derecho a votar de las personas procesadas o sentenciadas por penas corporales, lo que se pretende obtener, una vez que se ha distinguido el tipo de delito cometido, es que el sujeto que lo haya perpetrado, pueda a través del cumplimiento de la condena, insertarse plenamente a la estructura social.

Por tal motivo, es de suma importancia precisar que la condición o estatus de libertad corporal —en casos en los que se obtiene la libertad condicionada o prelibertad— no debe ser el factor único para levantar una suspensión, sino la gravedad de la falta y la medición de las circunstancias particulares del caso específico. Esto si y solo si se tiene plasmado en la ley ordinaria correspondiente cuáles delitos por su trascendencia y afectación pueden conllevar la suspensión, entendiéndose que residualmente las personas que estén procesadas o sentenciadas por delitos no graves se encontrarán en disponibilidad absoluta para ejercer su derecho a votar.

Los derechos políticos, así como el derecho a la nacionalidad, entre otros, por su naturaleza, están circunscritos en el denominado *margen de apreciación de los Estados*,<sup>21</sup> lo que no implica una potestad ilimitada para establecer los alcances y límites de tales derechos. Situación contraria a aquellos derechos que por su inherencia y vitalidad no son susceptibles a ningún tipo de limitación. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha declarado que derechos como a la vida, la personalidad jurídica, el debido proceso, no pueden ser sujetos a suspensión de ningún tipo.

Además de los criterios de racionalidad y proporcionalidad que deben contener las restricciones constitucionales, una premisa que debe considerarse por todo sistema jurídico en lo que refiere al derecho de

votar de los procesados o prisioneros es el estimado por la Corte Europea en la resolución del caso Söyler, sustentándose en el artículo 3° del Protocolo: “Los Estados deben generar las condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

Es perfectamente compatible la existencia de restricciones constitucionales con el derecho de opinión del pueblo, y el derecho a ser votado, cuando existan parámetros de racionalidad, proporcionalidad, constitucionalidad y convencionalidad, que permitan justificar la existencia y razón de ser de la medida, pues de lo contrario implica una discriminación activa por parte del Estado, además de vulnerar la dignidad de las personas que se encuentran en un proceso penal, o que han sido sentenciadas a una condena privativa de la libertad.

Por ende, no es deseable que el sistema jurídico mexicano conserve un modelo de restricciones constitucionales que carezcan de fundamento lógico-jurídico, sin existencia de categorías de procedencia para aplicar la suspensión, pero tampoco es deseable y positivo para cualquier sistema constitucional, la existencia de esquemas en los que no hayan límites o suspensiones a los derechos políticos, en concreto en el derecho de votar, ya que si bien la universalidad y la libertad de expresión de la sociedad debe preservarse categóricamente, es un hecho que los Estados tienen la potestad plena para dotar de medidas (armónicas con los derechos humanos) que conlleven a la inserción social de toda persona que haya cometido un ilícito perjudicial al orden jurídico y de la sociedad. Esa preocupación y ocupación del Estado es viable sin duda, siempre y cuando no se trasgredan los parámetros que dan origen a la legitimidad de los límites constitucionales.

<sup>21</sup> Barbosa Delgado, F. R., *El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad democrática*. México, *Biblioteca Jurídica Virtual*, IJ- UNAM, 2012, pp. 51-53.



## ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea<sup>1</sup>

Lorena Varela

Universidad del Sarre, Alemania

**RESUMEN:** Mayoritaria es la opinión de que el delito de blanqueo de capitales es una de las más claras manifestaciones de la expansión del derecho penal, expansión que, por naturaleza, no denota sentido valorativo alguno, aunque en el debate jurídico-penal se haya instalado la idea con una connotación negativa. Cuando se habla de expansión del derecho penal, y más concretamente de expansión del derecho penal en el blanqueo de capitales, se estaría introduciendo subrepticamente una carga intensa de desvalor político-criminal del fenómeno, que reclama una reposada reflexión.

**PALABRAS CLAVE:** Expansión del derecho penal, blanqueo de capitales, expansión razonable, expansión irrazonable, derecho penal de la libertad, derecho penal de la seguridad.

**ABSTRACT:** Majority is the opinion that the money laundering is one of the manifestations of the overcriminalization, an expansion that, by its nature, does not imply any value sense, although in the legal-criminal debate the idea has been installed with a negative connotation. When we speak of the overcriminalization, and more specifically of the expansion of criminal law in money laundering, an intense charge of political-criminal devaluation of the phenomenon would be surreptitiously introduced, which demands a rested reflection.

**KEYWORDS:** Overcriminalization, money laundering, reasonable overcriminalization, unreasonable overcriminalization, criminal law of freedom, criminal law of the security.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El fenómeno de la expansión del derecho penal; 2.1. La expansión penal y el lavado de dinero; 2.2. Causas y consecuencias de la expansión del lavado de dinero. 3. Aspectos de una expansión irrazonable del lavado de dinero. 4. Aspectos de una expansión aún dudosa del lavado de dinero. 5. Aspectos de una expansión razonable del lavado de dinero. 6. Balance crítico final.

Rec: 01/07/2018 | Fav: 15/09/2018

<sup>1</sup> Adaptación del texto: «La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida?», en Jiménez García, F. y Ropero Carrasco, J. (dirs.), Pastor Palomar, A. (coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2017, pp. 121-149. El libro colectivo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad español (ref. DER2013-41962-R).

## ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

### 1. Introducción

Mayoritaria es la opinión de que el delito de lavado de dinero es una de las más claras manifestaciones de la expansión del derecho penal,<sup>1</sup> expansión que por naturaleza no denota sentido valorativo alguno, aunque en el debate jurídico-penal se haya instalado la idea con una connotación negativa. Cuando se habla de expansión del derecho penal, y más concretamente de expansión del derecho penal en el blanqueo de capitales, se acostumbra introducir subrepticamente una carga intensa de desvalor político-criminal del fenómeno, que reclama una reposada reflexión.

El planteamiento de este trabajo se organiza del siguiente modo. En primer lugar, se especificará qué se entiende por expansión del derecho penal en general y, luego, en el lavado de dinero. Para ello, resultará necesario establecer los hitos teóricos demarcadores del fenómeno expansionista. Así, también será necesario mencionar y valorar qué causas y consecuencias caracterizan al fenómeno expansionista de la criminalización del blanqueo de capitales. En segundo lugar, se deslindarán los aspectos del delito de lavado de dinero que, mayoritariamente, se consideran como una expansión irrazonable del poder punitivo del Estado. En tercer lugar, se determinarán los aspectos que, de

un modo u otro, todavía resultan de dudosa aceptabilidad y que podrían mejorarse con una revisión de la técnica legislativa. En cuarto término, se delimitarán los aspectos que, mayoritariamente, se consideran necesarios de tutela jurídico-penal. Y, para cerrar, en quinto lugar, se ofrecerá un balance crítico de lo desarrollado en el texto.

### 2. El fenómeno de la expansión del derecho penal

¿Qué se entiende por expansión del derecho penal?<sup>2</sup> Al respecto, no existe una única y consensuada respuesta, porque las hay de contenido sesgadamente valorativo,<sup>3</sup> que son las que abundan; las hay también, en menor medida, de contenido meramente descriptivo,<sup>4</sup> y, por supuesto, las hay que asumen estas dos características en un solo concepto. Semánticamente hablando, la palabra «expansión» evoca un sentido cuantitativo de ampliación, crecimiento y extensión de algo y, por ende, también de una cierta dinamicidad y movimiento. En cuanto tal, axiológicamente, dicho proceso o fenómeno no denota valoración de ninguna índole —aunque en el mundo penal sí connota, y algo negativo—.<sup>5</sup> *Per se*, la expansión de ese algo no es mala ni buena, negativa o positiva,

<sup>1</sup> Cfr. Demetrio Crespo, E., «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *RGDP*, 2016, núm. 26, pp. 1-19, p. 17; Abel Souto, M., «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de capitales, volumen del fenómeno y evolución del delito en España», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, pp. 137-201, pp. 137-138 [también en «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio», *LP*, 2011, núm. 79, pp. 5-32, pp. 5 y ss.]; Morillas Cueva, L., «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Foro FICP*, 2013, núm. 2, pp. 51-107, pp. 68-69; Silva Sánchez, J.M., «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2011, pp. 131-139, pp. 133 y ss.

<sup>2</sup> Críticamente, sobre el término, Prittwitz, C., *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1993, p. 364.

<sup>3</sup> Son expresiones de mayor contenido negativo, por ejemplo: «puro y poco fundamentado expansionismo», «peligroso afán expansionista» y «expansionismo incontrolado». Cfr. Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 72, 83 y 92, respectivamente.

<sup>4</sup> Reflejan más equilibrio y objetividad las fórmulas: «notable expansionismo», «indudable carácter expansionista», «excesivo expansionismo», «línea expansionista» y «expansionismo punitivo». Cfr. Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 65, 69, 71, 80, 86 y 88, respectivamente. También la expresión «indiscutible expansión». Cfr. Corcoy Bidasolo, M., «Expansión del derecho penal y garantías constitucionales», *RDF*, 2012, núm. 8, pp. 45-76, p. 73.

<sup>5</sup> Algunas otras expresiones son más censurantes como por ejemplo: por su amplitud tipológica lo llama «monstruo jurídico» Muñoz Conde, F., «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2009, pp. 157-174, p. 173; y «agujero negro» Fabián Caparrós, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 378-382; por entender que el blanqueo es necesario más que pernicioso lo denomina «desatinado delito» Bajo Fernández, M., «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Bacigalupo Saggese, S. y Bajo Fernández, M. (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 11-20, p. 18; en virtud del autoblanqueo y la mera detentación de bienes provenientes de un delito se refiere a una «expansión dudosamente constitucional» Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 68; y a una «deriva inequívocamente expansiva» debido al crecimiento, reforma tras reforma, Terradillos Basoco, J. M., «El delito de blanqueo de capitales en Derecho español», en Cervini, R., Cesano, J. D., y Terradillos Basoco, J. M., *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España*, Buenos Aires, Alveroni Ediciones, 2008, pp. 203-265, p. 261. Respecto del tipo imprudente, lo denomina

detestable o deseable;<sup>6</sup> lo será en alguno de estos sentidos solo en la medida en que se la contraste con determinados principios, objetivos o funciones.

Actualmente, el marco teórico del fenómeno de la expansión punitiva se encuentra en medio de la confrontación de dos claras tendencias filosófico-políticas: por un lado, el derecho penal de la libertad y, por el otro, el derecho penal de la seguridad. A pesar de que el mayor enfrentamiento ideológico se produce entre los defensores de la libertad y los de la seguridad, también entre las versiones liberales existen resonadas disquisiciones, sobre todo en relación con los límites del derecho penal en la protección de nuevos intereses sociales. Dentro del llamado derecho penal de la libertad se ubican las corrientes liberales y garantistas, desde las más clásicas a las más modernas. La versión clásica suele identificarse con el derecho penal liberal (el de la Escuela de Frankfurt<sup>7</sup> y el garantismo italiano)<sup>8</sup> y, la versión moderna, con el derecho penal socioliberal o de los nuevos riesgos.<sup>9</sup> En contrapartida, dentro del derecho penal de la seguridad se enrolan las posturas mixtas, políticamente socioliberales y económicamente neoliberales que dan como resultado tendencias de corte peligroso; de un derecho penal de autor y del no-ciudadano (léase, enemigo) cuyas metas político-criminales se revelan como alarmistas y de mera inocuización del sujeto que delinque.

El tradicional derecho penal de la libertad se ha caracterizado por defender una intervención penal de mínimos, exclusivamente sobre los bienes jurídicos

más personales y elementales de los individuos (vida, integridad física y sexual, libertad, patrimonio), considerando que cualquier otra ampliación hacia bienes jurídicos colectivos o supraindividuales resultaba infractora del principio de la *ultima ratio* del derecho penal. Esta concepción entiende la expansión como un proceso de intervención desmedida e injustificada del *ius puniendi* sobre las libertades del ciudadano. Por el contrario, los defensores de la modernización (actualización) del objeto de tutela del derecho penal de la libertad cuestionan que, verdaderamente, una ampliación punitiva sobre las nuevas formas de criminalidad tenga que ser entendida como infractora de la *ultima ratio penal*,<sup>10</sup> máxime cuando desde dicha ampliación se solventan los problemas de legitimidad del que carece el derecho penal, que solo se dirige al ciudadano de los grupos sociales marginados económicamente<sup>11</sup> o a los ciudadanos presentes excluyendo a las generaciones futuras.

Por su parte, los partidarios de una política criminal securitaria refuerzan el ideal del derecho penal como solucionador de la criminalidad más grave e, incluso, de la nueva criminalidad porque como premisa asumen la tutela de la seguridad ciudadana por sobre la libertad.<sup>12</sup> Para abordar la problemática delictiva, estos planteamientos suelen encomiarse a construir un discurso (justificado en varias razones) de los enemigos (internos y externos), que se han de excluir del trato razonable del ordenamiento jurídico.

En este trabajo se defenderá una postura que entiende necesaria la maduración del objeto de protección

«extravagante», «pretendido y errático delito» y «artificio jurídico» por entender que el blanqueo es esencialmente doloso, Cobo del Rosal, M., «El extravagante delito de blanqueo de capitales imprudente», *E&I*, 2005, pp. 52-57, pp. 53-54 y 56-57. En Alemania se ha empleado una terminología de contenido similar: la «criminalización de cobertura total» (flächendeckende Kriminalisierung). Cfr: Kargl, W., «Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *NJ*, 2001, núm. 2, pp. 57-63, p. 60.

<sup>6</sup> Sobre las alternativas razonable e irrazonable de la expansión, véase Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2011, pp. 12, 192. A ello podría acompañarse la opinión (en el marco del delito de blanqueo) de Gómez Benítez, M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales», *DPC*, 2006, v. 27, núm. 82, pp. 63-82, p. 64, para quien existiría una política criminal razonable y otra arbitraria, que hay que evitar.

<sup>7</sup> Cfr: Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 33 y ss.

<sup>8</sup> Cfr: Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Terradillos Basoco (trad. del apartado), Madrid, Trotta, 1995, p. 477.

<sup>9</sup> Cfr: Diez Ripollés, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, BdeF, 2007; Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>10</sup> Cfr: Diez Ripollés, J. L., *op. cit.*, p. 102, manifiesta, que el alegato «del garantismo se ha servido [...] de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos».

<sup>11</sup> Cfr: Gracia Martín, L., *op. cit.*, pp. 173 y ss., 185 y ss. Similar Gil Nobajas, S., «Globalización e inseguridad ciudadana: algunas repercusiones en el marco de las últimas reformas del Código penal español», *CENIPEC*, 2011, núm. 30, pp. 133-169, pp. 166, *passim*.

<sup>12</sup> Acertada la defensa por la diferencia entre el derecho penal de la seguridad y el derecho penal de los nuevos riesgos en Diez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, 2005, núm. 7, pp. 1-37, pp. 5 y ss.



## ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

penal,<sup>13</sup> referida a las nuevas formas de lesividad, pero sin abandonar las formalidades del derecho penal en el respeto por las garantías y libertades del ciudadano.<sup>14</sup> Esto es así porque se entiende que una política que asume un *versus* entre la expansión y la mínima intervención no admite términos medios ni matices de ninguna naturaleza, según los tipos y sanciones penales. Este modo último de comprender el proceso de la expansión del derecho penal resulta bastante parcial y, aunque bienintencionado, impide, desde el inicio, un examen objetivo del fenómeno en las distintas manifestaciones de la ley penal, a la vez que conduce a una valoración global desencajada y desproporcionada de dicho fenómeno.

### 2.1. La expansión penal y el lavado de dinero

Para deslindar qué aspectos de la expansión del derecho penal en materia de blanqueo de capitales han de ser objeto de valor positivo, por razonables, y qué aspectos descartables, primeramente, habremos de *desdemonizar* el concepto de la expansión, esto es, no atribuirle desvalor alguno hasta que no hayamos determinado el marco referencial de principios y objetivos dentro del cual vamos a contemplar dicho fenómeno. Una aclaración de esta naturaleza es necesaria teniendo en cuenta que el debate sobre la expansión se mueve, al menos, en tres niveles diferentes. En primer lugar, el nivel del fenómeno de la expansión del derecho penal en general; en segundo lugar, el nivel de la expansión del derecho penal económico y, para finalizar, en tercer lugar, el nivel de la expansión del derecho penal en el lavado de dinero. En este sentido, no puede desconocerse que, en muchas ocasiones, las críticas dirigidas al fenómeno de la expansión punitiva en general cuando aterrizan en la discusión sobre un determinado delito suelen matizarse o, por el contrario, en otras ocasiones suelen agudizarse.

La mayoría de los códigos penales del sistema iberoamericano-germánico se enmarcan dentro de un modelo socioliberal y democrático de Estado de Derecho y dentro de un modelo comunitario de Estados Occidentales que se combinan inevitablemente con una filosofía económica neoliberal. Esto ofrece como resultado una plataforma político-criminal diversa, que vincula tanto a los Estados como a los operadores jurídicos y somete sin mayores alternativas a los ciudadanos. Presente entre los mandatos internacionales y las necesidades sociales a escala mundial se encuentra la demanda de prevención de nuevas formas de criminalidad que si bien para regularlas no se debería desestructurar la plataforma valorativa de cada Estado soberano, sí sería conveniente adecuarlas a este nuevo reclamo de protección y tutela jurídico-penal. Los principios rectores o limitadores del *ius puniendi* se encontrarían ante este nuevo escenario social necesitados de una urgente contemporización. Dentro de estas nuevas formas lesivas se encontrarían la criminalidad ambiental, económica, política, financiera, que no solo estadísticamente, sino también a nivel estructural suelen perpetrarse por un determinado sector social: la clase funcionarial y empresaria que detenta el poder político y económico.<sup>15</sup>

Ante el fenómeno de la expansión penal en materia económica, dos son las extremas posturas que pueden asumirse y una tercera intermedia, en donde, a su vez, se detectan otras dos posibles alternativas. Las posturas extremas se basan o en el rechazo absoluto de la expansión desde los postulados clásicos del derecho penal liberal o desde el fomento de la intervención punitiva desde las premisas de un derecho penal securitario. Por el contrario, como alternativas intermedias se encuentran dos tendencias: la primera, que acepta la intervención penal de tutela de los nuevos intereses económicos desde la férrea vigencia de los principios de un derecho penal garantista y, la segunda, que aun cuando acepta dicha tutela penal, lo hace desde la propuesta de una vigencia flexible de las garantías sustantivas y procesales del ciudadano a

<sup>13</sup> Lo que no puede negarse es que el derecho penal se va renovando y ampliando al igual que el resto de las ramas jurídicas. Para Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 46, este fenómeno «no lo podremos evitar». Ya, hace tiempo, Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik, 'moderner' Gefährdungsdelikte*, Berlin, Duncker y Humblot, 2000, p. 30, se refirió a la expansión como un hecho innegable; Kindhäuser, U., «Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft», *Universitas*, 1992, núm. 3, pp. 227-235, p. 227, se refirió a la desenfadada expansión penal.

<sup>14</sup> En los términos de «un discurso abierto a una 'expansión moderada'», Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 196.

<sup>15</sup> Cfr. Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 70-71.

cambio de una respuesta penal desprovista de la pena de prisión.

Desde diferentes sectores de un modelo de Estado garantista se ha manifestado que la actual expansión punitiva en materia de lavado de dinero es propia de un Estado securitario,<sup>16</sup> políticamente opuesto al garantismo y al derecho penal liberal<sup>17</sup> y, por ende, una forma de Estado incompatible con nuestra tradición jurídica. Desde esta consideración existiría un des-cuadre axiológico entre el modelo de Estado social y democrático de derecho y la actual regulación penal del lavado de dinero, toda vez que se habría pasado de la protección por el ideal de la libertad a la salvaguarda por el ideal de la seguridad. En los hechos concretos sería la política de seguridad impuesta primordialmente por Europa y las agencias de la gobernanza global, la principal responsable de haber conducido a las políticas domésticas a reforzar la seguridad, opción nada bien acogida por los críticos a este modelo de Estado.<sup>18</sup> Con planteamientos matizados, por el contrario, se manifiestan quienes defienden una sensata intervención penal en materia de

lavado de dinero, sobre todo en relación con aquellas manifestaciones provenientes de la criminalidad organizada y de los estratos sociales económicamente más fuertes —sin que ello comporte el retorno a un derecho penal de autor—;<sup>19</sup> hechos que, por su envergadura e intensidad, resultan a la postre de mayor daño que los delitos patrimoniales de bagatela.<sup>20</sup> Desde estos sectores se alega que la defensa por la intervención penal ante nuevos fenómenos delictivos no significa el abandono de las ideas de garantismo y libertad. Por el contrario, los propulsores de la modernización del derecho penal son a la vez escuderos de un derecho penal del garantismo, solo que, entendido de forma más dinámica y permeable a las realidades sociales cambiantes;<sup>21</sup> en una sociedad que materializa sus necesidades más allá de la individualidad de cada agente.<sup>22</sup> Un garantismo por empático que sea con las nuevas demandas no ha de entenderse como menos racional o acientífico, sino como una opción político-criminal rigurosamente adaptable a las nuevas necesidades sin caer en la irracionalidad y pura subjetividad.<sup>23</sup> Evidentemente, desde un examen

<sup>16</sup> Cfr. Fardo Cabana, P., «La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: ¿un tratamiento similar para dos fenómenos distintos?», en Neves Cruz, J., Cardoso, C., y Lamas Leite, A., Faria, R. (coords.), *Infrações económicas e financeiras. Estudos de criminologia e Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 421-435, p. 429 (se refiere a un «discurso securitario»); Böhm, M. L., «Políticas de seguridad y neoliberalismo», en Fernández Steinko, A. (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid, CIS, 2013, pp. 307-334, pp. 307 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. Lascaraín Sánchez, J. A., «Securitarismo vs. garantismo», *Almacén D Derecho*, 22 de septiembre de 2015, sin paginación (disponible en: [www.almacenderecho.org/secrutarismo-vs-garantismo/](http://www.almacenderecho.org/secrutarismo-vs-garantismo/), consultado el 15 de marzo de 2017); Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>18</sup> Sobre la influencia europea, véase Böhm, M. L., *op. cit.*, p. 312; Gil Nobajas, S., *op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>19</sup> A esto se refiere Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 201, cuando defiende la objetiva intervención punitiva del Estado en las libertades ciudadanas según tipos de hechos y no según clases de sujetos. En especial Tiedemann, K., «El concepto de Derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico», *RChD*, 1983, v. 10, pp. 59-68, pp. 60, 63, hace hincapié en la manera de comisión y en la actividad que se realiza (*corporate crime, occupational crime*) y no en el perfil del sujeto que la realiza.

<sup>20</sup> Rescata esta idea Schünemann, B., «Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Baza, L. (trad.), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 49-69, p. 55, no tanto cuestionando el merecimiento de protección penal de la propiedad privada, sino poniendo en evidencia la cuestión de la igualdad (y con ello de la justicia) en la prohibición penal, puesto que por un lado se prohíbe la lesión de la propiedad como punto de arranque en la lucha contra la peligrosidad social, pero al mismo tiempo se deja escapar del radio penal la peligrosidad social de la adquisición y uso de la propiedad. También Gracia Martín, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'», *RECPC*, 2005, núm. 7, pp. 1-43, p. 19. En relación con la crítica a la expansión del derecho penal económico se revela crítico Terradillos Basoco, J. M., «Derecho penal económico. Lineamientos de política penal», *IUS*, 2015, núm. 35, pp. 7-36, p. 18.

<sup>21</sup> Contundente y acertado en este sentido Diez Ripollés, J. L., *op. cit.*, pp. 101-102, para quien «pecado original del garantismo ha sido su inmovilidad. La defensa de ciertos principios considerados intocables lo ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales».

<sup>22</sup> También Gracia Martín, L., *op. cit.*, pp. 32, 52, 127 y ss., 197-200, alega por la reconfiguración del derecho penal ante la criminalidad de lo que él denomina las clases poderosas [también en «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos», *InDret Penal*, 2016, núm. 3, pp. 1-131]. Similar García-Pablos de Molina, A., *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, 5.<sup>a</sup> ed. (2012), 3.<sup>a</sup> reimpr., v. 1, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, pp. 206 y ss. Desde hace tiempo Roxin, C., «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad», en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Gómez Rivero, C. (trad.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 57-94, pp. 89 y ss., apuesta por un moderno derecho penal mínimo, reducido desde la dogmática.

<sup>23</sup> Cfr. Schünemann, B., *op. cit.*, pp. 68-69, destacando una vez más, que la lucha contra la criminalidad debe asumirse desde la igualdad y se debe castigar, tanto el cuchillazo en el bar, como la corrupción del funcionario. También Terradillos Basoco, J. M., «Globalización,

## ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

riguroso de la normativa penal sobre blanqueo de capitales, habrá que determinar en qué medida la expansión punitiva se revela como razonable y ajustada a los principios del *ius puniendi* y, por el contrario, en qué medida no.

Hace algunos años viene señalándose que el actual modelo de Estado, que subyace a las nuevas formas jurídicas de neutralizar la criminalidad económica se denomina «Estado regulatorio», dando lugar a un derecho penal regulatorio. Este modelo de Estado se caracterizaría «formalmente por la delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes [...] integradas por expertos. Así pues, [serían] tales agencias regulatorias —el ‘poder técnico’— las que [pasarían] a decidir sobre qué y cómo sancionar».<sup>24</sup> A decir verdad y teniendo en cuenta esta última característica, el denominado Estado regulatorio no sería un paradigma filosófico-político a contraponer a los modelos securitario y garantista (clásico y moderno) de Estado,<sup>25</sup> sino una forma de ejecución posible de estos modelos (porque se trataría, en esencia, de modelos de gobierno antes que de Estado). En otras palabras, tanto un Estado securitario como un Estado garantista podrían hacer uso de esta técnica regulatoria de las prohibiciones penales; el primero garantizando indirectamente la prestación de seguridad (Estado securitario-garante) y el segundo garantizando indirectamente la prestación de libertad (Estado garantista-garante).<sup>26</sup>

### 2.2. Causas y consecuencias de la expansión del lavado de dinero

Reiteradas veces se ha manifestado que una de las principales causas de la expansión del fenómeno punitivo en las sociedades occidentales actuales resulta

ser el fenómeno de la globalización, que con efectos claramente multiplicadores avanza sin medidas en todas las dimensiones de la vida comunitaria. Esta especie de integración general se caracteriza por la jerarquía y predominio de las políticas económicas fuertes por sobre las débiles, cuyo efecto inmediato deriva en el sometimiento de los mercados y, mediadamente, en el sometimiento de los mismos Estados. El motor de la globalización responde, en buena medida, a la transformación de las estructuras sociales a escala mundial. El modelo antropológico actual de la conocida sociedad del riesgo no se corresponde ya con el modelo antropológico de sociedades pasadas, de las preindustriales y las lejanas al síndrome del peligro tecnológico. El modelo que se avizora, aún en proceso de definición, se identifica con un individuo cada vez menos averso al riesgo y, por el contrario, más resiliente, que se suma a la masificación de las demandas sociales de protección, le aquejen o no directamente a él, porque como sujeto de consumo que se ha vuelto vive casi mecánicamente en la inercia de una desigualdad que genera la misma sociedad de masa.<sup>27</sup> Por otro lado, la presencia penal cada vez más sentida sobre los asuntos sociales ha despertado un curioso interés por el recurso a la pena en muchas de las demandas no cumplidas. Esta especie de representación intersubjetiva del rol represivo del Estado,<sup>28</sup> mayormente distorsionada, ha comenzado por trivializar dicha función, reclamando su presencia no solo ante los riesgos reales de lesión a nuevos intereses sociales, sino también ante riesgos idealizados de lesión.

A escala económica, el derecho penal se ha visto transformado por los efectos de la desregulación de la economía de mercado de los países económicamente más influyentes. Dicha desregulación significativa, en algunos aspectos, la delegación del control y

administrativización y expansión del derecho penal económico», *NFP*, 2006, núm. 70, pp. 86-115, p. 90, señala que «las propuestas tendientes a minimizar los efectos de una imparable huida al derecho penal no se deberían dirigir a reforzar los tradicionales límites *al ius puniendi* [sino] a la búsqueda de nuevas alternativas; que, por lo demás, deberían partir de un dato obvio: la dimensión transnacional de la delincuencia socioeconómica —la globalización del crimen— exige una respuesta penal de dimensión similar».

<sup>24</sup> Véase Silva Sánchez, J.M., «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret Penal*, 2015, núm. 2, pp. 1-4, p. 1.

<sup>25</sup> En todo caso, el contrapunto del Estado regulatorio (de garantía o garante) sería el Estado intervencionista o prestacional. *Cfr.* Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 1.

<sup>26</sup> *Cfr.* Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 1. En el Estado regulatorio las prestaciones [se entiende, de las obligatorias para el Estado] son realizadas «por quienes están en mejores condiciones [...] de llevarlas a cabo: terceros privados. Así, la delegación tiene lugar no solo a agencias estatales sino también al sector privado o bien a una cooperación entre ambos, de modo que lo característico del nuevo modelo de Estado es tanto la regulación técnica como, sobre todo, su conocida variante de la autorregulación regulada».

<sup>27</sup> Véase la descripción de Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 18-19, 24, *passim*; García-Pablos de Molina, A., *op. cit.*, p. 211.

<sup>28</sup> *Cfr.* Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 7.

seguimiento de las leyes del mercado en manos de agencias no estatales, privadas si se quiere,<sup>29</sup> que ha permitido la expansión de numerosos espacios de libertad económica ya existentes, así como la creación de nuevos espacios.<sup>30</sup> En otras palabras, la desregulación económica generó más libertad y concentración de poder en quienes detentan la propiedad del capital, y ello conspira, inevitablemente, contra la igualdad de oportunidades en el juego social.<sup>31</sup> Esto último condujo a la polarización socioeconómica y al desespere incontrolable por la obtención de recursos, siendo inevitable, con el transcurrir del tiempo, la reificación en el proceso de reconocimiento intersubjetivo;<sup>32</sup> esto es, ante la precarización y la desigualdad en las condiciones económicas de las personas, estas se han visto en la natural necesidad de mercantilizar dimensiones más abstractas de su ser (imagen, contactos sociales, estatus civil, carácter y personalidad, etc.), alterando con ello la esencia de la dignidad humana.<sup>33</sup> Para neutralizar el sentimiento objetivo de que no se tienen recursos, pero tampoco dignidad, el ser social actual —desde hace ya algunas décadas— se ha posicionado en el reclamo a un retorno por el reconocimiento intersubjetivo basado en el ser persona; en la dignidad

humana, en resumidas cuentas. Dentro de este escenario económicamente desigual, el quehacer de la normativa penal parece resultar ineludible,<sup>34</sup> sobre todo en materia de lavado de dinero, que es desde la cual se puede neutralizar —en sus justas cantidades— la criminalidad económica más grave.<sup>35</sup>

Los modos y las dosis en que el derecho penal habría de intervenir en los asuntos económicos de la sociedad resultan hasta hoy en día muy discutidos. Desde la versión liberal clásica, se entiende que el derecho penal no ha de intervenir en materia económica (estando para ello el Derecho administrativo sancionador con penas interdictivas y pecuniarias),<sup>36</sup> por el contrario, las versiones más modernas pretenden readaptar el papel del derecho penal en la economía y, como se ha visto, una de ellas lo hace desde los postulados del derecho penal *de siempre*<sup>37</sup>, mientras que la otra apela a una especie de Derecho de intervención (*Interventionsrecht*)<sup>38</sup> o derecho penal de segunda velocidad.<sup>39</sup> En cualquier caso, sea cual fuera la versión que se acoja, lo que resulta de común a todas ellas es que las estructuras fenomenológicas y normativas de la nueva criminalidad no podrían ser abordadas coherentemente desde las formas tradi-

<sup>29</sup> Lo que se menciona supra sobre el Estado regulatorio. Sobre las formas privadas de control del riesgo, véase sobre los programas de cumplimiento Blanco Cordero, I., «Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica», *EGUZKILORE*, 2009, núm. 23, pp. 117-138.

<sup>30</sup> Sobre la desregulación económica en la expansión del derecho penal, véase Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, pp. 92, 94.

<sup>31</sup> La acumulación y aumento de poder genera el desplazamiento del control, tanto el externo como el interno. El auténtico poder —en sentido bruto, no jurídico— es el que no cuenta con límites.

<sup>32</sup> Sobre el concepto de reificación (cosificación) de la persona en la era del capitalismo y las sociedades actuales, véase Honneth, A., *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Calderón, G. (trad.), Buenos Aires, Katz, 2007, pp. 25, 27, *passim*.

<sup>33</sup> Paralelamente, parecería ser, que el reclamo de la igualdad social se ha desplazado desde las tesis de la redistribución igualitaria de la riqueza a las tesis del reconocimiento intersubjetivo, esto es, una especie de redistribución igualitaria de la dignidad humana (se invierte la premisa: corolario de la protección de la dignidad humana sería una distribución justa de la riqueza, y no al revés, corolario de la distribución de la riqueza sería la posesión de la dignidad). Sobre este tema, en especial, la obra de Fraser, N. y Honneth, A., *¿Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, Golb, J., Ingram, J. y Wilke, C. (trads.), New York, Verso, 2003.

<sup>34</sup> En la filosofía política, sobre la necesaria transformación del Derecho ante las nuevas necesidades sociales y reclamos de un reconocimiento intersubjetivo del ser persona (aunque se trate de un reconocimiento especialmente basado en la identidad cultural y étnica, la premisa es aplicable a todas las formas de reconocimiento), véase Habermas, J., «Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat», en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 237-276; Honneth, A., *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

<sup>35</sup> Indudablemente, la actual política-criminal que subyace al delito de lavado de dinero a escala mundial no es la originaria del tráfico de estupefacientes, sino que se ha ampliado a todo tipo de actividad delictiva.

<sup>36</sup> *Cfr.* Hassemer, W., «Grundlinien einer personalen Rechtslehre», en Scholler, H. y Philipps, L. (eds.), *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker y Müller, 1989, pp. 85-94, p. 93.

<sup>37</sup> *Cfr.* Tiedemann, K., *op. cit.*, pp. 59 y ss.

<sup>38</sup> Hassemer, W., «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, 1992, pp. 378-383, concede la intervención penal (desde un derecho de intervención), si fuera el caso, pero solo a través de una versión desinflada de sus funciones tradicionales (como a través de la supresión del recurso a la pena de prisión).

<sup>39</sup> Esta propuesta se caracteriza, entre otras cosas, por flexibilizar prudentemente las reglas de imputación y los principios político-criminales, para adaptarlos a las nuevas formas de criminalidad económica. A cambio, la respuesta penal se limitaría a una sanción pecuniaria, no privativa de libertad. *Cfr.* Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 178 y ss.

## ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

cionales del delito, las cuales habrían de readaptarse en muchos supuestos.<sup>40</sup>

Como consecuencias negativas de la expansión de la intervención punitiva en el blanqueo de capitales pueden mencionarse tres principales. Una primera consecuencia se produce en el plano sustantivo: algunos aspectos de la normativa penal sobre el lavado de dinero lesionan el principio de subsidiaridad<sup>41</sup> y de mínima intervención penal, vulnerando la concepción de un derecho penal de las garantías.<sup>42</sup> Una segunda consecuencia se desarrolla en el plano simbólico: el amplio tipo penal del lavado de dinero se ha convertido, para algunos autores, en «un representante genuino del derecho penal del enemigo».<sup>43</sup> De hecho, se castigan con penas excesivas y desproporcionadas conductas evidentemente alejadas de la puesta en peligro del bien jurídico.<sup>44</sup> Y, una tercera consecuencia, se presenta en el plano adjetivo o procesal: la aplicación del tipo penal de blanqueo de capitales, en la práctica judicial, propende a la reducción de las garantías del acusado del delito.<sup>45</sup>

Como se podrá observar en los siguientes epígrafes, la evolución legislativa penal en materia de lavado de dinero fluctúa entre una política criminal de lo esperado y justificable y una de lo inesperado e infundado.<sup>46</sup> Tres dimensiones del mismo fenómeno pueden describirse: la primera, compuesta del núcleo periférico de lo irrazonable; la segunda, que contiene el núcleo satelital de lo dudoso y, la tercera, compuesta por el núcleo duro de lo razonable.

### 3. Aspectos de una expansión irrazonable del lavado de dinero

Algunos de los motivos que se atribuyen al legislador penal como propulsores de la extensión del tipo penal del lavado de dinero se deben, justamente, a motivos no político-criminales, sino más bien, a razones de índole electoralista o de investigación desmedida del Estado sobre las riquezas individuales.<sup>47</sup> Cuando estos son los motivos que impulsan la normativa penal, entonces, ya desde un inicio, toda intervención

<sup>40</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, p. 90; Gimbernat Ordeig, E., «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del derecho penal y decisiones colegiadas)», *ADPCP*, 1999, v. 52, pp. 51-71, pp. 52 y ss., 62 y ss., 71, para quien las estructuras dogmáticas tradicionales, que permanentemente se están perfeccionando, pueden asimilar los nuevos fenómenos criminales y ofrecer soluciones conforme con la justicia y con la seguridad jurídica. Similar Silva Sánchez, J.M., «Teoría del delito y derecho penal económico empresarial», en *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 1-53, pp. 3 y ss., para quien los supuestos del derecho penal económico no cuestionan el sistema de la teoría del delito, que siempre ha contemplado —en su construcción— el equilibrio entre el pensamiento sistemático y el tópic; aunque sí la tensionan.

<sup>41</sup> Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138; Castro Moreno, A., «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez De Linares, M. A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 407-422, pp. 407 y ss., 417 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138; Corcoy Bidasolo, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 153-174, p. 161.

<sup>43</sup> Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

<sup>44</sup> Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

<sup>45</sup> Cfr. Muñoz Conde, F., «El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 375-376, p. 376; invirtiendo la carga probatoria del dolo y operando con presunciones de dolo, indica Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 408-409. Sobre las implicancias procesales en el debate alemán Kargl, W., *op. cit.*, pp. 61 y ss.

<sup>46</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 52, que se refiere al delito de blanqueo de capitales como un fenómeno que se ubica entre un expansionismo justificado y peligrosamente desmesurado.

<sup>47</sup> Véase Díaz y García Conlledo, M., «¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?», en Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 609-633, p. 615; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *Las excusas absolutorias en Derecho español: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, p. 174, señala: «el delito, con su nueva configuración, termina convirtiéndose en herramienta para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas, incluyéndose no solo las exorbitantes, sino también las más insignificantes» [de hecho, se refiere expresamente a esto en «Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal», *RDP*, 2012, núm. 37, pp. 9-41, pp. 13 y ss., 20]; similar Bajo Fernández, M., «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, EDERSA, 1993, pp. 135-149, p. 148. Ya antes Gómez Benítez, J.M., *op. cit.*, pp. 72, 73-74, dio a entender que la intención del legislador con el blanqueo es



punitiva en desmedro de las libertades civiles ha de tacharse de irracional. Esta especie de degeneración de la función punitiva del Estado, que pretende soluciones y respuestas meramente simbólicas para tranquilizar a la opinión pública, sería una auténtica expansión irrazonable del derecho penal.<sup>48</sup> Esto es, cualquier ampliación del tipo penal del blanqueo de capitales con propósitos no penalmente funcionales ha de considerarse como algo desdeñable y abusivo.<sup>49</sup>

Ejemplos ofrecidos por la doctrina de una expansión irrazonable serían:

(a) La inyección insignificante de dinero ilícito en el curso legal de la economía: se entiende que esta carece de entidad lesiva suficiente como para desestabilizar el bien jurídico que protege (orden socioeconómico).<sup>50</sup> Por aplicación del principio de insignificancia o de irrelevancia penal, quedarían excluidos de la tipicidad penal los comportamientos que, cuadrando formalmente en los verbos típicos del art. 400 bis del Código Penal Federal de México, carecieran de valor materialmente suficiente.<sup>51</sup> Aunque lo problemático sigue siendo dónde establecer el límite cuantitativo entre lo insignificante y lo penalmente lesivo. Con los criterios de exclusión de la imputación objetiva se ha avanzado considerablemente en la

delimitación material de los comportamientos penalmente irrelevantes. A ellos habrá que seguir apelando en la interpretación del amplio tipo objetivo del lavado de dinero, que en la legislación mexicana recibe el nombre especial de «operaciones con recursos de procedencia ilícita».

Dos cuestiones pueden resultar polémicas en este punto, que aquí solo se pueden mencionar. La primera, referida a los efectos lesivos ocasionados por la ubicuidad y acumulación del lavado de pequeñas cantidades de dinero.<sup>52</sup> La segunda, relativa a los límites de la efectiva prevención del blanqueo de capitales a través del completo aislamiento del autor del delito previo (*Isolierung der Vortäter*), denegándole los bienes más elementales que podrían prestarle terceros.<sup>53</sup>

Como solución posible al problema del límite cuantitativo se propone delimitar la amplitud objetiva del tipo a través de una interpretación sistemática (ya no solo teleológica) del precepto penal, en conjunto con el tipo penal contra el patrimonio por excelencia: el robo. Dentro del Título XXII del Código Penal, que regula los delitos en contra de las personas en su patrimonio, el Capítulo I versa sobre el delito de robo,<sup>54</sup>

---

descubrir el fraude fiscal; una especie de intención encubierta. Por su parte, para Varela Castro, L., «Últimas líneas jurisprudenciales en sede de blanqueo. Conclusiones», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 387-388, p. 387, la expansión del blanqueo de capitales se sustenta en un argumento *sociotecnológico* del derecho penal, convertido en un *instrumento* político, a la vez que quiebra los valores y principios constitucionales. Y para Ferré Olivé, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2009, pp. 247-261, pp. 248-249, a nivel europeo existe una desmedida tendencia a instrumentalizar el delito de blanqueo de capitales para la persecución de delitos como la corrupción, el tráfico de drogas, el terrorismo y el fraude fiscal.

<sup>48</sup> A esto se refiere Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 6-7, cuando describe que es bastante frecuente que la «expansión del derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (... declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)».

<sup>49</sup> Para un considerable sector de la doctrina española el tipo penal del blanqueo de capitales se encuentra desbordado (en los términos de la expansión), porque contempla comportamientos que no se justifican como necesarios de tutela penal. *Cfr.* Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Ganancias criminales y ganancias no declaradas (el desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)», en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez De Linares, M. A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 601-642, pp. 602, 639 y ss. Lo comparte Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 138.

<sup>50</sup> *Cfr.* Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 78; Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>51</sup> Respecto de la legislación española (art. 301 CP), *cfr.* Aránguez Sánchez, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 248.

<sup>52</sup> Este *item* suele neutralizarse desde la invocación del principio de responsabilidad por el hecho propio.

<sup>53</sup> *Cfr.* Barton, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *StV*, 1993, núm. 3, pp. 156-163, pp. 160 y ss. De otra opinión Arzt, G., «Geldwäscherei. Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *NStZ*, 1990, núm. 1, pp. 1-5, p. 4, para quien el derecho penal no puede prevenir el blanqueo de dinero empleando las infracciones de bagatela para obligar a los terceros a no ayudar al delincuente. Crítico también Kargl, W., *op. cit.*, p. 63, quien considera que esta teoría atentaría contra el principio de la dignidad humana.

<sup>54</sup> Una propuesta similar se puede hacer en relación con el delito de blanqueo de capitales (art. 301) y el hurto (art. 234) en la legislación penal española: dentro del Título XIII del Código penal, que regula los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el

### ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

que en su art. 370 establece que cuando el robo exceda de 500 (quinientas) veces el salario, la sanción será de 4 a 10 años de prisión (más multa).<sup>55</sup> Teniendo en cuenta que el delito de lavado de dinero trae aparejada una pena de prisión similar a esta modalidad del robo que se extiende de 5 a 10 años de prisión, lo lógico y axiológicamente coherente sería que lo penalmente relevante en materia de lavado de dinero fuera en concordancia con los montos relativos para determinar la magnitud de la pena del robo (esto es, el superior a 500 veces el salario). Si el legislador ha considerado que solo la modalidad del robo superior a 500 veces el salario merece una escala penal de 4 a 10 años de prisión,<sup>56</sup> similar a la escala penal de 5 a 10 años de prisión del lavado de dinero, entonces, no podrían por un argumento *a maiore ad minus* castigarse penalmente como actos de lavado de dinero cuantías inferiores a 500 veces el salario.<sup>57</sup> En todo caso, aunque los marcos penales de los delitos de robo y de blanqueo de capitales no se corresponden desde un punto de vista cuantitativo, no obstante sí parecerían corresponderse en lo cualitativo del reproche penal. Abonan este argumento, otras modalidades de robo que poseen el mismo elemento cuantitativo del tipo penal del art. 370 y que contemplan marcos penales similares a este y al lavado de dinero. Por un lado, se encuentra el art. 368 bis señala que castiga con pena de 3 a 10 años de prisión (más multa) «al que después

de la ejecución del robo y sin haber participado en este, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia cuando el valor de estos sea superior a 500 veces el salario».

Con este tipo penal, el legislador está sancionando comportamientos delictivos de un auténtico lavado de capitales, pero dentro de la modalidad específica del robo.<sup>58</sup> Y, por otro lado, se halla el art. 368 ter que reprime con una pena de 6 a 13 años de prisión (más multa) «al que comercialice de forma habitual objetos robados a sabiendas de esta circunstancia» cuando el valor de aquellos sea superior a 500 veces el salario. Con este delito el legislador va más allá de una simple penalización de hechos de lavado de dinero, como lo son los actos de comercialización. En este tipo penal el legislador concentra el núcleo del reproche penal en el acto de habitualización en sí del comercio de bienes robados que superen 500 veces el salario.

(b) Los verbos típicos de adquirir, custodiar, poseer, dar, recibir, traspasar, transportar o transferir: la incorporación de estos verbos como conductas específicas de «operaciones con recursos de procedencia ilícita» del art. 400 bis, puede conducir a criminalizar comportamientos propios de la actividad comercial, así como también conductas socialmente adecuadas de la vida cotidiana,<sup>59</sup> máxime cuando, por ejemplo, desde la posesión de los bienes de procedencia delictiva no

---

delito de hurto del art. 234 prevé la pena de prisión para cuando la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros (y la pena de multa para cuando no). Teniendo en cuenta que el blanqueo de capitales, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, trae aparejada una pena de prisión, lo lógico y axiológicamente coherente sería que lo penalmente relevante en materia de blanqueo se limitara también a los montos superiores a 400 euros. En este sentido, si el legislador español ha entendido que solo las cuantías superiores a 400 euros afectan a un bien jurídico individual como el patrimonio, no podrían por un argumento *a maiore ad minus* cuantías inferiores afectar a un bien jurídico supra-individual como lo es el orden socioeconómico.

<sup>55</sup> En relación con el art. 369 bis del CP: para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este título, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en que se cometió el delito.

<sup>56</sup> La exclusiva consideración de la suma superior a 500 veces el salario, como límite mínimo del lavado de dinero responde a la *ratio* económica del delito de robo, que es la única que puede relacionarse con el bien jurídico que tutela el lavado de dinero: el orden socioeconómico.

<sup>57</sup> Como sucedería con las otras modalidades de robo reguladas también en el art. 370 del CP: cuando el valor de lo robado no excediera de 100 veces el salario se impondrá hasta 2 años de prisión (y multa). Cuando excediera de 100 veces el salario, pero no de 500, la sanción será de 2 a 4 años de prisión (y multa).

<sup>58</sup> Los verbos típicos del art. 368 bis (*posea, enajene, adquiera y reciba*) se encuentran también previstos en el tipo penal del art. 400 bis. La única diferencia existente es el verbo típico *trafique* que se contempla en el art. 368 bis, pero no en el art. 400 bis (aunque este contempla otros verbos similares).

<sup>59</sup> *Cfr.* Del Carpio Delgado, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, 2011, núm. 15, pp. 1-28, pp. 27-28, p. 17. Sobre la problemática de las conductas social y profesionalmente adecuadas en relación con el blanqueo, véase, entre otros Pérez Manzano, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 169-206; Ragués i Vallès, R., «Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en Silva Sánchez, J.M. (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica-empresarial, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 128-161; Blanco Cordero, I. «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, 1997, v. 50, pp. 263-291.

resulte indiscutible que se trata de actos de simulación del origen de los bienes, en cuyo supuesto, sí que podría configurarse el blanqueo de capitales.<sup>60</sup> Lo irracional de estas modalidades de comisión, que se deriva de una interpretación literal y amplia del tipo, suele contrarrestarse desde una interpretación restrictiva y teleológica de la norma, impidiendo que conductas de insignificante trascendencia para los fines del derecho penal se conviertan en delitos.<sup>61</sup>

A pesar de lo manifestado, parecería ser, que existirían algunas razones por las cuales el legislador ha tipificado como conductas de lavado de dinero la adquisición, posesión y verbos similares de los bienes procedentes de un delito. La principal de estas razones tendría que ver con la tendencia político-criminal cada vez más agresiva que se asume a nivel internacional en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción. De la mano de lo anterior, una segunda razón tendría que ver con el impedimento dogmático que se podría plantear permitiendo una laguna típica a través de la figura del dolo *subsequens*. Sin la presencia de los verbos mencionados, podría pasar, que el sujeto adquiriera o recibiera bienes de procedencia ilícita sin conocimiento, pero que en el transcurso del hecho descubriera o se le informara acerca de dicha procedencia. La defensa, que en esos supuestos podría presentarse, sería que por el principio de simultaneidad no procede castigar por un dolo subsiguiente al momento de los hechos, como la adquisición del bien delictivo (sin perjuicio de la posible imputación extraordinaria a título de desconocimiento provocado).<sup>62</sup> Sin embargo, con la amplia gama de verbos típicos

que contemplan casi todas las modalidades *criminis*, el dolo *subsequens* de la adquisición se convertiría en un dolo típico en el mismo momento en que el sujeto tomara conocimiento de la procedencia ilícita y poseyera o custodiara el bien delictivo.<sup>63</sup>

(c) El marco penal del lavado de dinero que tutela un bien jurídico supraindividual resulta en su límite superior desproporcionado en comparación con otros tipos penales que protegen bienes personalísimos como la vida (art. 307). Así, mientras que el lavado de dinero se castiga con una pena de 5 a 15 años de prisión, el homicidio intencional simple se reprime con una pena de 12 a 24 años de prisión. En la franja común que se extiende de los 13 a los 15 años de prisión, el delito de blanqueo de capitales desbordaría el sentido de la necesidad y merecimiento de pena, teniendo en cuenta el objeto de tutela.<sup>64</sup> Si de por sí la doctrina cuestiona la viabilidad de la protección penal en relación con bienes jurídicos colectivos, con mayor razón se podría cuestionar el marco penal de un delito que tutela un bien jurídico supraindividual desde un pronunciado adelantamiento de las barreras punitivas: castigando severamente actos de auténtico peligro y no de lesión.

(d) En la dimensión de la praxis judicial, el recurso desmedido e indiscriminado de la prueba indiciaria, conduce a infringir las garantías procesales del acusado: la doctrina hace tiempo denuncia que algunos tribunales emplean «prácticamente, los mismos elementos indiciarios para extraer dos conclusiones diferenciadas, una en el plano de la tipicidad objetiva y, la otra, en el plano de la tipicidad subjetiva».<sup>65</sup> Luego, a partir de los mismos indicios se concluye tanto sobre

<sup>60</sup> En la regulación penal española, *cfr.*: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal*, 18 de febrero de 2009, p. 120.

<sup>61</sup> En España el problema se agudiza por la presencia del tipo penal de blanqueo imprudente. *Cfr.*: del Carpio Delgado, J., «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret Penal*, 2016, núm. 4, pp. 1-45, pp. 27 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, (2012), p. 21, nota al pie 18; Castro Moreno, A., «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización den el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», *LL*, de 5 de noviembre de 2009, pp. 1-6.

<sup>62</sup> Sobre el tema, véase Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2015, pp. 840 y ss.

<sup>63</sup> Sobre el dolo *subsequens* en el blanqueo, véase Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 804 y ss.

<sup>64</sup> La misma crítica se presenta en relación con el blanqueo imprudente en la legislación española. *Cfr.*: García-Pablos de Molina, A., *op. cit.*, p. 218; Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 109; afecta al principio de intervención mínima para Fabián Caparrós, E., «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *RGDP*, 2011, núm. 16, pp. 1-33, p. 26. Se refiere a una penología desproporcionada entre el homicidio imprudente y el blanqueo imprudente, Queralt Jiménez, J. J., *derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed. revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, 1.ª ed. en Tirant lo Blanch, Valencia (recurso electrónico), 2015, p. 1302. De forma general, Martínez-Buján Pérez, C., *derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 5.ª ed. adaptada a la LO 1/2015, 2016, pp. 393 y ss., 395 y ss., cuestiona la introducción de la imprudencia en el derecho penal económico y, en concreto, respecto del blanqueo imprudente.

<sup>65</sup> *Cfr.*: Gallego Soler, J. I., «Art. 301», en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, pp. 1027-1035, pp. 1032 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 68. Sobre la prueba indiciaria en la ignorancia deliberada en el blanqueo, Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 847 y ss.

### ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

la acreditación del origen criminal de los bienes como sobre la adscripción de la modalidad del dolo.<sup>66</sup>

#### 4. Aspectos de una expansión aún dudosa del lavado de dinero

Otros aspectos del lavado de dinero presentan, por el contrario, aristas todavía ambiguas, que, seguramente, desde el plano formal, podrían subsanarse con una revisión profunda de la técnica legislativa y, desde el plano material, podrían resolverse desde una interpretación teleológica de la letra penal. A continuación se mencionan algunos de estos aspectos y se toma partido por la tesis que se entiende correcta de asumir al respecto.

(a) El autolavado: la posibilidad de ser juzgado en sede penal por autoblanqueo ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina.<sup>67</sup> Los principales argumentos en contra se relacionan con la vulneración al principio del *ne bis in idem*, al entender el autoblanqueo como un acto copenado,<sup>68</sup> o el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, al entenderse como un autoencubrimiento impune.<sup>69</sup>

El principio del *ne bis in idem* contiene un doble estándar: por un lado, la prohibición de punición

múltiple y, por el otro, la prohibición de juzgamiento múltiple. La primera, referida desde un concepto jurídico-penal de hecho, al aspecto sustantivo de la valoración del hecho y, la segunda, por el contrario, referida desde un concepto procesal de hecho, al aspecto operativo de la persecución penal del mismo.<sup>70</sup> Según esta doble faceta del principio, se aprecia que una dimensión de la crítica al autolavado estaría orientada desde el estándar de la prohibición de punición múltiple,<sup>71</sup> como una especie de doble valoración del contenido de injusto de lo que se entiende como *un mismo hecho sustantivo*.<sup>72</sup> Y, en este punto, reside, a mi criterio, lo cuestionable de la crítica. Cuando el legislador tipificó el autoblanqueo como un delito con antijuridicidad propia, lo hizo con total independencia de la consideración de lo que la doctrina denomina agotamiento irrelevante del delito precedente.<sup>73</sup> En el autolavado no se daría una razón de doble valoración prohibida, sino, en todo caso, una errónea interpretación de la *ratio essendi* del delito: el legislador le ha otorgado (por una razón político-criminal determinada), a algunos aspectos del agotamiento económico de una actividad delictiva, la categoría de tipo penal autónomo, por entender que reúne un suficiente contenido de injusto como para lesionar un bien jurídico diferente al subyacente: el orden socioeconómico en

<sup>66</sup> La causa del empleo de los mismos criterios indiciarios puede deberse, también, a una tendencia a la objetivación —cada vez más— del elemento subjetivo del dolo.

<sup>67</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 134, que ve una expansión irrazonable en el autoblanqueo; Gutiérrez Rodríguez, M., «Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, 2015, núm. 24, pp. 1-22, pp. 19 y ss.

<sup>68</sup> Cfr. Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *El Autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2014, pp. 39 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, pp. 616 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 65, 67; Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, pp. 22 y ss., 25 y ss.; Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 2000, pp. 390 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. De la Mata, N. J., «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», *RGDP*, 2016, núm. 26, pp. 1-43, p. 10; Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *op. cit.*, pp. 43 y ss.; Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 67; Molina Fernández, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito», en Bacigalupo Saggese, S. y Bajo Fernández, M. (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 91-123, pp. 122-123; Ferré Olivé, J. C., *op. cit.*, pp. 260-261.

<sup>70</sup> Cfr. Mañalich, J. P., «El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio», *PC*, 2014, v. 9, núm. 18, pp. 543-563, pp. 547-548 y ss., 551 y ss.

<sup>71</sup> También es posible cuestionar el autoblanqueo desde la prohibición del juzgamiento múltiple, máxime cuando al tratarse de un delito autónomo es posible tanto la sucesión como simultaneidad de procesos. Sobre esta prohibición Mañalich, J. P., *op. cit.*, pp. 551 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 549: «la prohibición de punición múltiple opera al modo de una ‘prohibición de doble valoración’, orientada a evitar que un mismo aspecto del correspondiente objeto de juzgamiento sea considerado más de una vez en la fundamentación de la sanción».

<sup>73</sup> Cfr. Demetrio Crespo, E., *op. cit.*, pp. 10-11, 14 y s. En relación con el delito fiscal en España, Bacigalupo Zapater, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 13, 17, 25, 30 y ss., entiende que por el principio de consunción (art. 8.3 CP) la aplicación del art. 301 CP resulta excluida por cuanto el delito fiscal ya comprende todo el desvalor de la conducta. Similar Gutiérrez Rodríguez, M., *op. cit.*, pp. 8-10, 20.

su conjunto o en alguna de sus manifestaciones.<sup>74/75</sup> En otras palabras, no se trataría de que el legislador haya valorado dos veces el mismo hecho, sino que interpretó, antes de la tipificación, un hecho ideal posible (por ejemplo, el narcotráfico consumado y agotado en toda su extensión) como dos hechos independientes, con significaciones delictivas distintas: el narcotráfico consumado, por un lado, y el agotamiento económico del mismo, por el otro (lavado de dinero). Por esta razón, si, a su vez, el fundamento de la prohibición de punición múltiple se encuentra en la prohibición de exceso, como corolario del principio de proporcionalidad,<sup>76</sup> entonces, con mayor razón no podría sostenerse que la sanción del autoblanqueo resulta desproporcionada en comparación con el delito precedente, toda vez que los objetos de protección de la norma de sanción de los tipos penales difieren sustancialmente.<sup>77</sup>

No obstante, lo dicho, lo que sí podría plantear serias dudas acerca de la doble valoración de un mismo hecho es el aspecto del agotamiento en determinados delitos, que consisten en poseer y utilizar los bienes que fueron objeto del ilícito<sup>78</sup> (como el robo de una moto o la estafa de una joya), pero, no así, si se los emplea para adquirir

otros bienes. En todo caso, esta problemática no es posible ensayarla en este trabajo.

En cuanto al principio *nemo tenetur* se ha defendido que existe un derecho fundamental de las personas de guardar silencio y de no declarar contra sus propios intereses, esto es, nadie está obligado a autoincriminarse; máxime cuando desconoce acerca del alcance de sus derechos y, al ser sorprendido *in flagranti delicto*, pueda involuntariamente autoincrimarse.<sup>79</sup> En este sentido, el Estado no podría exigir esta especie de autodenuncia penal, so pena de convertirlo en una autolesión inexigible e ilegítima.<sup>80</sup> Según qué fundamento se asuma, el autolavado podría no constituir un autoencubrimiento impune,<sup>81</sup> en la medida en que la conducta del sujeto revelara de modo objetivo la lesión del bien jurídico protegido por el lavado de dinero y a la vez revelara objetivamente, no la voluntad de ocultación de un supuesto hecho delictivo anterior, sino la inviabilidad de su argumento expreso o silencioso sobre la procedencia lícita de los bienes.<sup>82</sup> En estos supuestos, el mismo autor podría, en concurso,<sup>83</sup> por ejemplo, cometer tanto una estafa como un blanqueo de capitales al mismo tiempo.

(b) La naturaleza de delito autónomo: también se ha cuestionado que la autonomía del lavado de dinero

<sup>74</sup> Cuestiona que se lesione dos veces el orden socioeconómico en el delito de defraudación fiscal y blanqueo de capitales, De la Mata, N. J., *op. cit.*, p. 10.

<sup>75</sup> Las referencias bibliográficas en este punto son inabarcables de una sola vez. A modo de ejemplo, se refieren al orden socioeconómico, Terradillos Basoco, J. M., *op. cit.*, pp. 14 y ss. En Alemania Kargl, W., *op. cit.*, p. 60 (*Volkswirtschaft*); Böttke, W., «Teleologie and Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *wistra*, 1995, núm. 4, pp. 87-91 y 121-130, p. 124 (legal funcionamiento de la competencia de mercado).

<sup>76</sup> Cfr. Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 548.

<sup>77</sup> Sin embargo, puede suceder que a nivel legislativo exista un problema de proporcionalidad general, pero ello no puede ser identificado con el *ne bis in idem*. Cfr. Mañalich, J. P., *op. cit.*, p. 549.

<sup>78</sup> Sobre este tema, en particular Gutiérrez Rodríguez, M., *op. cit.*, pp. 6 y ss. (para quien, además de infringirse el principio del *ne bis in idem*, se invierte injustamente la carga de la prueba); en general Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, pp. 22 y ss., 25 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. Roxin, C., «La protección de la persona en el Derecho procesal alemán», en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, García Cantizano, M. del C. (trad.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 121-158, pp. 125 y ss., 131 y ss., 134.

<sup>80</sup> Cfr. Polaino-Orts, M., «Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte general», en Ambos, K., Coria, C. y Malarino, E. (coords.), *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, Lima, Jurista Editores, 2015, pp. 249-288, pp. 273-274, para quien el conocimiento del origen ilícito de los bienes genera una especie de deber de «compliance personal», que contraría el derecho de no declarar contra sí mismo.

<sup>81</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J.M., *op. cit.*, p. 242.

<sup>82</sup> El art. 400 bis del CP establece que se entenderá por productos derivados de una actividad ilícita cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente de la comisión de algún delito y *no pueda acreditarse su legítima procedencia*. Respecto de este último elemento del tipo, Aguilar López, M. A., «El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia», *RIJF*, núm. 18, 2004, pp. 1-30, p. 29, sostiene que el mismo no lesiona el principio constitucional de la presunción de inocencia del acusado por cuanto, si bien el legislador ha previsto de que los recursos serán entendidos como de procedencia ilícita cuando existan fundados indicios de su ilicitud y al mismo tiempo no pueda acreditarse su legítima procedencia, ello no significa ni que el Ministerio Público quede exento de su función probatoria ni que el acusado haya de demostrar su inocencia. Por el contrario, el tipo penal solo se refiere a la forma que tiene el acusado de adoptar su defensa frente a las pruebas aportadas por el Ministerio Público.

<sup>83</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J.M., *op. cit.*, p. 242.



### ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

se presta para que en la práctica los tribunales puedan juzgar y condenar por blanqueo, aun respecto de aquellos delitos previos que no han sido sometidos a un proceso o condena penal.<sup>84</sup>

Desde las dos razones que pueden presentarse a favor de la autonomía del blanqueo de capitales<sup>85</sup> se responde a esta crítica. La primera razón, de índole dogmática, entiende que el lavado de dinero no se encuentra concebido ni como una forma de encubrimiento ni como una de participación, sino como un acto típico de cierre o agotamiento del delito anterior, que lesiona un bien jurídico diferente a través de la incorporación de las ganancias ilícitas al tráfico legal.<sup>86</sup> De un modo muy provisorio, podría sostenerse que, así como existen excepcionalmente actos preparatorios punibles, *existirían* actos conclusivos (de agotamiento) punibles, cuya aplicabilidad y ubicación sistemática, todavía, tendría que ser revisada.<sup>87</sup> El agotamiento punible consistiría en la introducción de los activos ilícitos al curso legal de la economía. Y, una segunda razón político-criminal, desde la cual el

castigo del lavado de dinero persigue fines bien distintos de los que persiguen las finalidades de los delitos previos. Es decir, el ámbito de protección de la norma del blanqueo de capitales estaría orientado a evitar conductas lesivas de un bien jurídico colectivo, allende los especiales bienes jurídicos tutelados por los delitos subyacentes.<sup>88</sup>

(c) El delito previo conexo: que el lavado de dinero se ha convertido en una especie de macodelito porque el legislador ha criminalizado cada vez más supuestos bajo este fenómeno es una cuestión no solo jurídicamente indiscutida, sino también a nivel social. Descriptivamente, podríamos decir que el blanqueo de capitales ha ampliado sus márgenes de prohibición penal y, con ello, la intervención represiva a costa de las libertades ciudadanas. Pero, todavía habrá que someter a consideración las razones de dicha ampliación y a partir de allí constatar su legitimidad. De modo resumido y cronológico, el lavado de dinero se ha expandido desde el tipo fiscal a cualquier recurso proveniente de una *actividad ilícita*,<sup>89</sup> lo que significa

<sup>84</sup> La autonomía del delito presenta en la práctica algunos inconvenientes, que habrían de resolverse a nivel procesal y no desde la crítica a su naturaleza autónoma. En sentido crítico, algunos autores entienden que el blanqueo de capitales se ha terminado por convertir en un delito de sospecha (*Verdachtsstrafe*) o de presunción de culpabilidad. Cfr: Cortés Bechiarelli, E., «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento europeo y del Consejo», *AFD*, 2003, v. 21, pp. 153-185, pp. 156-157. Sobre todo, en aquellas ocasiones en que los tribunales no exigen una real conexión (ni condena) con el delito previo. En este sentido ABEL SOUTO, M., *ob. cit.*, p. 146; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2013, pp. 281-299, pp. 288 (delito de sospecha que «a veces se maquilla con la expresión ‘prueba indiciaria’») y 299. En el delito de sospecha se entiende, que la aplicación del tipo penal admite en la práctica la relajación de las exigencias probatorias de alguno de los elementos del tipo, sobre todo de los relativos al tipo subjetivo, atentando contra el principio de la presunción de inocencia. Sobre los problemas que presenta el blanqueo en relación con la presunción de inocencia (*Unschuldsvermutung*) en el ordenamiento alemán, Kargl, W., *op. cit.*, p. 62; Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996, pp. 341-342.

<sup>85</sup> Por la similitud estructural, podrían considerarse aquí algunas de las razones a favor de la receptación como delito autónomo, a las que refiere de la Mata, N. J., *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código penal*, Madrid, CPMJ, 1989, pp. 16-18 (añadiendo razones técnicas, de principio y procesales).

<sup>86</sup> Con ello, en el blanqueo de capitales regiría el principio de accesoriedad típica limitada mínima, esto es, la que solo precisa de una base objetiva para su castigo. Cfr: Muñoz Conde, F., *Derecho penal, Parte especial*, 20.<sup>a</sup> ed. completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, p. 447.

<sup>87</sup> Una propuesta en este sentido, que concibe el blanqueo de capitales como una *norma de flaqueo invertida*, en Varela, L., «El blanqueo de capitales como norma de flaqueo *invertida* (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica)», *RP*, núm. 40, 2017, pp. 236-249, pp. 244 y ss.

<sup>88</sup> Incluso, dada la autonomía del blanqueo frente al delito precedente, podría suceder que el blanqueo resulte como calificación alternativa respecto del delito anterior, en los casos en que este último no pueda llegar a probarse (como el narcotráfico), pero sí aquel. Cfr: Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 448.

<sup>89</sup> El art. 400 bis del CP establece lo que debe entenderse por productos derivados de una actividad ilícita: a efectos de este capítulo se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En España, algunos autores entienden que el concepto de actividad delictiva presenta un campo de aplicación ingente, puesto que podrían darse supuestos de blanqueo respecto de hechos ya prescritos. Cfr: De la Mata, N. J., *op. cit.*, pp. 8 y ss. (en especial relación con el delito de defraudación tributaria); Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *op. cit.*, p. 33; así como lo que se denomina receptación del blanqueo en Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 67.

que el lavado de dinero se realiza respecto de cualquier tipo de delito<sup>90</sup> como en relación con cualquier bien de origen ilícito.<sup>91</sup> Si observamos dicha ampliación desde los mandatos europeos en la materia, el lavado de dinero se ha expandido desde la receptación con ánimo de lucro a la omisión al deber de declarar la cuota fiscal (delitos que consisten en el aprovechamiento de las ganancias). Esta clase de expansión del tipo penal merece una crítica contundente. A través del blanqueo de capitales no puede perseguirse todo tipo de criminalidad porque desde el refrán popular «el que mucho abarca poco aprieta» se advierte muy rápidamente el fracaso político-jurídico al que se conduce a la lucha contra la auténtica criminalidad (la organizada), desperdiciando recursos y esfuerzos en la persecución de infracciones menores. En este sentido, el blanqueo de capitales solo habría de quedar penalmente conectado con determinados delitos graves (corrupción, narcotráfico, terrorismo, entre otros).<sup>92</sup>

(d) En la legislación española, por ejemplo, se contempla el blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave (que merece alguna consideración teniendo en cuenta la tendencia internacional de

ampliar la criminalización del lavado de dinero): el legislador ha incluido este tipo penal, quizá pensando en otra cosa,<sup>93</sup> pero lo cierto es que, el mismo, ha resistido hasta las más duras críticas de la doctrina desde su introducción.<sup>94</sup> Entre las críticas más comunes se encuentran las siguientes: la modalidad imprudente está prevista como un tipo de recogida (*Auffangtatbestand*) para cuando no puede probarse el dolo,<sup>95</sup> se infringe el principio de intervención mínima al castigar desde la modalidad imprudente hechos no penalmente relevantes;<sup>96</sup> el tipo penal al no discriminar quiénes pueden cometer blanqueo por imprudencia, admite una interpretación amplia, que termina convirtiendo a cualquier ciudadano común en una especie de funcionario asistente del Estado encargado de realizar la actividad oficial de prevención del lavado de activos;<sup>97</sup> la norma de cuidado del tipo penal ha de complementarse no solo con la normativa administrativa respectiva en relación con determinados sujetos obligados, sino con determinadas disposiciones provenientes de organismos internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI),

<sup>90</sup> En México se pasó del lavado de dinero como infracción de tipo fiscal a cualquier delito, primordialmente para perseguir la delincuencia organizada. Cfr. Ojeda Bohórquez, R., «Análisis dogmático del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita», en *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán: 50 años de vida académica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pp. 471-482, pp. 472 y ss. En España se pasó del narcotráfico, luego un delito grave y actualmente en relación con cualquier delito (grave o no). Cfr. Abel Souto, M., *op. cit.*, p. 143; Manjón-Cabeza Olmeda, A., *op. cit.*, (2014), p. 176; Choclán Montalvo, J.A., «¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?», *BICAM*, ejemplar: *Blanqueo de capitales*, 2007, núm. 37, pp. 159-174, p. 159.

<sup>91</sup> No solo es la relación con una actividad delictiva determinada, sino que el tipo se conforma con el origen ilícito de los bienes. Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 133.

<sup>92</sup> Crítico también en relación con la amplitud de lo que denomina «infracciones criminales nodrizas» Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 52.

<sup>93</sup> Cfr. sobre las primeras razones, véase Fabián Caparrós, E., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas», *ADPCP*, 1993, t. 46, núm. 2, pp. 585-628.

<sup>94</sup> Entre las más duras críticas figura la de Cobo del Rosal, M., *op. cit.*, pp. 52-53. Una crítica matizada en Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, p. 417, quien expresamente sostiene que no apoya de modo alguno el art. 301.3 pero, no obstante, ofrece un modo restrictivo de interpretar el tipo penal; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1996*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 126-127.

<sup>95</sup> Cfr. Cortés Bechiarelli, E., *op. cit.*, p. 179, concibe la modalidad imprudente como una sospecha de dolo. También Blanco Cordero, I., *op. cit., passim*; Abel Souto, M., *op. cit.*, pp. 139, 146; Díaz y García Conlledo, M., *op. cit.*, pp. 288 y 299; Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, pp. 27-28, 31; Fernández Teruelo, J., «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2011, pp. 111-129, p. 118; Ferré Olivé, J. C., *op. cit.*, p. 260; Choclán Montalvo, J. A., *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 81; Gómez Iniesta, D., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, CEDECS, 1996, p. 66. En Alemania, entre otros, Glaser, R., *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, München, Herbert Utz, 2009, pp. 62, 78; Schramm, E., «Zum Verhältnis von (gewerbsmäßiger) Hehlerei (§§ 259, 260 StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *wistra*, 2008, núm. 7, pp. 245-249, p. 248; Werner, G., *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*, Freiburg im Breisgau, Iuscrim, 1996, p. 246.

<sup>96</sup> Cfr. Del Carpio Delgado, J., *op. cit.*, p. 7; Arias Holguín, D., *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 125; Bajo Fernández, M., *op. cit.*, p. 18; Fabián Caparrós, E., *op. cit.*, p. 341.

<sup>97</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, pp. 134 y ss., 213hj. En Alemania Kargl, W., *op. cit.*, p. 60, se refiere a un deber general para toda la población, que le exige actuar como un órgano colaborador (*Hilfsorgane*) de la autoridad investigadora del Estado.

### ¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?

que escapan al control parlamentario español,<sup>98</sup> entre otras críticas.<sup>99</sup>

A favor de la criminalización del tipo imprudente, podrían ensayarse los siguientes argumentos: aun cuando el tipo penal se encuentre pensado para salvar las dificultades probatorias que se presentan en la práctica respecto del dolo, ello no es óbice para seguir exigiendo un fundamento, no solo formal de infracción al deber de cuidado, sino también material, en la imprudencia.<sup>100</sup> Con sensatez, no resulta compartible, que desde la imprudencia se hayan decidido resolver los *supuestos* problemas de la prueba del dolo,<sup>101</sup> porque tan difícil es probar el dolo como la imprudencia; máxime cuando desde hace tiempo la jurisprudencia viene trabajando con un concepto de dolo cada vez más objetivo, que le permite salvar cuestiones probatorias. Así también, el principio de intervención mínima tiene que ir adaptándose a las nuevas formas de criminalidad y a las nuevas formas en que, intersubjetivamente, se perciben como criminal determinadas conductas, antes toleradas o no del todo conocidas. En conexión con el lavado de dinero imprudente se presenta la crítica del blanqueo como delito común. En cuanto a ello podría sostenerse que una política-criminal que solo se oriente a exigir determinados deberes de cuidado a sujetos obligados por la normativa administrativa infringiría en dos aspectos el principio de igualdad. Por un lado, respecto del ciudadano común, porque llegado el caso podría ser castigado por un dolo eventual, mientras que el sujeto obligado (que cuenta a su favor con normas de cuidado expresas y determinadas, así como una infraestructura institucional preparada al efecto) recibiría tan solo una pena por imprudencia. Pero, también, y por el otro, respecto del sujeto obligado, porque su ámbito de libertad se restringiría a través de las normas de cuidado a la

vez que disminuiría el margen de error en la comisión del delito, generando con el devenir del tiempo, una presunción de vencibilidad ya ante la mera infracción formal de determinados deberes.<sup>102</sup>

### 5. Aspectos de una expansión razonable del lavado de dinero

Una política criminal razonable en materia de blanqueo de capitales se erige como una respuesta institucional necesaria a demandas sociales merecidas. Algunos ejemplos, de qué aspectos del blanqueo se justificaría insoslayablemente tutelar por el derecho penal, y que conformarían el núcleo duro de la prohibición, son los siguientes:

- a) El ingreso masivo a la economía regular de capital proveniente de actividades delictivas: a diferencia de la inyección insignificante, el blanqueo de ingentes cantidades de dinero de procedencia ilícita provoca una fuerte y sentida desestabilización del orden socioeconómico (entendiéndose dicha desestabilización como la lesión a dicho bien),<sup>103</sup> con todos los efectos perniciosos para los bienes jurídicos personales que le subyacen.
- b) Cualquier conducta que comporte el ingreso de elevadas cantidades ilícitas al tráfico legal: resultan las más comunes, por su naturaleza operativa, las de administrar y convertir el capital en lícito, así como las de traspasar o transferir, por cuanto sus efectos lesivos se revelan con mayor inmediatez, que los de mera adquisición, posesión y ocultamiento, que hasta que no se los coloca en movimiento, configuran una mera

<sup>98</sup> Cfr. Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>99</sup> Cfr. Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 417 y ss., 419-420, quien cuestiona, por anormal, esta «especie de participación imprudente al buen fin de un hecho criminal ajeno», que es el tipo del art. 301.3.

<sup>100</sup> Respecto de la regulación alemana Lampe, E.J., «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)», *EPC*, Abel Souto, M. (trad.), 1997, núm. 20, pp. 103-148, pp. 133-134 y ss.

<sup>101</sup> En todo caso, como lo advierte Blanco Cordero, I., *op. cit.*, p. 868, si el blanqueo fuera solo doloso se presentaría un problema de elusión de la prueba respecto de los sujetos obligados por la normativa administrativa, por cuanto bastaría con alegar el desconocimiento como para dejar impune la conducta.

<sup>102</sup> Algunos autores dan cabida al blanqueo imprudente solo en la medida en que el tipo penal se interprete como un delito especial. Cfr. Bermejo, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 327, 326; Gallego Soler, J. I., *op. cit.*, p. 1030; Polaino-Orts, M., *op. cit.*, p. 264; Gómez Benítez, M., *op. cit.*, pp. 67, 70, 71; Blanco Cordero, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*, Granada, Comares, 1999, pp. 5, 185-186, 198-199.

<sup>103</sup> Para Silva Sánchez, J.M., *op. cit.*, p. 12, sobre todo respecto del delito de narcotráfico.

- y alejada amenaza de lesión al orden socioeconómico.
- c) Delitos previos conexos: las actividades delictivas más graves, como los son el narcotráfico, la corrupción, el tráfico de personas, el terrorismo, entre otros.
  - d) Modalidad dolosa: sin duda, los delitos dolosos son el paradigma de las conductas delictivas más dañosas, dado el estado de conocimiento que el sujeto tiene en relación con el deber de evitar la realización de los elementos del tipo penal. En este sentido, el conocimiento del deber y de su dimensión de desvalor social lo coloca en una situación de fácil observancia del deber, porque tanto puede evitar sin demasiado margen de error la conducta prohibida, como realizarla a consciencia. Por el contrario, el sujeto imprudente, el que obra bajo una creencia errónea vencible, se encuentra en una situación de difícil observancia del deber en el momento de los hechos. De allí que su castigo penal merezca un fundamento bien convincente y solo limitado a supuestos excepcionalmente graves.
  - e) Delito común y especial: el lavado de dinero habría de perseguirse quién quiera que fuere el sujeto que realice el acto de operar con recursos de procedencia ilícita; esto es, ya sea como sujeto garante de alguna actividad comercial o financiera determinada o como ciudadano que realiza alguna transacción económica equis.<sup>104</sup>

## 6. Balance crítico final

Ante el actual escenario de nuevas libertades y nuevos riesgos han de proponerse nuevas reacciones y respuestas desde lo penal, siempre que el objeto a tutelar justifique su intervención, y parece ser que el orden socioeconómico sí lo hace. La consideración de la

nueva criminalidad económica no significa un abandono de los principios limitadores del Derecho a castigar del Estado, sino, por el contrario, significa —o al menos pretende significar— un «perfeccionamiento del cambio de tendencia del derecho penal»,<sup>105</sup> basado en la igualdad de trato y protección, y orientado a responder más eficientemente —y no solo más efectivamente— «ante las amenazas específicas de la sociedad industrial postmoderna».<sup>106</sup> Pero, en cualquier caso, la modernización del derecho penal en materia económica no debe enfocarse como algo reivindicativo contra los poderosos, ricos o capitalistas, es decir, como algo atinente a la distribución social de la riqueza, sino más bien, como un despertar por el sentido del reconocimiento intersubjetivo de igualdad y justicia social, que hace tiempo la sociedad reclama. Como algo, entonces, atinente a la dignidad humana.<sup>107</sup> En este sentido, la denominada expansión del tipo penal de lavado de dinero no es una cuestión baladí. Para las libertades civiles supone no solo aumentar las posibilidades de cometer el delito, sino también, según la normativa actual, conlleva la necesidad de reforzar las medidas de diligencia en el trato económico. Por su parte, para los juristas supone la reconsideración de ciertos temas, dados algunas veces por cerrados, así como supone un mayor esfuerzo de reflexión en la interpretación y aplicación de la norma penal.<sup>108</sup> En este sentido y para finalizar con ejemplos, aunque muchas transacciones cotidianas pudieran incluirse formalmente en el tipo de blanqueo, ni la *ratio legis* ni la del sentido común contemplan, entre sus menesteres, actividades socialmente habituales (*sozial üblichen Tätigkeiten*), como lo son la conducta del panadero que vende pan al narcotraficante, o los honorarios del médico que lo asistió, o el del taxista que lo trasladó;<sup>109</sup> así tampoco contemplan entre sus finalidades, las conductas de familiares (hijos, esposos), que —sin participación delictiva alguna— conviven con el funcionario que malversó o el empresario que cometió un acto de corrupción.

<sup>104</sup> De hecho, el art. 400 bis del CP se refiere a cualquier persona que por sí o por interpósita persona realice alguna de las conductas tipificadas como lavado de dinero. El tipo penal habrá de complementarse con lo indicado por la Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de 2012.

<sup>105</sup> *Cfr.* Schünemann, B., *op. cit.*, p. 69.

<sup>106</sup> *Cfr.* Schünemann, B., *op. cit.*, p. 69.

<sup>107</sup> De allí, que en este trabajo se rechace continuar con el lenguaje semánticamente cargado de contenido confrontativo, como el de derecho penal de la clase alta, de los cuellos blancos y el de derecho penal de la clase baja, de las botas negras; porque, a lo único a lo que conducen estas fórmulas es a tergiversar el mensaje de lo que se necesita transmitir y a resentir sensibilidades en un sentido y otro.

<sup>108</sup> *Cfr.* Kargl, W., *op. cit.*, p. 57.

<sup>109</sup> De estos ejemplos Kargl, W., *op. cit.*, p. 60.

*Revista Penal México*, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, en Ciudad de México, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



## ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a las siguientes direcciones: [jferreolive@gmail.com](mailto:jferreolive@gmail.com) y [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx)



## ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



## CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.



## PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad en el número de la publicación correspondiente.



## DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



## DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán por correo electrónico y también en un disco e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.





Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES