UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

III CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL Y NEO - CONSTITUCIONALISMO

Dr. Claus Roxin
Dr. Enrique Pozo
Dr. Luis Gracia Martín
Dr. Juan A. García Amado
Dr. Alfonso Zambrano
Dr. André Callegari
Dr. Osvaldo Gozaìni
Dr. Raúl Carnevali
Dr. Luis Reyna
Dr. Eduardo Franco Loor
Dr. Luis Flores Idrovo
Ab. Paúl Campoverde
Ab. Branko Slavko Ivancovich

INVESTIDURA PROFESOR HONORARIO DEL DR. CLAUS ROXIN & HOMENAJE AL DR. ALBERTO CORDERO TAMARÍZ

III CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL Y NEO - CONSTITUCIONALISMO

INVESTIDURA PROFESOR HONORARIO DEL DR. CLAUS ROXIN & HOMENAJE AL DR. ALBERTO CORDERO TAMARÍZ

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA





UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
CONSEJO UNIVERSITARIO

Monseñor Dr. César Augusto Cordero Moscoso
Rector Fundador

Dr. Enrique Pozo Cabrera
Rector

Dr. Hugo Ortiz Segarra
Pro Rector Matriz - Decano General Estudios no Presenciales

Dr. Marco Vicuña Domínguez
Pro Rector Sedes - Decano General Sedes

Lcda. Ana Luisa Guijarro Cordero
Vicerrectora Académica

Dr. Enrique Campoverde Cajas
Vicerrector Administrativo

Dr. Aníbal Robles Ocampo
Secretario General

COORDINADORES:

Ab. Stalin Bernal
Ab. Valeria Aguirre

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Av. de las Américas y Humboldt, teléfonos: 593 (07) 2830-751, 593 (07) 2824365, 593 (07) 2826563, 593 (07) 2830877, 593 (07) 2825435, 593 (07) 2826959, 593 (07) 2824365, 593 (07) 2822363. Página: www.ucacue.edu.ec. Correo: info@ucacue.edu.ec

Ec. Vanessa Bermeo Pazmiño, Presidenta Consejo Editorial
Dr. Diego F. Rodríguez Muñoz, Director Ejecutivo Consejo Editorial

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la portada y contraportada, puede ser reproducida, almacenada o trasmitida en manera alguna ni por cualquier medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo de la Universidad Católica de Cuenca

“III CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL Y NEO - CONSTITUCIONALISMO”

® Universidad Católica de Cuenca
PRIMERA EDICIÓN: **Junio 2015**

ISBN: 978-9942-972-05-7
Diseño y Diagramación Interior: Ediciones Nueva Jurídica; Alexander Campoverde Jaramillo
Revisión y corrección de textos: Catalina Ordoñez Romero
Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)
Tiraje: 500
Portada: Diseño Alexander Campoverde Jaramillo

CONSEJO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

El contenido de esta publicación ha sido debidamente examinado y valorado por evaluadores ajenos a la Universidad Católica de Cuenca, con el fin de garantizar la calidad científica del mismo

Cuenca - Ecuador

Presentación del Acto cuenca

Por tercera ocasión, la Universidad Católica de Cuenca, junto al Centro de Estudios Internacionales, organiza un encuentro académicointernacional; pero ahora, con la particularidad de hacerlo en homenaje a hombres que han hecho grande a la Muy Ilustre y Leal Ciudad de Cuenca, que la bañan cuatro ríos que tienen como fuentes las lagunas del Cajas, que son los ojos con los que Santa Ana mira al cielo. Este congreso en Honor a los Doctores Alberto Cordero Tamariz y César Cordero Moscoso, de seguro será motivador para generar y desarrollar pensamiento alrededor del Derecho.

En todas las ocasiones; y esta no es la excepción, ha de resaltarse la concurrencia de estudiosos afamados y profundos del Derecho Público, que vienen para abrazarse con el intelecto ecuatoriano, que está haciendo un gran esfuerzo por desarrollar diariamente teorías que puedan aterrizar en prácticas de legitimar al Estado, a través de los derechos humanos y de la sensibilidad en el comportamiento ético de los funcionarios del Estado, que comprendan que la Democracia en el Estado de derechos es el respeto a la Constitución, a los derechos humanos y a la leyes internas del Estado.

En este Congreso hemos vuelto sobre temas de tanta trascendencia teórica; que son ya fuente vital de la globalización del Derecho; el respeto y garantías de los derechos humanos; así como también, el análisis de temas que están hoy en constante debate, como son los mecanismos de protección constitucional de los derechos humanos, implementado a través de jueces creadores de derecho.

Hoy, cuando se pretende, desde varias aristas, procurar valederos encuentros entre el Derecho del Siglo XX, algo desdibujado, y el derecho del Siglo XXI, y a cuyo encuentro y diseño está sostenido

fundamentalmente por el derecho constitucional. La evolución político constitucional en Iberoamérica en el Siglo XX y la soberanía y globalización del Derecho Constitucional Sudamericano, llega incluso a proponer e innovar el derecho, a generar debate; y el Ecuador aporta con los Derechos de la Naturaleza.

Estos son hechos que demandan atención tanto ex tunc, cuanto ex nunc, con exigencias de identificar los rasgos jurídicos y sociales latinoamericanos, aquellos que nos aproximan y sitúan en un mismo contexto, más allá de la mera posición geográfica o del haber sido objeto, todas a una, de los mismos procesos de culturización, a fin de ir despojando el camino de la integración económica y política, que más que tropismo de la humanidad, hecho conscientemente cultivado por el modernismo; que, en el caso de la América Latina es la búsqueda de su propia autonomía.

Es bien sabido y reconocido, y podemos decir sin falsas modestias, que tanto fuera como dentro del País, que los encuentros académicos de la naturaleza del que hoy presento y que los ha organizado la Universidad Católica de Cuenca, tienen un sustento ético en el cumplimiento de la oferta académica y una base moral que es el producto de quien los sostiene; me refiero a nuestro Rector, Dr. César Cordero Moscoso, al que debo, una vez más agradecer por el apoyo incondicional a estos eventos.

Permitidme que a nombre de la Universidad, nacida hace 45 años, con vocación libertaria y de servicio, tolerante y altiva; les comparta algunas reflexiones en torno a las circunstancias políticas, sociales, jurídicas que vivimos, y cuya realidad hemos de establecer, si queremos dar aliento a nuevas utopías, que inviten a la lucha por ideales perennes de la especie y restablezcan y decanten en la juventud, principios y anhelos compatibles con la dignidad humana.

Deseo reflexionar un tema, que con lucidez inusitada me refirió nuestro Rector y que es un aporte para la Cátedra, César Cordero Moscoso: la equidad dice, es una apelación a la justicia en cuanto se dirige a corregir la Ley en la cual se debe expresar la justicia. Este concepto, nuclea el concepto básico de la equidad, que es la

rectificación de la ley, cuando se muestra insuficiente por su carácter universal. La ley tiene necesariamente el carácter de universal; pero a veces, se muestra imperfecta frente a la justicia; y es ahí donde aparece la equidad; es decir, como un medio para alcanzar la justicia legal.

El momento actual es de cambios con velocidad y magnitud inusitadas, en todos los dominios; estamos a un clic del mundo y su conocimiento. Los descubrimientos científicos y tecnológicos que se han producido en la última generación nos abruman, el volumen de información en todos los órdenes del saber humano son apabullantes. En lo tecnológico, todo es obsoleto de la noche a la mañana; en materia de comunicación, la velocidad con la que transcurren los cambios y las innovaciones, nos hacen sentir a diario que estamos más viejos y menos actualizados, el aparato que tenemos, el contacto o el uso que le damos a nuestra red, ya es desechable. Todo invita a vivir, más que al día, pensando tan solo en el hoy, sin mayores nexos con el pasado, cada vez más remoto y distinto de un presente, que no da tregua siquiera para imaginarnos el futuro, al que lo empezamos a ver despreocupadamente, dando por seguro que será mejor; cuando en la realidad es cada vez más incierto. El hoy es ser testigo casi presencial de todo lo que ocurre, en segundos la televisión nos muestra imágenes, a través de un clic el internet nos relata los hechos; estamos a la expectativa de nuestros equipos; la aldea global de Maclunnan, existe y el homo vídem de Sartori es una realidad.

Nuestra es la época del conocimiento rápido; pero, no debemos perder la perspectiva de que ese raudo, pero conocimiento, debe ser un mecanismo de cambio para el bien, de transformación de las actitudes de los ciudadanos, para que en el caso de los servidores públicos, sirvan con mayor eficacia y eficiencia y para el ser humano llano, éste sea más solidario. Creo que el ciudadano actual es más que inconformista, antitradicionalista; lamentablemente, lo ha vuelto sumiso; pero, cosa inexplicable, al menos desde mi punto de vista, los jóvenes se han vuelto supersticiosos, fetichistas, credulidad barata que acompaña como excipiente, incluso a mentalidades científicamente serias, podría pensarse en un renacimiento del racionalismo. Ese ciudadano, al que el mundo se le redujo a una aldea, se yergue

soberbio y observa un universo propio, piensa que las comunicaciones le permiten un cubrimiento universal, sin fronteras. Da por sentadas sus posibilidades plenas de desarrollo individual; para él, considero, la democracia es algo natural y de pronto ya lograda, su preocupación primordial es progresar económicamente; y que pena, ese logro materialista, quieren llegar a obtenerlo a cualquier costo. El individuo, por lo tanto, evita pensar, el homo sapiens está llegando a su fin, el ser humano se está acostumbrado a solucionar sus problemas con un clic, se está acostumbrando a que la tecnología solucione sus problemas; y va creando, un nuevo lenguaje de comunicación, uno tecnológico; simple y vacío; ya no ese lenguaje técnico y abstracto que va construyendo las ciencias y el pensamiento reflexivo. Actitud que dialécticamente se produce en un mundo caracterizado por la inestabilidad.

La tutela de la vida humana, promoción de la mujer, estabilidad de la familia, justicia social, primacía de la persona, solidaridad, igualdad de oportunidades, dignidad de vida, seguridad social, empleo, vivienda, salud, educación; todo ello, en honestidad, constituyen más que consignas, empeños ecuménicos, puntos de coincidencia universal, lo cual, en visión histórica, resulta muy significativo; pero, el cómo hacerlos realidad es y debe ser la lucha de todos.

Al concluir el siglo XX, se hablaba con relativa frecuencia de que se había alcanzado una especie de bienestar, paz, entendimiento para siempre; nacía el Estado Social de Derecho, como una punta de lanza para lograr el progreso en solidaridad; en justicia social; pero, mezclada a la utopía nacen nuevamente los gobiernos populistas, que a la sazón de pregonar la justicia social, la seguridad, la paz, han desmantelado la iniciativa y han reducido los espacios a la libertad.

Considero que la lucha por la paz es la exigencia primaria más apremiante; una paz estable, decorosa, con respeto cierto de los derechos humanos de todos los ciudadanos por parte de todos. El ejemplo de otros pueblos que sortearon tragedias; que no desearíamos que fuesen análogas a nuestro pueblo, deberían orientarnos y, sobre todo, alentar nuestra esperanza,. Se trata de mirar cara a cara el propio ser y la propia conducta, y juzgarlos, asumiendo sin contemplaciones el pasado y el presente propios; de convertir la memoria en conciencia.

Aprender una lección de autenticidad. Similar a cómo la Comunidad Económica primero y luego la Unión Europea, se ofrece antes que como armonización de economías y alianza para un desarrollo más armónico y un crecimiento más rápido, en un garante colectivo de la democracia continental, pienso que los acuerdos de distinta índole entre los estados latinoamericanos, con miras a la armonización institucional, basada en la dignidad de la persona, constituirán garantía de efectividad de esos fundamentos reales de la democracia.

Pero, el siglo XXI, que anda en sus primeros pasos, ya ha sufrido los más grandes crímenes del poder, la anarquía, y ha sido testigo, entre impotente e indiferente, de la abolición de los derechos humanos en nombre de la democracia, la religión, la raza, la ideología, la nacionalidad; llegando a su final remozado, con una nueva piel: un totalitarismo al estilo de aquellos que se instalaron y generaron la Segunda Guerra Mundial.

El profesional del derecho está inclinado a ver en la realidad sólo la dimensión jurídica, o cuando menos privilegiarla en exceso y, sobre todo, a perder de vista a los sustratos económico y político, de donde resulta la normatividad y a los cuales ésta ha de responder. Con todo, hoy, el análisis económico del derecho es algo fundamental, lo que al final no es otra cosa que la rendición de cuentas del derecho a la sociedad. Debe establecerse el costo económico, no menor que el sacrificio humano, de muchas aventuras normativas recientes. La democracia y el igualitarismo son condiciones indispensable para el desarrollo económico; todo ello, en un marco de libertad. El romanticismo en algunos países latinoamericanos, que han adoptado a pie juntillas, modelos caducos, pero que suenan hasta ahora bonito; han hecho del despotismo un modelo de organización política para el denominado desarrollo veloz. El estudio serio de esas realidades ha de servir de enseñanza, para desatender el canto de las sirenas autoritarias.

La cohesión social presupone un arraigo de los ciudadanos a una patria, su inserción dentro de una comunidad, un compromiso con sus semejantes, tanto más apremiantes cuanto mayores son los factores de disociación. Empero, para exigir tal interacción, o siquiera imaginarla, es indispensable que el individuo sienta alguna correspondencia de

parte de sus conciudadanos. Que la economía y la política nunca han conocido otras reglas que las de la naturaleza y, por lo mismo, las de la lucha por la supervivencia debe ser regulada a través de los roles de los seres humanos, en convivencia pacífica. Por más exhortaciones políticas, racionales, éticas, religiosas, como las que abundan en los últimos tiempos, a favor de la solidaridad, la caridad, la conmiseración, nunca el opresor de la libertad, será generoso. Sin embargo, ahora aparecen otras reflexiones y presiones en pro de una articulación e integración social, las desigualdades y los marginamientos agravados, alerten a los gobernantes sobre los riesgos inminentes de la carrera desaforada hacia la concentración de mayor poder. Es preciso soñar en una mañana de economía solidaria, de una economía compatible con la ética; de una economía que ponga por delante de los presupuestos, al hombre y sus libertades.

En definitiva, todo es hoy global, las noticias se transmiten urbi et orbi simultáneamente con la concurrencia de los hechos que se ven y se escuchan directamente, y la recuperación de los fenómenos, telúricos o sociales, se extiende inmediata y perdurablemente a todo el globo. Ingresamos al imperio de una mundialización irreversible. Ningún país puede sobrevivir aislado en ningún sentido. Individuos y colectividades se necesitan recíprocamente como nunca. El vuelco que están dando las relaciones de poder mundial, hace presente la necesidad de tener en cuenta a los demás, de procurarse por suerte, de asistirlos, ayudarles a progresar, y no por meras razones sentimentales. La presencia y la acentuación de tensiones y abismos entre regiones, países, estratos sociales, no es simplemente una lacra social, sino que se convirtió en riesgo para la paz y la propia subsistencia de la especie, que hay que afrontar y resolver justamente.

Confiemos en que el mundo se encamina hacia un desarrollo equilibrado y duradero, dentro de patrones de pluralismo, tolerancia y ecumenismo. El jurista tiene que ser idealista, el derecho enrumba el comportamiento de los miembros sociales, tiene una función pedagógica, y más delante de la juventud. Precisamente mirando a los jóvenes y pensando en ellos, cabe la exhortación a concebir, interpretar y aplicar el derecho como un instrumento de justicia

social, de prevención y solución del conflicto, dándole el real sentido al humanismo.

Inicié las reflexiones con pensamientos del Rector Magnífico César Cordero; concluyo con otro pensamiento, el de la libertad; que al igual que el primero, es necesario desarrollarlos en la Cátedra. La libertad nos dice, tiene tres concepciones: 1) La concepción de la libertad como autodeterminación individual; 2) la concepción de la libertad como autodeterminación global; es decir de la humanidad y, 3) la concepción de la libertad como la posibilidad de elección; las tres están con el hombre; por ello es un principio que no puede faltar como atributo del ser para ser tal, y en una brillante conjunción de estas tres concepciones el Maestro señala:

A lo largo de la vida, todo te puede faltar,
pero hay una palabra que debes olvidar,
sin ella, no serás hombre,
sin ella no serás nada,
esa palabra es libertad.

ÍNDICE

FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES Y SISTEMÁTICOS DEL DERECHO PENAL..... 21
Introducción..... 21
La Protección de los Bienes Jurídicos como Finalidad del Derecho Penal y su Importancia para la Legislación..... 22
Tipo, Protección de los Bienes Jurídicos e Imputación Objetiva... 26
La Categoría de Antijuridicidad Como Normativa en Materia de Colisiones de Bienes Jurídicos..... 30
La Importancia del Bien Jurídico para las Manifestaciones Particulares de lo Ilícito..... 33
La Categoría de la Responsabilidad; Su Fundamento y su Limitación por la Culpabilidad y por la Necesidad del Castigo Preventivo..... 40
Conclusión..... 43

CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA..... 47
Introducción..... 47
Causalidad 48
Imputación Objetiva..... 55
Conclusión..... 68

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y LAS GANANCIASILÍCITAS. UNA EXPLICACIÓN POLÍTICA CRIMINAL A UNA CUESTIONABLE PRAXIS JURISPRUDENCIAL..... 69
Planteamiento del Problema..... 69
El Patrimonio Criminal como renta Gravable..... 70
El Patrimonio Criminal Como renta no Gravable..... 75
Conclusión..... 88

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ITALIANO, EN PARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN..... 93
Introducción..... 93
El Discurso Crítico al Llamado Derecho Penal de la Emergencia. ¿Es Posible un Derecho Penal Mínimo?..... 100
Características Esenciales de la Criminalidad Organizada..... 104

Algunas Medidas Para Enfrentar la Criminalidad Organizada, en Especial la Responsabilidad de las Personas Jurídicas y la Confiscación. La Experiencia Italiana..... 110

TEORÍA DEL DELITO Y PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL..... 169
Notas Introductorias..... 169
Un Breve Referente Histórico..... 175
La Propuesta del Codigo Organico Integral Penal..... 176
Nuestra Posición sobre la Teoría del Delito..... 180
La Autoría Mediata del Prof. Claus Roxin..... 192

LA TEORÌA DEL DELITO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO..... 201
La acción..... 207
¿Qué es el Tipo Penal?..... 210
¿Cuales son los Elementos de la Estructura del Tipo Penal?..... 212
¿Qué es la Antijuridicidad?..... 213
¿Qué es la Culpabilidad Penal?..... 214
La Doctrina de Roxín y de Jakobs..... 238
Panorama..... 252

LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD "PENAL" DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CLÍMAX Y PAROXISMO DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO ARBITRARIO, DE LA HOSTILIDAD ENTRE LAS PALABRAS Y LAS COSAS, Y DEL DESPRECIO DEL SABER JURÍDICO QUE CONVIERTE BIBLIOTECAS ENTERAS EN BASURA..... 255
Introducción..... 256
La "Joya Legal" Española de la Doctrina de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica..... 258
Pero ¿Qué Podría Impedir la Transubstanciación y la Transfiguración de la Persona Jurídica en un Sujeto Jurídicopenal? ¿La Dogmática?: Sí, Pero Como la Dogmática Está Equivocada, Entonces Prescíndase de Ella, *SIC ET SIMPLICITER*..... 262
Los Vicios —En Variados Planos, y, Por Cierto, no Ocultos, Porque son Claramente Manifiestos— De la Doctrina De la Responsabilidad de las Personas Jurídicas en los Órdenes Penal y Sancionador Administrativo..... 269
Equiparación de la Persona Jurídica y de la Natural y Negación de la

Capacidad de Acción y de Culpabilidad de la Primera en la Dogmática del Derecho Civil..... 295
La Negación de la Capacidad de Acción y de Culpabilidad de la Persona Jurídica en la Dogmática del Derecho Sancionador Administrativo..... 305
Acción (Infracción), Culpabilidad y Responsabilidad..... 314
Conclusiones..... 321

BLANQUEO DE CAPITALES – ASPECTOS PENALES Y PROCESALES... 337
Introducción..... 337
Fases o Técnicas de Blanqueo de Dinero..... 339
El Problema de la Prueba del Crimen Antecedente..... 344
Indicios Suficientes de la Existencia del Crimen Para el Ofrecimento de la Denuncia (Art. 2º, § 1º, De La Ley 9.613/98)..... 348
Crímenes Antecedentes Previstos en la Ley De Blanqueo y Cometidos en el Extranjero..... 350
Participación en el Delito Previo y en el Delito de Blanqueo..... 355
Los Problemas de Reiteración de Las Conductas de Blanqueo y Aumento de Pena..... 359

JUS PUNIENDI, MINIMA INTERVENCION; Y, REALIDAD CARCELARIA EN EL ECUADOR..... 363
Clasificación de las Penas a Traves de la Historia..... 366
El Principio de Minima Intervencion Penal o Ultima Ratio..... 377
Necesidad de una Política Criminal Acorde con la Concepción de Ultima Ratio..... 380
Problemas de Politica Criminal en Relacion a Ecuador..... 385
Crisis Carcelaria en el Ecuador..... 389

LA PROHIBICIÓN DE REGRESO..... 393
Wolfgang Naucke..... 394
En El Pensamiento De Günther Jakobs..... 398
Ejemplos Que Sugiere Jakobs..... 402
Conclusiones..... 404

SOBRE EL SISTEMA PENAL (EN GENERAL Y OTRAS HISTORIAS) ABSTRACTO..... 409
Sobre el Sistema Penal (en General y Otras Historias)..... 411
Sumario..... 417

TODO LO QUE USTED SIEMPRE QUISO SABER SOBRE LA (TEORÍA DE LA) ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y NUNCA SE ATREVIÓ A PREGUNTAR..... 423
¿Por Qué se Considera que se Deben Argumentar las Decisiones Jurídicas, o al Menos Algunas?..... 423
Qué y Por Qué Tienen Que Argumentar los Jueces..... 436
¿Cómo Sabremos si los Jueces Han Argumentado (Suficientemente) Bien?.. 451

GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCESO CIVIL
CAPÍTULO I..... 463
¿Principios o Sistemas?..... 465
Principios y Presupuestos. Reglas y Garantías..... 457
Principios del Proceso y del Procedimiento..... 473
Clasificaciones..... 481
La Ideología en el Proceso..... 483
El Proceso Como Garantía..... 486

CAPÍTULO II..... 487
PrincipiosGenerales..... 487
El Activismo Judicial en la Transformación de los Principios..... 491
Efectos del Incumplimiento de Garantías, Principios y Reglas..... 496
Diferencias en la Interpretación..... 497
La Inflexibilidad de las Garantías..... 500
La Flexibilización de los Principios..... 503
La Adaptación de las Reglas, a las Garantías y Principios..... 505
Los Nuevos Derechos Procesales Fundamentales..... 510

Fundamentos Político-Criminales y Sistemáticos del Derecho Penal

Universidad Católica de Cuenca

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

Fundamentos político-criminales y sistemáticos del derecho penal

I. Introducción

El derecho penal alemán no se basa, como el *case law* angloamericano, en las decisiones de casos específicos, sino en una codificación, el *Strafgesetzbuch* (*StGB*). El Código Penal define gran parte de los actos penalizados – los demás son definidos en las leyes penales especiales – y regula, además, los presupuestos de la punibilidad para todos los delitos, así como sus consecuencias jurídicas.

Las definiciones de cada una de las acciones conminadas, que integran la mayor parte del Código Penal (en Alemania son los artículos 80-358, del *StGB*), forman la Parte Especial del *StGB*, en tanto que las condiciones generales, válidas para todas las acciones punibles y sus consecuencias jurídico-penales, están recopiladas en la Parte General del StGB (artículos 1-79b).

Los presupuestos generales de la punibilidad integran en sí los artículos 13-37, del *StGB*. Allí se encuentran regulados la comisión por omisión, el dolo, la negligencia, el error, la capacidad de culpabilidad, la tentativa, la autoría y la participación, así como también la legítima defensa y el estado de necesidad.

En Alemania, desde el siglo XIX, los presupuestos de la punibilidad han sido elaborados por la ciencia y la jurisprudencia dentro de un sistema. Esto significa que los elementos de la punibilidad y los fundamentos de la exención de la pena, son reducidos a ideas fundamentales y sus directrices. Eso posibilita la aplicación del derecho calculable, uniforme y libre de arbitrariedad, y además permite una evolución del derecho derivada de los principios determinantes de la normativa vigente, aún ante la aparición de nuevos problemas.

Semejante enfoque sistemático del derecho penal, ha encontrado aceptación en la mayoría de los países, tanto de Europa (sobre todo en España y Portugal), como también de América Latina y de Asia oriental. Por supuesto, la creación del sistema no ha sido emprendida en todas partes con arreglo a los mismos principios, y en los pormenores es tema de intensas disputas científicas. Mas, muchas ideas directrices están siendo ventiladas en el cambio de pareceres internacional, están tomándose en cuenta en la elaboración de las leyes y brindan los puntos de partida para un derecho penal universal e intercultural. Por esta razón, mis trabajos, por ejemplo, han sido traducidos a muchos idiomas – casi todos están disponibles en el idioma español –, y puedo yo dictar conferencias en numerosos países y discutir con mis colegas, nuestros problemas comunes.

A continuación quiero, en cuanto sea posible en tan limitado tiempo, exponer las ideas fundamentales del derecho penal alemán, así como las de mi propio sistema, y tratar de poner de relieve mis exposiciones hasta ahora muy abstractas.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COMO FINALIDAD DEL DERECHO PENAL Y SU IMPORTANCIA PARA LA LEGISLACIÓN

1. La protección de los bienes jurídicos como límite del poder punitivo del Estado

¿Qué significa señalar como finalidad del derecho penal, la protección de los bienes jurídicos? Yo defino como bienes jurídicos, todos los requisitos indispensables para la convivencia pacífica y libre de los ciudadanos bajo la protección de los derechos humanos.

Por consiguiente, los bienes jurídicos son, por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad y el patrimonio. Mas, también existen bienes jurídicos de la generalidad, como el Estado y su administración, la justicia o el sistema monetario. Puesto que, sin el funcionamiento ordenado de estas instituciones, una convivencia libre y pacífica tampoco es posible.

La limitación del derecho penal a la protección de los bienes jurídicos, se justifica por las bases de la democracia según la teoría del Estado, desarrolladas en la época del Racionalismo. Según ellas, el soberano, o sea el pueblo, delega en el Estado exclusivamente los poderes que son necesarios para garantizar la convivencia pacífica y libre, en salvaguardia de los derechos humanos. Todo lo demás es asunto privado.

De ello, resultan numerosos postulados político-criminales dirigidos al legislador, de los cuales aquí quiero mencionar solamente los dos más importantes.

Primero, no es la finalidad del derecho penal proteger la moral, mientras la conducta considerada inmoral no perjudique a nadie. Esto tiene aplicación, por ejemplo, a las relaciones homosexuales entre adultos que, si se realizan fuera del público, no afectan en manera alguna a la vida social. Lo mismo puede decirse del incesto entre hermanos adultos, cuya punibilidad conforme al artículo 173, párrafo 2, inciso 2, del *StGB*, nuestro tribunal constitucional ha mantenido en vigor aún en el año 2008. [1]

Segundo, tampoco es la finalidad del Estado proteger a la humanidad de sí misma. Puesto que el derecho penal debe impedir que nosotros violemos los bienes jurídicos de los demás. El Estado no debe inmiscuirse en la relación del individuo consigo mismo. Por esa razón, las exposiciones voluntarias a riesgo y también la participación intencionada de quien se pone en peligro, deberían ser no punibles. Si A y B organizan una carrera peligrosa en motocicleta, durante la cual A cae y resulta herido de gravedad, los dos quedarán impunes. Puesto que A es víctima de una exposición voluntaria al riesgo. Es cierto que B participó en ella, pero ha puesto los bienes jurídicos de A en peligro

no contra la voluntad de éste – lo que debería ser presupuesto de la punibilidad.

En los mismos términos, es contrario al principio de la protección de los bienes jurídicos, castigar la tenencia de estupefacientes si éstos están destinados exclusivamente al consumo propio. A pesar de ello, el derecho alemán castiga tal posesión. [2] En cambio, el Tribunal Constitucional de Argentina en el año 2009 declaró inconstitucional semejante disposición, porque las conductas privadas de esta índole son exclusivamente del asunto de Dios y se sustraen al derecho penal. 3

Una exposición más detallada no es posible en este momento. Mas sólo estos pocos ejemplos demuestran que, por un lado, la limitación del derecho penal a la protección de los bienes jurídicos se puede desarrollar dentro de un programa legislativo de trascendencia práctica, pero que, por otro, las cuestiones conexas pueden ser apreciadas de manera controversial e incluso llegan a ocupar los tribunales constitucionales de varios países. De todos modos, el legislador debe analizarlas.

2. La protección de los bienes jurídicos y el principio de *nullum crimen sine lege*

La protección eficaz de los bienes jurídicos presupone que toda acción u omisión punible haya sido definida por la ley, lo más exactamente posible antes del hecho en cuestión. Puesto que, si los ciudadanos quieren dar muestras de una conducta penalmente irreprochable, es necesario que puedan saber con anterioridad al hecho, que él mismo, se encuentra prohibido so pena. Es cierto que todo el mundo sabe, sin estudiar el Código Penal, que el asesinato y el robo son castigados. Muchos delitos de la vida moderna empero – por ejemplo en materia de derecho penal económico, del medio ambiente o de la informática – solamente pueden evitarse si existe una clara prohibición prescrita por la ley.

El legislador alemán ha considerado este "principio de legalidad" tan trascendente que incluso lo consagró en la Ley Fundamental (*GG*), la constitución. En el artículo 103, párrafo 2, de la *GG*, se expresa como

sigue: "Un hecho solamente podrá ser castigado, si su punibilidad ha sido establecida por la ley, antes de que fuera cometido.". Este pronunciamiento se repite al pie de la letra en el artículo 1, del StGB; por consiguiente, representa un principio fundamental del derecho penal alemán.

Puesto que el principio de legalidad no solamente se basa en el concepto que un derecho penal efectivo, debe dar razón exacta al ciudadano sobre la conducta punible. También se infiere del segundo principio fundamental del derecho penal, el cual abordaré más adelante (VI): el principio de culpa, según el cual la pena presupone necesariamente la conducta culposa del autor del delito. Puede reprocharse su conducta a alguien, en tanto que debiera saber que estaba prohibida. Esto, a su vez, presupone una disposición penal existente antes del hecho en cuestión.

Además de ello, el principio de legalidad, también tiene su origen en la teoría del Estado, y data de la época del Racionalismo. Es un principio liberal y jurídico-estatal en cuanto que contiene la autovinculación del legislador: Éste tiene la obligación de castigar solamente lo que haya definido previamente por escrito. El principio de legalidad, además, pone en práctica el principio de la separación de los poderes públicos, atribuyendo el poder legislativo y el poder judicial a dos instancias independientes una de la otra, el parlamento y la judicatura.

La ampliación práctica del principio de legalidad, se hace efectiva de manera que el legislador define los distintos hechos punibles en la Parte Especial del StGB bajo diferentes "títulos", que son divididos en los distintos bienes jurídicos protegidos. Por consiguiente, el derecho penal alemán distingue, por ejemplo, entre "los delitos contra la vida" (artículos 211-222), "los delitos contra la integridad corporal" (artículos 223-231), "los delitos contra la libertad individual" (artículos 232-241a), etc.

Las definiciones individuales de los delitos se llaman tipos. Con ello nos encontramos ante la primera categoría fundamental sistemática del derecho penal: la tipicidad.

III. TIPO, PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS E IMPU TACIÓN OBJETIVA

Mientras que los distintos tipos penales, como ya se ha dicho, son definidos en la Parte Especial del derecho penal, es la finalidad de la teoría general del derecho penal establecer los criterios que rigen la conducta tipificada en general e independientemente de las particularidades de cada uno de los delitos. En consecuencia, la teoría del tipo, que se ocupa de esta cuestión, es el fundamento del sistema del derecho penal. Establece cuáles circunstancias deben concurrir, para que pueda suponerse, por ejemplo, una acción homicida o un proceso de estafa.

Por consiguiente, enseña cuáles conductas contravienen la prohibición establecida en el tipo. Si se parte de que la finalidad del derecho penal está en la protección de los bienes jurídicos, resulta para la prohibición tipificada una consecuencia forzosa que: deben ser prohibidas todas las acciones que acarrean un riesgo ilícito para el bien jurídico protegido por el tipo. El resultado definido por el tipo, que se produce a causa de la transgresión de tal prohibición, ha de ser imputado al autor como hecho consumado y por ende como su obra.

Permítanme elucidar esto con algunos ejemplos. Si un conductor automovilístico no observa las reglas de circulación y provocando así una muerte accidental, creó un riesgo ilícito a causa de su manera de conducir que se realizó como un resultado tipificado. Le será imputada la muerte de la víctima; pues cometió una acción homicida por imprudencia. En cambio, si alguien se encuentra implicado en un accidente con resultado letal, a pesar de haber conducido absolutamente como es debido, no podrá ser castigado por homicidio involuntario. Puesto que los riesgos que entraña el tráfico automotor han sido permitidos por el legislador; por lo tanto, sus consecuencias jurídicopenales no son imputables al conductor. Es cierto que éste participó en el curso causal, mas no ha cometido ninguna acción homicida tipificada.

Estos principios son de aplicación no sólo a los actos imprudentes, sino también a la conducta dolosa. Si alguien persuade a otra persona

a viajar en avión con el propósito que ésta se muera por una caída, a pesar de ello quedará impune por homicidio intencional, si el accidente deseado en efecto acontece. Puesto que los riesgos que entraña un viaje en avión son riesgos lícitos y no pueden establecer una acción tipificada. El caso varía si el autor del viaje sabía que en el avión se encontraba una bomba destinada a la explosión. Puesto que en este caso, por la iniciativa de emprender el viaje se creó un peligro ilícito, cuya realización será castigada como asesinato u homicidio.

Resumiendo en una oración: el tipo es consumado mediante la realización de un riesgo ilícito por el autor. Solamente bajo esa condición se imputa al autor un resultado como su obra. La teoría de la imputación objetiva, denominada por esta fórmula, que inicié hace más de cuarenta años en su forma moderna 4, desde entonces ha encontrado aceptación amplia en Alemania y en muchos países. Entretanto ha sido elaborada a una doctrina de imputación que abarca numerosos supuestos 5. En este momento empero debo limitarme a la idea fundamental que acabo de desarrollar.

La doctrina de la imputación objetiva ha sustituido en la discusión científica las anteriores doctrinas del causalismo y del finalismo. La doctrina del causalismo quería reducir cada acción efectiva a la causalidad de un autor. Pero de este modo, la tipicidad se hace demasiado extensiva. Puesto que, para seguir con nuestro ejemplo, cuando alguien por su manera de conducir provoca una muerte por accidente, no solamente el conductor del vehículo es determinante para la muerte de la víctima. Lo son también el padre del conductor y el fabricante del vehículo, puesto que ambos establecieron una *conditio sine qua non* para el resultado. Pero razonablemente no se puede decir que cometieron una acción homicida tipificada.

A la doctrina del causalismo, que prevaleció en Alemania hasta cerca de 1930, y que es defendida aún hoy en día en algunos países, posteriormente se opuso la doctrina del finalismo, iniciada por *Hans Welzel*, de mucha influencia no solamente en Alemania. Ella quería reducir la conducta típica a los casos en que el autor dirige el curso causal conscientemente hacia un objetivo (*finis*). De este modo, es fácil explicar que en mi ejemplo la acción homicida no es imputable al padre

del conductor ni al fabricante del vehículo. Mientras que la doctrina del causalismo interpreta el concepto de la conducta típica de forma muy extensiva, la doctrina del finalismo lo limita demasiado. Puesto que el autor de un delito de imprudencia precisamente no dirige el curso hacia el resultado. El autor de un delito por omisión tampoco gobierna el curso causal, sino que por el contrario, no interviene en el curso causal de la manera indicada.

La doctrina de la imputación objetiva evita todos estos inconvenientes. Descarta ya desde un principio todos los factores causales no relacionados con los sucesos concretos, porque no crean ningún riesgo, explica la imprudencia como conducta típica y también es de aplicación a los delitos de omisión: Si los padres omiten la alimentación de su hijo pequeño, crean el riesgo ilícito de su muerte y son castigados, al este realizarse, por un delito de homicidio. Todo eso explica porque la doctrina de la imputación objetiva como fundamento del tipo, ha podido desplazar las antiguas doctrinas del concepto de acción.

La doctrina de la imputación objetiva equivale al mismo tiempo a un cambio en el método de la configuración sistemática, a saber el cambio de lo ontológico a lo normativo. La causalidad y la finalidad son criterios ontológicos, es decir del ser, en tanto que la realización de un riesgo ilícito para el bien jurídico protegido, presupone una comprobación normativa, es decir, basándose en apreciaciones.

La doctrina de la imputación suministra también el fundamento dogmático de la impunidad en el caso arriba mencionado de la participación en una exposición voluntaria al riesgo: El organizador de una prueba del maratón no será responsable de homicidio involuntario, si un contendiente sufre la muerte por paralización cardíaca a causa del esfuerzo físico. Como el corredor al participar actúa bajo su propio riesgo, el organizador no ha expuesto un bien jurídico ajeno al riesgo contra la voluntad del afectado y por ende no existe un riesgo ilícito.

Todo esto no se aplica únicamente a los delitos de homicidio, que hasta ahora he puesto por caso para elucidar mis explicaciones, sino también a todos los delitos. La estafa, por ejemplo, presupone una acción engañosa. La publicidad que exagera las ventajas del producto

recomendado, todavía entra en el ámbito de lo usual en el comercio y por ende no crea ningún riesgo ilícito para los clientes, por lo que en ella no se puede verificar ninguna acción engañosa [6].

¿En qué está la utilidad práctica del concepto aquí desarrollado sobre los presupuestos de la acción tipificada? Él permite tratar con arreglo a principios uniformes todos los casos en los cuales es perjudicado un bien jurídico protegido por un tipo. Donde no exista ninguna base sistemática de esta índole, el legislador, y los casos de silencio de la ley, el juez deberá decidir cada caso específico a su buen parecer, lo cual, considerando la diversidad de los hechos que suceden en la realidad no solamente requiere nuevas soluciones de problemas, sino también entraña la probabilidad de decisiones contradictorias.

Díaz Aranda [7] lo ha demostrado poniendo por caso el Código Penal Federal de México. En el artículo 305 de la indicada Ley se expresa: "No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.". Esto tiende a arrojar el resultado correcto – en los detalles habría que diferenciar – mas podría ser reducido a la idea de que el riesgo que acarrea la muerte no fue creado por el autor de la lesión corporal, sino por otras personas. Por consiguiente, la doctrina de la imputación objetiva puede sustituir la enumeración de muchos casos específicos, y de todas formas jamás podrá ser completa.

El legislador mexicano, en su esfuerzo por la regulación casuística de todos los hechos imaginables también incurre en contradicciones, como lo evidencia el artículo 304 de la indicada Ley, conforme al cual, exigiendo una pena de 12-24 años de privación de libertad, "se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe que la lesión no habría sido mortal en otra persona" (inciso 2), "y que fue a causa de la constitución física de la víctima" (inciso 3). Pero si alguien muere a causa de una herida leve, porque es hemofílico o porque del horror sufre un infarto del miocardio mortal, el autor, sola y correctamente, habría de ser castigado por lesión corporal leve, que conforme al derecho mexicano es penalizada con tres a ocho meses de reclusión.

Puesto que en un examen *ex ante*, necesario para todo pronóstico de riesgo, la lesión leve no creó el riesgo de la muerte como resultado, la cual, por consiguiente, no deberá ser imputada al autor. El caso varía solamente si el autor sabía de la hemofilia o de la cardiopatía de la víctima. Puesto que en este caso se verificaría un riesgo creado conscientemente por él, y él habría de ser castigado por lesión corporal con resultado de muerte.

Por lo tanto, la categoría sistemática del derecho penal, la tipicidad, siendo combinada con el principio de *nullum crimen sine lege* y con la doctrina de la imputación objetiva, crea la seguridad jurídica y garantiza la aplicación del derecho con arreglo a medidas claras y libres de contradicciones – las cuales no son realizables mediante decisiones casuísticas en casos específicos – sin importar si son tomadas por el legislador o el juez.

IV. LA CATEGORÍA DE ANTIJURIDICIDAD COMO NORMATIVA EN MATERIA DE COLISIONES DE BIENES JURÍDICOS.

La categoría sistemática que sigue al tipo, la antijuridicidad, suministra las reglas según las cuales se decide sobre la colisión de bienes jurídicos. Cuando dos bienes jurídicos coliden uno con otro, el orden jurídico debe hacer primar uno de ellos, creando una "causa de justificación" que permite la violación del bien jurídico menos digno de proteger en la situación concreta. En ello el derecho se basa en los principios del orden social que establecen la primacía de un bien jurídico o de otro. Quiero elucidar esto solamente poniendo por caso la legítima defensa y el estado de necesidad.

La legítima defensa, que se conoce en todos los órdenes jurídicos del orbe – en Alemania es establecida en el artículo 32, del *StGB* –, define el caso de una agresión actual y antijurídica. Si A asalta a B éste puede defenderse contra ello dentro del margen de lo necesario y hacer a A incapaz de proseguir la agresión, disparando un proyectil a su pierna, siempre y cuando ésto sea preciso para rechazar el ataque. El disparo consuma el tipo de la lesión corporal, pero esta realización del tipo es justificada por la legítima defensa.

Que el legislador haga primar la integridad corporal del agredido, ante la del agresor se basa en dos principios de ordenación en virtud de los cuales se soluciona el conflicto social provocado por la agresión: el principio de protección y el principio de la conservación del derecho.

El principio de protección significa que cada cual puede protegerse a sí mismo con todos los medios necesarios para evitar la agresión, si el poder estatal no puede ayudarlo en una situación concreta. Lo puede hacer aún cuando la violación del bien jurídico es mayor que la rechazada. Incluso si A solamente quiere arrebatar a B su teléfono móvil, B puede disparar un proyectil a la pierna de A si no puede rechazar el ataque de otra manera. Que la integridad corporal sea un bien jurídico más importante que la propiedad de la cosa, no tiene importancia.

Mas el derecho alemán basa la defensa propia no solamente en el principio de protección: le agrega el principio de garantía del derecho. Con ello queda dicho que podemos defender nuestros derechos aun cuando pudiéramos esquivar la agresión o eludirla, emprendiendo la huida. Aun cuando B pueda sustraer su teléfono móvil de esta manera del asalto de A, puede como quiera defender su propiedad mediante el conflicto abierto. Ello se basa en la idea que coadyuva a la implantación del derecho quien resista una agresión y así ponga raya al agresor. Esto concuerda con el antiguo aforismo jurídico alemán: "El derecho no tiene porqué ceder ante lo injusto.".

Por supuesto, es el deber del legislador decidir si quiere basar la legítima defensa en los dos principios mencionados. La normativa alemana con frecuencia es criticada como demasiado rigurosa. Quien se adhiera a esta crítica, quizás esté inclinado a fundar la legítima defensa en el principio de proporcionalidad y exigir al agredido, antes de permitirle el disparo, que emprenda la retirada o incluso que tolere pérdidas leves de propiedad. Cierto es empero: Un ordenamiento jurídico moderno, debe basar la legítima defensa en principios claramente desarrollados, si quiere garantizar la aplicación del derecho libre de arbitrariedades.

El estado de necesidad justificante, establecido en el derecho alemán en el artículo 34, del *StGB,* define el caso en que, ante un peligro

inminente no causado por una agresión actual, un bien jurídico solamente puede ser puesto a salvo en perjuicio de otra persona. Éste es el caso de un accidentado, cuya vida solamente puede ser salvada irrumpiendo en una farmacia para conseguir material de vendaje y medicamentos o llevando al herido al hospital a la mayor velocidad posible, en violación de numerosas normas de circulación. El legislador alemán regula el caso de manera que establece una justificación si "ponderando los intereses contrapuestos, en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros inminentes para ellos, el interés protegido pesa considerablemente más que el afectado.".

De esta normativa, se infiere que el estado de necesidad también se basa en dos principios de ordenamiento social, pero que éstos son de índole muy distinta a los de la legítima defensa: el principio de la valoración de los bienes jurídicos y el principio de autonomía.

Comencemos por el principio de la valoración de los bienes jurídicos: Si se coloca en un platillo de la balanza la vida del accidentado y en el otro la propiedad y el derecho doméstico del farmacéutico, queda claro que la vida humana pesa mucho más los perjuicios ocasionados al farmacéutico, en eso sin duda hay que afirmar la justificación. En el caso del viaje irreglamentario al hospital, las cosas son un poco distintas, porque coliden los mismos bienes jurídicos: la vida y la salud del accidentado, por un lado, y las vidas y la salud de los demás usuarios de la vía pública, por otro. Como el grado de los peligros inminentes debe ser incluido en la valoración de los bienes jurídicos, también en este caso debería afirmarse la justificación, siempre y cuando el traslado al hospital se lleve a cabo de manera que la colisión con otros vehículos u otras personas, sea improbable.

Mas el principio de la valoración de los bienes jurídicos no es la única máxima normativa del estado de necesidad, como se puede conjeturar, porque el legislador lo menciona, recalcando su importancia, como parte de la ponderación de intereses más amplia. La valoración de los bienes jurídicos es completada por el principio de autonomía. Supongamos que la vida del accidentado puede ser salvada solamente si en el hospital se realiza inmediatamente un trasplante de riñón, siendo el único donador idóneo el hijo de la víctima del accidente, quien condujo a su padre al hospital. Éste se niega. ¿Puede serle extirpado

un riñón por la fuerza? La pérdida de un riñón es por mucho, menos nociva que la pérdida de la vida. Puesto que se puede vivir con un solo riñón, sin reducir la esperanza de vida y sin mayores restricciones. La valoración de los bienes jurídicos arrojaría el resultado a favor de un trasplante a la fuerza.

Sin embargo es ilícita. Puesto que perjudicaría la autonomía, es decir, el derecho de libre autodeterminación del afectado sobre su cuerpo en su núcleo esencial. Semejantes decisiones existenciales solamente pueden ser tomadas libre y voluntariamente. Para el caso expuesto, esto ha sido regulado así en el derecho alemán en materia de trasplantes, pero también resulta independientemente de ello de los principios del estado de necesidad.

A semejanza de la legítima defensa, queda a discreción del legislador regular el estado de necesidad conforme a principios un poco diferentes. Importa mucho comprender que la categoría sistemática de la antijuridicidad haya de ser estructurada con arreglo a los principios del ordenamiento social y que de esta manera una plétora de hechos, pueda ser regulada mediante una sola disposición en virtud de reglas uniformes. Nunca sería posible resolver tales situaciones de conflicto mediante disposiciones singulares.

La conducta del agente que realiza el tipo y no es amparada por ninguna causa de justificación, la llamamos injusto. Con el juicio que el autor realizara, lo injusto jurídico-penal significamos que contravino una prohibición o una obligación jurídico-penal. Si puede y debe ser castigado por ello es otra cuestión que no puede ser contestada, sino dentro del margen de la siguiente categoría delictiva, la responsabilidad (VI).

V. La importancia del bien jurídico para las manifestaciones particulares de lo ilícito.

Las manifestaciones particulares de lo ilícito son el dolo, la imprudencia, la tentativa, la autoría y la participación, y los delitos de omisión. Para todos ellos, el concepto del bien jurídico es esencial. Para exponer esto más de cerca, se necesitarían cuatro tratados voluminosos

– o mejor – monografías. En este momento solamente podemos dar algunas nociones generales de las respectivas ideas fundamentales.

1. Dolo e imprudencia

Las definiciones del dolo y de la imprudencia son de mucha importancia práctica, porque la realización dolosa del tipo siempre es castigada, en tanto que la imprudente solamente en casos determinados y entonces mucho más benignamente. Sobre la cuestión de cómo proceder a la delimitación discuten muchas opiniones [8], las cuales en este momento no puedo abordar en detalle.

Mi opinión, que en la literatura tiene muchos adeptos, el dolo presupone en la persona del autor "la decisión a favor de una posible violación de bienes jurídicos". Tal decisión es incuestionable, si el autor realizó el tipo premeditadamente o sabe con toda certeza que el resultado del tipo se verificará (el llamado *dolus directus*). Mas es precisa también en el caso que presenta las mayores dificultades, para la definición de la culpa consciente: el dolo eventual (*dolus eventualis*).

Quiero elucidar esto con un caso, que conoció el Tribunal Federal alemán [9], el llamado caso de la correa de cuero. Dos hombres querían robar a su víctima y con tal fin estrangularla hasta que ésta se desmayara. Por de pronto, empero, desistieron de esta medida porque querían respetar la vida de la víctima y porque habían comprendido el peligro de tal estrangulación para la vida. Mas cuando reventó el saco de arena utilizado en lugar de la correa para provocar el desmayo, de todas formas recurrieron a la correa y tiraron de ambos cabos, hasta que la víctima dejara de moverse. Cuando se habían apoderado del botín y la víctima todavía estaba tendida sin movimiento en el suelo, temían que había muerto y se esforzaron por reanimarla, lo cual resultó en vano. La víctima había fallecido. ¿Debe ser apreciado este caso como un asesinato o como un homicidio involuntario?

El *BGH* falló, acertando el resultado, aunque lo motivó desacertadamente [10]: asesinato. Es cierto que los autores no querían la muerte de la víctima, pero, cuando fracasó el plan del saco de arena, no desistieron del robo, sino recurrieron a la correa cuya peligrosidad

tenían presente, se habían decidido, en el último caso, contra la vida de la víctima. El botín les importaba, más que la vida del robado.

Según otras doctrinas, que en este caso admiten el homicidio involuntario, el autor, para obrar dolosamente, debe dar el resultado por cierto o serle indiferente su acaecimiento, lo cual no tuvo lugar en nuestro caso. Un ordenamiento jurídico, al que le importa la protección del bien jurídico "vida", no puede hacer depender el castigo por dolo de la actitud íntima que induce al autor a destruir una vida humana, sino que debe impedir por medio de su amenaza penal que el autor, por cualquier motivo consciente del peligro, sea que solamente en el último caso o con ciertas reservas, se decida en contra del bien jurídico de la vida humana. Aquí también, la orientación de acuerdo con el bien jurídico, contribuye a una solución pertinente y de validez general.

2. Tentativa

Discutida es también la razón de la punibilidad de la tentativa. ¿Es punible la tentativa porque el autor probó su voluntad delictiva con actos que según su idea podían provocar el resultado? ¿O es preciso que haya realizado actos que ponen en peligro un bien jurídico, teniendo la voluntad de realizar el tipo?.

El legislador alemán defiende el primer concepto. Según él es punible, por ejemplo, si una mujer trata de provocar un aborto mediante la ingestión de infusión de manzanilla o de agua azucarada o si alguien trata de derribar un avión que vuela a varios miles de metros de altura, utilizando una carabina de aire comprimido. Es cierto que el juez puede, conforme al artículo 23, párrafo 3, del *StGB*, en los casos de "falta de comprensión burda", que en mis ejemplos sin duda es de suponer, atenuar la pena o prescindir totalmente de la pena. Pero esto no le hace nada a la punibilidad en principio de semejante conducta.

En cambio, si se vuelve a traer a la memoria, que la finalidad del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, se tiene que llegar al resultado que un acto el cual un ser humano con conocimientos medios basados en la experiencia, desde su punto de vista estimaría

ex ante nada peligroso para el bien jurídico protegido, debería quedar impune. Si la realización del tipo, como expuesto, consiste en la realización de un riesgo no permitido, tiene la tentativa, en la cual esta realización falta, que ser por lo menos entendida como la creación de un riesgo no permitido.

En la práctica esto significa que solamente se deberían castigar las tentativas peligrosas, es decir, en aquellas donde el hombre promedio contaría con la posibilidad de producción del resultado.

A eso no se puede oponer que también deban ser castigadas las tentativas, cuya no peligrosidad es fácilmente cognoscible desde un principio, porque el autor quizás la próxima vez podría recurrir a útiles delictivos más idóneos. Puesto que un derecho penal que presupone las violaciones tipificadas de bienes jurídicos, siempre es un derecho penal de hecho. Esto significa: La pena siempre presupone una concreta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Lo que alguien quizás haga posteriormente, no debe ser el motivo de una pena por conducta no peligrosa.

3. Autoría y participación

La mayoría de los ordenamientos punitivos distinguen entre la autoría y la participación (instigación y complicidad). La delimitación de estas formas de intervención también son muy controvertidas.

a) Autoría

La jurisprudencia alemana anteriormente consideraba entre varios copartícipes, como autor a aquél que tiene la voluntad de autor (*animus auctoris*). La voluntad de autor mayormente era definida conforme a que el agente tomaba interés propio en el hecho. Mas ésta no es una definición convincente. Puesto que también el inductor y el cómplice, normalmente toman interés propio en el hecho, de lo contrario no participarían en él.

En cambio, hoy en día ha encontrado aceptación en la ciencia y en parte también en la jurisprudencia alemana, así como en otros

países, una doctrina que por autoría en esencia entiende el "dominio del hecho". Ha sido detalladamente desarrollada en mi libro "Autoría y Dominio del Hecho" [12], y se basa en la idea que la autoría reside en la influencia dominante sobre las violaciones tipificadas de los bienes jurídicos. Por consiguiente, incluso aquí el bien jurídico es la base de referencia de la definición.

Autor es quien domina el hecho por ejecutarlo de propia mano (en virtud del llamado dominio de acción) o mediante la subdivisión del trabajo entre varias personas (en virtud del llamado dominio funcional de hecho). Además de las así caracterizadas autoría inmediata directa y coautoría, existe como tercera forma de autoría la autoría mediata (el llamado dominio de voluntad). Se verifica si alguien domina el hecho mediante el empleo de "herramientas" humanas, sea que utiliza a una persona no responsable de sus actos (por ejemplo a un niño o un enfermo mental), sea que utiliza a un errante para la comisión delictiva, sea que, como, por ejemplo, un dictador que no vacila en cometer crímenes, comanda un instrumento organizativo de poder, que asegura la ejecución de sus órdenes.

El último caso arriba mencionado del llamado dominio de organización, desarrollado por mí en el año 1963 [12], en la actualidad ha cobrado gran importancia internacional. Puesto que la Corte Penal Internacional en la Haya, ha basado varias sentencias en esta construcción, para poder castigar los cabezas de organizaciones delictivas, como autores de los delitos cometidos bajo su responsabilidad. Incluso la Corte Suprema de Justicia de Perú se apoyó en todos los extremos en mi doctrina, cuando condenó al ex presidente Fujimori como autor de los delitos que sus órganos de seguridad cometieron por sus órdenes [13].

b) Complicidad

Para la complicidad, el concepto del bien jurídico también es de trascendental importancia. Puesto que la complicidad es una agresión contra un bien jurídico ejecutada sin el dominio de hecho. Los instigadores y los cómplices agreden el bien jurídico del mismo modo que el autor, aun cuando su lesión no se realiza bajo su dominio.

Este diagnóstico, trivial a primera vista, trae importantes consecuencias para el alcance del castigo de la complicidad. Un policía, que en calidad de llamado *agent provocateur* induce a un sospechoso, contra quien no hay pruebas adecuadas, a perpetrar un hurto, para poder aprehenderlo en flagrante, ha persuadido al autor a cometer una tentativa de hurto. A pesar de ello, no es castigado por instigación a la tentativa de hurto. Puesto que no agrede el bien jurídico protegido – la propiedad ajena – si vela por que el autor sea detenido antes de que pueda concluir el hurto.

Lo mismo vale, si el que sugiere a alguien que cometa un delito sabe que el autor no puede perpetrarlo. Por ejemplo, alguien pide al autor que mate a tiros a otra persona, sabiendo que el arma de éste no funciona. El autor que piensa que su revólver es apto para el uso es castigado por tentativa de homicidio si dispara su arma. Sin embargo, el que pidió no será perseguido como inductor, sino que quedará impune. Puesto que él, partiendo de que a la víctima no le podía pasar nada, no agredió el bien jurídico de la vida humana.

Finalmente, no es castigado por complicidad el cuasi-cómplice protegido por el tipo. Quien, estando en apuros, solicita a un comerciante un préstamo usurario, no será castigado por instigación a la usura (artículo 291, del *StGB*) si recibe el dinero, aun cuando el prestamista sea declarado culpable de este delito. Puesto que el daño recae sobre él mismo. Como nadie puede agredir puniblemente su propio patrimonio, también en este caso no existe ninguna agresión a un bien jurídico.

La relación de la participación con los bienes jurídicos permite, por consiguiente, exceptuar del castigo formas de intervención muy distintas en el suceso punible.

4. Delitos de omisión

Entre las doctrinas generales del derecho penal figura también la discusión de las omisiones, en cuanto éstas equivalgan a la comisión por obrar activo y, por consiguiente, representen lo ilícito del mismo efecto. Es indiscutido que una omisión solamente puede ser equiparada al

obrar activo, si alguien debe "garantizar" la no verificación del resultado, es decir, con los términos del *StGB* (artículo 13), si "responde de que el resultado no se verifique". Mas es discutido bajo qué condiciones puede admitirse semejante posición de garante.

La doctrina antigua, que antes prevalecía en Alemania y también a escala internacional, fundaba esta equiparación en los deberes de actuar que se derivaban de la ley, de los contratos, del actuar precedente peligroso o de las comunidades de vida íntimas. Entretanto, más y más, está encontrando aceptación que este concepto no es el correcto. Puesto que, conforme al derecho penal alemán, existe, por ejemplo, la carga legal de prestar auxilio en los eventos desgraciados (artículo 323c, del *StGB*). Mas quien omite tal auxilio, no es castigado por homicidio por omisión si el accidentado fallece a causa de la inacción del obligado a prestar auxilio, sino solamente en virtud de la mencionada disposición especial, y por eso mucho más benignamente que el autor de un homicidio intencional. Incluso el *baby-sitter*, quien contrario al contrato no se presenta al servicio, no incurre en el delito de lesión corporal por omisión, si al niño le sucede algo en ausencia de sus padres.

Según la doctrina reciente, en cambio, la posición del omitente ante el bien jurídico violado, brinda la clave para la equiparación de la problemática. La posición de garante se origina o en la obligación de controlar los peligros inminentes para los bienes jurídicos ajenos, dentro de la esfera propia de dominio. O resulta de la obligación de proteger ciertos bienes jurídicos, de cuya protección frente al posible perjuicio por otras personas, alguien se ha responsabilizado. En el primer caso se trata de la posición de garante vigilante, en el segundo de la posición de garante protector.

La posición de garante vigilante la tienen, por ejemplo, los dueños de fábricas respecto del mantenimiento debido de sus máquinas o los propietarios de un hotel o restaurante, con respecto a la condición del mantenimiento de sus instalaciones conforme a las reglas. Por consiguiente, si los obreros son heridos a consecuencia del estado defectuoso del equipo de trabajo o de las máquinas, el director técnico responde de lesión corporal por omisión. Y si con ocasión de un incendio de un restaurante, fallecen comensales por causa de

dispositivos de protección contra incendios insuficientes, el dueño ha de ser castigado por homicidio involuntario por omisión.

El ejemplo paradigmático de la posición de garante vigilante es la relación de los padres con sus hijos pequeños, a los que deben proteger contra todos los peligros imaginables. Por consiguiente, si los hijos sufren daño porque sus padres los dejan salir a la calle sin vigilancia o, en el caso de enfermedad, no consultan oportunamente a un médico, los padres incurren en el delito de lesión corporal por imprudencia u homicidio involuntario, respectivamente. Por ejemplo, también tiene la posición de garante de protección, la maestra de un jardín de la infancia, ante los niños que le hayan sido confiados o – limitándola a la enfermedad a ser tratada – el médico ante sus pacientes.

VI. LA CATEGORÍA DE LA RESPONSABILIDAD; SU FUNDAMENTO Y SU LIMITACIÓN POR LA CU LPABILIDAD Y POR LA NECESIDAD DEL CASTIGO PREVENTIVO.

Mientras que lo ilegal en las diversas formas descritas, se ocupa de la atribución del perjuicio a los bienes jurídicos, la categoría sistemática de la responsabilidad que se basa en ello, trata de los objetivos y los límites de la pena con que se sanciona el caso concreto.

La finalidad del castigo ha sido discutida desde la antigüedad. Correctamente no es la expiación. Como el derecho penal es un instrumento de control social, solamente puede perseguir un fin social, y este fin consiste en impedir futuros delitos en lo posible. Una retorsión abstraída de este fin, como todavía se propaga en la filosofía de Kant, carece de legitimación social y por eso no puede tener ninguna función en un Estado democrático.

La función preventiva de la pena se refiere como prevención especial al autor individual y como prevención general a la comunidad. Debe impedir al autor individual que cometa otros delitos y ser diseñada de manera que le facilite la capacidad, en el caso de un pena privativa de libertad, de llevar una vida impune en la sociedad, después de haberla cumplido (resocialización). Pero la pena también debe influir

sobre el público en general. Esto lo hace mostrando a la población las Fundamentos Político-Criminales y Sistemáticos del Derecho Penal 41 consecuencias de un delito y así la hace desistir de la comisión de tales delitos (prevención general negativa). Lo hace aun con más eficacia elucidando las prohibiciones y las obligaciones penales (efecto de aprendizaje), fortaleciendo la confianza de la población en la fuerza coactiva del derecho (efecto de confianza) y estableciendo mediante un castigo justo la paz jurídica (efecto de pacificación). Las tres formas mencionadas de influencia sobre la generalidad se denominan prevención general positiva, hoy en día son consideradas en Alemania como el fin de esencial la pena.

En términos jurídicos, la categoría de la responsabilidad se funda en dos presupuestos que conjuntamente forman el motivo y el límite de todo castigo: la culpabilidad y la necesidad preventiva de la pena.

En el primer plano se encuentra el principio de culpabilidad, según el cual ninguna pena debe ser infligida sin culpa. Este principio, que no es propio de todos los ordenamientos punitivos, ha sido derivado por nuestro tribunal constitucional de la dignidad de la persona, o sea del supremo principio de la constitución (artículo 1, del *GG*) y con ello queda sustraído de cualquier relatividad o modificación. Efectúa con respecto a la pena concreta lo que efectúa dentro del marco de lo ilegal el principio de *nullum crimen sine lege*. Señala un límite al poder punitivo del Estado y garantiza la impunidad de aquellos que no pudieron evitar la realización del tipo.

Esto es de aplicación en primer lugar a los seres humanos incapaces de culpabilidad, es decir a los niños y a los enfermos mentales (artículos 19 y 20, del *StGB*), pero por mucho no solamente a ellos. Quien por error consideró su conducta lícita, sin que esto se le pueda imputar, porque, por ejemplo, había sido mal asesorado por un abogado, también actúa sin culpa, debido a un error de prohibición insuperable (artículo 17, del *StGB*) y deberá ser absuelto. Esto merece una especial mención, porque en muchos ordenamientos jurídicos rige el axioma: "Ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Este axioma, a menos que el autor pudiera llegar al conocimiento, atenta contra el principio de la culpa. El castigo sería anticonstitucional en derecho alemán.

El principio de la culpa empero garantiza independientemente de este caso específico, la impunidad de todas las realizaciones inevitables del tipo. Quien, por consiguiente, ya no puede dominar su vehículo a consecuencia de un infarto al miocardio repentino, no incurre en responsabilidad penal por los daños causados, porque no tiene la culpa de los sucesos.

También la cuantía de la pena es limitada por el grado de la culpabilidad. No daré explicaciones más detalladas, porque esta cuestión pertenece al derecho de la graduación de la pena y ya no se refiere a los presupuestos del obrar punible, que nos ocupan en este momento.

Con la verificación penal culposa de lo ilícito, por regla general, parece indicado el castigo por los motivos preventivos expuestos. Sin embargo, excepcionalmente se puede prescindir de la pena, si el autor con culpabilidad disminuida actuó en una situación particularmente apurada que hace improcedente el castigo. El Código Penal alemán conoce dos de tales casos: el exceso en la legítima defensa (artículo 33, del *STGB*) y el estado de necesidad no culpable (artículo 35, del *StGB*).

El exceso en la legítima defensa se refiere al caso que el autor "transgrede los límites de la legítima defensa por turbación, temor u horror". El efecto justificativo de la legítima defensa se limita a los actos que son necesarios para rechazar una agresión. El legislador presupone que se pueden observar esos límites; de lo contrario no podría establecerse este requisito. Si, además, el agredido, por temor u horror hiere al agresor más gravemente de lo que hubiera sido necesario para rechazar la agresión, actúa culposamente. SIN EMBARGO, el legislador prescinde, a pesar de ello, de la pena, porque no le parece necesaria por los motivos de la prevención. El autor del exceso merece indulgencia, porque él mismo ha sido víctima de una agresión ilícita y su reacción excesiva que resultó del temor y del horror, no representa estímulo alguno para ser imitada. Incluso por motivos de la prevención especial no es preciso ningún castigo, porque el autor en circunstancias normales no habría cometido lo jurídico-penalmente reprochable, por lo que no es de esperar reincidencia alguna.

El estado de necesidad exculpante, que debe ser distinguido del ya abordado estado de necesidad justificante, se refiere al caso que alguien ante un peligro inminente para la vida, el cuerpo o la libertad, no evitable de otra manera, comete un hecho ilícito para alejar el peligro de sí, de un familiar o de una persona cercana. Quien, por consiguiente, solamente puede salvar su vida en perjuicio de otra persona, comete dado el caso, un homicidio doloso ilícito. También actúa culposamente. Puesto que, como evidencia toda guerra, el ser humano puede también resistir a los peligros contra la vida, y lo debe hacer, sobre todo cuando solo puede alejarlos matando a un tercero.

Pero sin embargo, el legislador alemán, por regla general, también en este caso se muestra indulgente y prescinde de la pena, porque para ello no ve la necesidad de prevención. Puesto que las situaciones extremas de semejante índole son sin repetir en la vida. Por eso no existe, a semejanza del exceso en la legítima defensa, ningún peligro de repetición, y la confianza en la implantación general del derecho no se pierde por la despenalización en tal caso excepcional.

Desde luego el legislador podría tomar otra decisión, y la normativa alemana lo hace para el caso que el autor "mismo provocó el peligro o porque estuvo en una relación jurídica especial (por ejemplo en calidad de soldado o agente de la policía)" por cuyo motivo le era exigible soportar el peligro (artículo 35, párrafo 1, inciso 2, del *StGB*). Mas estas excepciones solamente demuestran que el legislador ha ponderado escrupulosamente las necesidades de prevención. La solución de las situaciones extremas, por consiguiente, también es explicable desde los principios generales.

VII. Conclusión

La tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad son, por lo tanto, las tres principales categorías del sistema penal. Permiten reunir los elementos de la punibilidad y los fundamentos de exención de la pena en principios directores, de cuyo conjunto también en los casos específicos se pueden derivar soluciones pertinentes y libres de arbitrariedad.

Espero que con mis exposiciones necesariamente simplistas haya logrado facilitarles una idea inteligible y comprensible del sistema y de la dogmática penal.

Gracias por su interés.

---

[1] Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (= BVerfGE), tomo 120, páginas 224 y siguientes.

[2] Artículo 29, párrafo 1, de la Ley de Estupefacientes.

[3] Para más detalles de esta sentencia argentina véase Greco, en Hefendehl (editor), ¿Grenzenlose Vorverlagerung des Straf-rechts?, 2010, páginas 73 y siguientes.

[4] *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Honig, 1970, páginas 133 y siguientes. Este ensayo también está incluido en el volumen mixto "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973, páginas 123 y siguientes. De este volumen mixto existe también una traducción al idioma español que fue publicada por la editorial Reus, Madrid, en el año 1976.

[5] Exposición detallada en *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo I, 4ª edición 2006, § 11, números marginales 44-145. La 2ª edición de este tomo también existe en el idioma español: Madrid, Civitas, 1997 (numerosas reimpresiones).

[6] Véase por ejemplo *Fischer*, Kommentar zum StGB, 59ª edición 2012, artículo 263, número marginal 10.

[7] Festschrift für Roxin, 2011, tomo 2, páginas 1557 y siguientes (1558/1559).

[8] Exposición detallada en *Roxin*, véase nota explicativa número 5, § 12, números marginales 21-88.

[9] Sentencias del Tribunal Federal (*BGH*) en materia penal (*BGHSt*), tomo 7, páginas 363 y siguientes.

[10] Para más detalles véase *Roxin*, véase nota explicativa número 5, § 12, números marginales 21-39.

[11] Este libro data del año 1963; la 8ª edición fue publicada en 2006. La 6ª y la 7ª edición fueron publicadas en 1998 y 2000 en el idioma español por la editorial Marcel Pons, Madrid/Barcelona.

[12] En el ensayo "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1963, páginas 193 y siguientes.

13 He analizado el eco internacional que ha suscitado esta jurisprudencia judicial en el ensayo "Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft", que fue publicado en el idioma español en la "Revista de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires, noviembre de 2011, Año 1, Número 3, Páginas 3 y siguientes. Su publicación está prevista en Colombia y Perú.

Causalidad e Imputación Objetiva

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

I. Introducción

El tipo constituye el primer nivel del sistema del derecho penal. La antijuridicidad y la responsabilidad se basan en él. Por consiguiente, cualquier acción punible presupone que el autor haya realizado el tipo de un determinado delito. Ésta es una consecuencia del principio de legalidad, el principio *nullum crimen sine lege,* que expliqué en mi primera disertación.

Paralelo a los elementos específicos del tipo, los cuales se encuentran descritos en la parte especial del Código Penal, el tipo objetivo contiene dos requisitos válidos para todos los delitos, los mismos pertenecen a la Teoría General del Derecho Penal, a saber: la causalidad de la conducta del autor para la realización típica, y la oportunidad de imputarle a este último, el resultado como obra suya. En una expresión más sencilla: causalidad e imputación son requisitos indispensables de la realización de todo tipo. Asimismo, es la causalidad el requisito indispensable de la imputación objetiva. La pregunta de si la producción de un resultado le es objetivamente imputable a su autor, sólo adquiere relevancia una vez se ha constatado que su conducta ha sido la causa de este resultado. De ahí, se desprende como tercer nivel de evaluación el análisis de la imputación subjetiva, es decir, del dolo eventual. El cual no será desarrollado en el marco de esta exposición.

Lo que es causalidad en sentido jurídico y cómo puede ésta ser determinada, es una cuestión tan complicada como las reglas de la imputación. Por lo que, a continuación trataré de presentar con la

mayor claridad posible, los problemas más importantes de ambos aspectos. Naturalmente, un tratamiento agotador del tema no es una ambición sensata, pues el mismo requeriría de por los menos dos tomos.

II. CAUSALIDAD

1. ¿Qué es la causalidad?

Esto no es discutido únicamente en la filosofía y en la ciencias naturales, sino también en la ciencia del Derecho[1]. Según una opinión todavía hoy representada, la causalidad exige una fuerza efectiva que produzca el resultado. Es decir, se debe verificar una fuente de energía causal para el resultado. Así, afirma por ejemplo, Pérez Barbera: *"Cuando no existe ningún componente efectivo, ni ninguna fuerza, entonces tampoco existe un agente causal"*[2]. De forma parecida aclara Haas3: "La causalidad es un proceso calculable en parámetros químicos o físicos que se basa en el ejercicio de una fuerza". Esta teoría nos parece inadecuada para el Derecho Penal.

Puesto que, en primer lugar, ignoramos exactamente lo que es una componente activa inherente a la causalidad, por lo que la teoría del conocimiento moderna concibe la causalidad más bien como la pronosticabilidad o explicabilidad de acontecimientos subsiguientes. La causalidad abarca fenómenos tan distintos, que no puede explicarse mediante una "fuerza" o "energía" homogénea. Los efectos que manifiestan por ejemplo la atracción terrestre, un medicamento nocivo a la salud o una provocación al delito, son tan heterogéneos que no permiten encuadrarse en un concepto común de fuerza o energía.

En segundo lugar, contra esta doctrina habla también un argumento genuinamente penal, a saber: mediante el postulado de una "componente activa" no puede concebirse la causalidad de una omisión punible. Puesto que la inacción por ejemplo de un padre que omite

1 Instrukiv Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980.
2 Pérez Barbera, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (=ZStW) 114 (2002), 602 ff. (603)
3 Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, 193.

salvar a su hijo, quien está ahogándose, no produce ningún empleo real de energía. Aún en los delitos de acción, la interrupción de cursos causales salvadores – alguien destruye de un disparo un salvavidas que es llevado por la corriente a una persona que está ahogándose y le habría salvado la vida – no puede explicarse con una acción real contra la víctima. Puesto que la muerte de ésta ha sido provocada por ahogamiento.

Por esa razón, tanto en la jurisprudencia como en la ciencia alemana, reina la llamada teoría de la condición; según la cual cualquier condición de un resultado, debe ser considerada como causa. En ella, todas las condiciones son consideradas equivalentes. Por eso, la teoría reinante en el Derecho alemán se denomina también teoría de la equivalencia. Esta doctrina hace muy extensiva la relación de causalidad. Si por ejemplo alguien, camino de la oficina, es atropellado por un vehículo, no solamente es causal para el resultado de la muerte el conductor del vehículo. Son causales también el empleador, los padres del accidentado y el fabricante del vehículo. Puesto que todos crearon las condiciones, para que el resultado pudiera verificarse de esta manera.

Para comprobar la relación de causalidad, la jurisprudencia se vale de la fórmula de la "abstracción", que durante mucho tiempo también fue aplicada en la literatura. Según ella, es causa cualquier condición de la cual no puede prescindirse, sin que el resultado tenga lugar en su forma concreta. Esto es plausible a primera vista: Si se prescinde – uso el ejemplo que escogí antes – del conductor del vehículo accidentado y de su vehículo, el transeúnte no habría sido atropellado y habría quedado con vida. Pero vista de cerca, esta fórmula resulta fútil, porque arroja resultados solamente donde la causalidad puede presuponerse también sin ella. Cuando la causalidad es incierta, las dudas tampoco pueden ser desvanecidas mediante la abstracción de una circunstancia posiblemente causal. Cuando por ejemplo, no se sabe si cierto medicamento provocó un determinado daño a la salud, siempre será dudosa la producción del daño, si se prescinde de la ingestión del medicamento.

Por esa razón, hoy en día en Alemania se ha impuesto la doctrina de la "condición adecuada a las leyes naturales", que se remonta al eminente penalista *Engisch*[4]. Según ella, la existencia de la causalidad depende de[5] *"si las modificaciones en el mundo exterior temporalmente consecutivas a una acción y conectadas con ella, aparecen como consecuencias que estuvieron vinculadas a esa acción de modo necesario, según las leyes de la naturaleza que nos son conocidas y que se presentan como realización del tipo*". Si éste es el caso, cuando el vínculo natural no es obvio, debe ser determinado con los métodos de las ciencias especiales.

Mediante esta doctrina, puede afirmarse fácilmente también la causalidad de una omisión. Si los padres en el caso de una enfermedad grave de su hijo no consultan a ningún médico, y el mismo muere, en tanto que habría sido salvado por el tratamiento médico, han provocado la muerte de su hijo por su inacción. Puesto que la no realización del tratamiento médico es una condición (negativa) del resultado de la muerte. Lo análogo vale para la interrupción de un curso causal salvador. Quien destruye mediante un disparo el salvavidas que habría salvado la vida de la persona que está ahogándose, ha causado su muerte. Pues, como el salvavidas la habría salvado, su destrucción fue una condición para el fallecimiento.

Mas aún, la doctrina de la condición leyes naturales requiere una modificación en los casos de la causalidad psíquica.[6] Si A instiga a B a cometer un delito, habrá provocado el resultado si el hecho se realiza. Pero ésto no se basa en una condición según las leyes naturales, comprobable científicamente. Esto se sobreentiende si se parte de la libre voluntad del inducido. Pero, incluso cuando se considere determinado el obrar del hombre, las condiciones bajo las cuales una instigación motiva el resultado, no pueden ser concebidas por ninguna ley de la naturaleza y no son asequibles a nuestras fuerzas del entendimiento.

---

4 *Engisch*, La Causalidad como Atributo de los Delitos-tipos del Derecho Penal, 1931, 21.

5 *Jescheck/Weigend*, Compendio del Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición 1996, § 28 II, 4.

6 Mayores detalles sobre "Los Problemas de la Causalidad Psíquica" *Roxin*, en: Festschrift (= FS) Achenbach, 2011. 409 y siguientes.

Esto vale para todas las formas de la causalidad psíquica, por ejemplo también para la estafa, en la cual el autor mediante engaño debe provocar una disposición sobre los bienes, condicionada por un error. También aquí el éxito del engaño depende de circunstancias que se sustraen a una constatación de las leyes naturales.

Por consiguiente, hay que reconocer que existen condiciones necesarias para el resultado que no son de índole natural, y que sin embargo, deben valer como causas en el sentido jurídico. Su prueba, por regla general, se produce siendo la realización del tipo no explicable de otra manera. Sin la instigación, el autor no pudiese haber concebido la idea de cometer el hecho y el timado no hubiese procedido a la perjudicial disposición sobre sus bienes sin el engaño – lo que según los principios de la prueba es fácilmente constatable – esto es suficiente para la prueba de la causalidad.

Por consiguiente y en resumen puede decirse que la causación ha de admitirse, si el resultado se basa en una condición que obedece a la leyes naturales o es empíriciamente constatable.

2. La irrelevancia de los cursos causales hipotéticos

Hipotético es un curso causal que no ha tenido lugar, pero se habría consumado si el curso causal producido por el autor, no se hubiese realizado. Por ejemplo, un manifestante es acusado de daños, porque rompió a pedradas una vidriera. Se justifica alegando que de lo contrario, la vidriera habría sido rota con toda seguridad por otro manifestante, por lo que su conducta – también su eventual inacción – no podría haber cambiado el resultado de los sucesos. Aún cuando ésto corresponda a la realidad, no elimina la causalidad y la responsabilidad penal del acusado. Pues solamente se trata de lo que el acusado ha provocado en la realidad: la destrucción de la vidriera. Lo que habría sucedido si no hubiese ejecutado este hecho, es indiferente para la apreciación de su conducta.

Otra doctrina, como es sostenida en ocasiones, no me parece defendible. ¡Piénsese en los asesinatos nacionalsocialistas en los campos de concentración! Si en estos casos, cada uno de los que privaron de

la vida a otros por su propia mano, pudiese exculparse alegando que de lo contrario otro habría cometido los asesinatos, absolutamente nadie podría ser castigado por esos asesinatos, porque todos podrían alegar que esos asesinatos también habrían sido cometidos sin su participación. Esto no puede ser correcto.

El principio que enuncia que los cursos causales hipotéticos no surten efecto eximente de la responsabilidad, tampoco sufre restricción alguna en los casos de los delitos por omisión y de la interrupción de cursos causales salvadores. Es cierto que aquí hay que incluir en la apreciación un acontecimiento causal hipotético – la salvación de la víctima a consecuencia del obrar indicado o al no impedir el curso salvador –. ¡Pero este acontecimiento hipotético o esta conducta hipotética, sirven para fundamentar la responsabilidad, no para exonerarse de ella!

3. La interrupción de una serie de causas ("causalidad adelantada")

En cambio, falta la causalidad si un curso causal es interrumpido, porque sobreviene otro acontecimiento, de manera que no se manifiesta como condición del resultado. Si una organización de terroristas quiere asesinar a un político, y el terrorista A coloca una bomba en el vehículo del político, para que haga explosión durante el viaje, pero el político ya ha sido ultimado a tiros al subir a su vehículo por el terrorista B, solamente B cometió un asesinato consumado, en tanto que A puede ser castigado nada más que por tentativa de asesinato. Puesto que su conducta no surtió efecto en el resultado real. La serie de causas creadas por la colocación de la bomba en el vehículo, había sido interrumpida y "adelantada" por el disparo de B, por lo que ya no fue causal para el resultado.

Lo análogo valdría si A agasaja a B con un plato envenenado, cuyo efecto letal no quiere que tenga lugar sino el día siguiente, pero B es víctima de un accidente de tránsito el mismo día. Entonces A no fue causal para la muerte de B, porque el envenenamiento no jugó ningún papel en su muerte. Por consiguiente, A solamente podrá ser castigado por tentativa de asesinato.

En cambio, la apreciación arroja otro resultado si un segundo sujeto causante provoca el resultado directamente, pero perdura la participación del primer sujeto causante. Si por ejemplo – este caso realmente ocurrió[7] – alguien deja en el guardarropas del teatro un abrigo en el cual se encuentra un revólver cargado, y un empleado del teatro dispara contra otra persona en tono de broma y sin tener la intención de matarlo, no obstante con consecuencia mortal, ambos crearon una condición para el resultado. Puesto que sin la conducta del espectador, nunca se habría producido el tiro mortal. Por consiguiente, los dos son causales para el resultado, y ambos son castigados por homicidio involuntario.

4. Causalidad alternativa

Se trata de la causalidad alternativa, cuando varias participaciones en el hecho coproducen un resultado que habría sido causado ya por cada una de ellas por su cuenta. La solución resulta de la teoría de la condición sin problemas particulares.

Si – en el consabido caso de enseñanza – A y B vierten por separado a C una dosis letal de veneno en su café, ambos deben ser castigados por homicidio calificado consumado, si su sustancia tóxica surtió efecto en la muerte de C. Puesto que entonces existe una relación conforme a las leyes naturales, entre el uso del veneno y la muerte. En cambio, si el veneno de B no llegó a tener influencia sobre el resultado, porque habría comenzado a obrar más tarde o el veneno de A lo neutralizó, A es punible por asesinato consumado y B por tentativa de asesinato. Eso puede evidenciarse también mediante unos ejemplos no tan ajenos a la vida real. Si A y B, sin haber mediado concierto entre ellos, disparan sendos disparos a C uno seguido del otro con propósito homicida, los dos deben ser castigados por asesinato consumado, si en efecto cada disparo habría sido mortal por sí solo, pues los dos disparos por su coincidencia tuvieron influencia sobre el modo concreto de la muerte. En cambio, si al disparar el segundo disparo (el de B) la muerte de C

7 Mayores detalles en *Hilgendorf*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (= NStZ) 1994, 561 y siguientes.

por causa del primer disparo (por A) ya se había verificado, B solamente podría ser castigado por tentativa de asesinato.

5. Causalidad cumulativa

Se trata de la causalidad cumulativa, cuando dos o más acciones únicamente por su coincidencia producen el resultado. Un ejemplo es el ya mencionado caso del revólver en el guardarropa del teatro: La muerte de la víctima fue causada solamente por la coincidencia de dos condiciones para el resultado – A llevó consigo el revólver y B disparó el tiro –. En tal caso, cada participación individual es causal, porque guarda relación conforme a las leyes naturales con el resultado.

En la mayoría de delitos dolosos de esta especie existe coautoría, por lo que, considerando la imputación recíproca de las participaciones en el hecho, no importa la causalidad de las acciones individuales. Pero en los casos de las acciones imprudentes, la causalidad cumulativa es de mucha trascendencia. Puesto que los accidentes – como por ejemplo los de tránsito o de construcción –a menudo residen en la coincidencia de distintas negligencias y faltas. Entonces toda una serie de personas son causales para el resultado.

6. Decisiones de juntas

Las decisiones de juntas causan problemas en materia de causalidad, si, para citar un ejemplo, una resolución que produce un resultado jurídico-penalmente relevante fue adoptada de manera unánime por cinco miembros de la junta directiva. Entonces cada uno podría negar su causalidad argumentando que la resolución habría sido igualmente adoptada – en la proporción de 4 votos por 1 voto – si él se hubiese abstenido de votar a favor.

También en este caso el problema puede eludirse, como ocurre a menudo en la jurisprudencia y literatura alemana, admitiendo la coautoría, en la cual, considerando la imputación recíproca de las participaciones en el hecho, no importa la causalidad de la emisión del voto individual. No pocas veces incluso se valen de la coautoría

imprudente, para no tener que fundamentar la causalidad de la conducta individual.

Sin embargo, puede demostrarse la causalidad de la emisión de cada voto. Puesto que la fórmula según la cual una circunstancia solamente es causal si al abstraerla el resultado no se produciría, no solamente – como queda expuesto – es inútil. Sino que también induce a error en los casos como el mencionado. Puesto que decisivo es únicamente que cada uno de los cinco miembros de la junta directiva participó en la resolución que produjo el resultado. Esto es suficiente para afirmar una conexión empíricamente comprobable.

III. Imputación objetiva

1. ¿Qué es la imputación objetiva?

El atribuir objetivamente un resultado a alguien, significa apreciar la realización del delito como su obra. La causalidad sola no puede ser suficiente para ello. Puesto que la teoría de la equivalencia, como he expuesto, declara la totalidad de las condiciones causales; cualquier acción por más inofensiva que sea, se convierte en causa de un resultado delictivo. Si por ejemplo, un catedrático anunció una clase, y un estudiante, camino hacia ella, es víctima de un accidente de tránsito por culpa ajena, también el catedrático fue causal para la muerte del estudiante. Puesto que si no hubiese anunciado la clase, el estudiante todavía estaría con vida. Naturalmente sería absurdo decir que el catedrático cometió una acción homicida y realizó el tipo de un delito de homicidio.

Por consiguiente, la causalidad es un presupuesto necesario, pero no suficiente para la realización de un delito. La existencia del injusto objetivo, supone más bien la determinación de dos comprobaciones que se basan una en la otra. En el primer escalón hay que comprobar la causalidad de la conducta del autor. Luego, en el segundo escalón, hay que analizar si al autor puede imputársele la realización del delito causada por él.

Los presupuestos de la imputación objetiva, como he explicado en mi primera ponencia, deben ser derivados de la finalidad del derecho penal. Si ésta reside en la protección de los bienes jurídicos, solamente puede ser garantizada prohibiendo todas las acciones que crean un riesgo ilícito para el bien jurídico protegido. A quien cree tal riesgo reconocido o reconocible, le son imputados los sucesos como delito consumado, si el riesgo se realiza en un resultado tipificado. Esto supone que el autor, cuando menos, ha obrado de forma imprudente. Si, además de ello, hay que admitir un hecho doloso, ha de ser examinado en virtud de otros criterios independientes.

Por consiguiente, es imputada la realización de un riesgo ilícito para el bien jurídico protegido, creada por el autor. La creación y la realización del riesgo son cada una presupuestos independientes para la imputación. Quien hiera a alguien de gravedad ha creado el riesgo de un desenlace fatal. Si la víctima muere por la herida, el riesgo se ha realizado, y al autor le son imputados los sucesos como homicidio consumado.

En cambio, si la víctima no muere de la herida, sino de un incendio que se produce en el hospital, no se ha realizado el riesgo creado por el autor. Puesto que una lesión corporal no crea el riesgo de una muerte por incendio. Por consiguiente, el autor ha de ser castigado sólo por lesión corporal o – si existe una voluntad homicida – por tentativa de homicidio.

Lo análogo vale, si la víctima de una lesión corporal muere durante el viaje al hospital, por razón de un accidente de tránsito. También en este caso no se ha realizado el riesgo creado por lesión corporal posiblemente mortal. Más bien una circunstancia independiente de él, provocó la muerte. Asimismo, si la víctima muere porque rehusa una transfusión de sangre salvante, se ha realizado un riesgo creado por la víctima misma y no el riesgo de la lesión original.

A continuación quiero detallar los presupuestos para la creación y la realización de un riesgo ilícito. No se puede lograr la totalidad en vista de la multiplicidad de situaciones relevantes. Pero al menos serán explicados los problemas más importantes de la imputación.

2. La creación de un riesgo ilícito

a) Exclusión de la imputación en los casos de la disminución del riesgo

Si A quiere hundir a B un puñal en el pecho, pero C bloquea el golpe de A, de manera que la puñalada es desviada hacia el hombro de B, a quien le causa una herida ligera, C es causal para la herida en el hombro de B. Pero no cometió ninguna lesión corporal tipificada. Puesto que no ha agravado el riesgo de lesión creado por A, sino que lo ha disminuido. Por consiguiente, los sucesos no pueden imputársele a C como lesión corporal.

Como caso de la disminución de un riesgo también hay que admitir el de la prolongación de la vida. Si la vida de un paciente enfermo de gravedad no puede ser salvada a la larga, pero el tratamiento médico prolonga su vida en varios meses, el médico es causal para la ulterior muerte del paciente. Pero no se puede imputar al médico ninguna acción homicida, porque disminuyó el riesgo de la muerte con su tratamiento.

El principio de la disminución del riesgo es aplicable no solamente a los homicidios y a las lesiones, sino a todos los delitos, por ejemplo al hurto y al fraude. Si A quiere hurtar 10,000 Euros de una caja accesible a él, y B, quien no puede disuadirlo de su propósito, por lo menos lo determina a que se contente con 1,000 Euros, que necesita para allanar sus actuales dificultades económicas, B es causal para el hurto de los 1,000 Euros. Pero no es castigado por complicidad al hurto, porque disminuyó el riesgo y con ello el daño a la víctima.

b) Exclusión de la imputación en los casos de la no creación del peligro

La imputación del resultado tampoco procede si una conducta es causal para el resultado, pero no ha creado ningún riesgo jurídicamente apreciable. Todos los sucesos de la vida social están en mútiples correlaciones causales, de las cuales la mayoría no entran en consideración para una imputación jurídico-penal, pues el riesgo

que crean es indiferente en el sentido del derecho penal. Aquí entra por ejemplo el anuncio de la clase, mencionado anteriormente (III, 1), que causa la muerte accidental de un estudiante: No creó ningún riesgo jurídicamente relevante para tal acontecimiento.

Esto vale para cualquier causa de no participación en las actividades normales de la vida, jurídicamente irrelevantes, como dar paseos, subir escaleras, bañarse, ascender a montañas, etc. Aún cuando tales formas de conducta traigan por consecuencia en singulares casos excepcionales lesiones o daños, los riesgos mínimos socialmente adecuados que entrañan son desatendidos por el derecho, de manera que la causación del resultado producida por ellas, desde un principio no es imputable.

c) Exclusión de la imputación en los casos de los riesgos lícitos.

Mas una imputación tampoco procede, donde el resultado reside en un riesgo estadísticamente muy relevante, pero el legislador permite correr tal riesgo por los motivos superiores del bien común. El mejor ejemplo es el tráfico vial que anualmente causa un gran número de muertos y heridos. Estos daños son tolerados por el legislador con motivo de los beneficios sociales que trae consigo el uso de vehículos de motor, en tanto que los usuarios de la vía pública observen las normas prescritas, tendientes a reducir el número de víctimas en la medida de lo posible. Quien observa estas normas, se mueve dentro del margen del riesgo lícito, por lo que las consecuencias dañinas a pesar de ello, no le serán imputadas.

En el ámbito del riesgo lícito se encuentra la totalidad del tránsito público (por consiguiente, también el tránsito aéreo, ferroviario y acuático), la operación de establecimientos industriales (en particular de instalaciones peligrosas), el ejercicio de deportes que exponen a un riesgo, tratamientos médicos dentro del margen de la *lex artis* y actividades semejantes. No siempre es fácil delimitar los riesgos jurídicamente irrelevantes de los lícitos. Sin embargo, la cuestión no es de importancia práctica, porque la imputación no procede en ninguno de los casos. Un indicio para el riesgo lícito siempre es la existencia de preceptos de conducta, como son las normas de circulación, las disposiciones de seguridad o las reglas de la *lex artis* médica.

Hay unos casos especiales del riesgo lícito, de los cuales quiero realzar el principio de confianza. Ha sido desarrollado en materia de derecho de tráfico vial y significa que todo usuario de la vía pública puede confiar en que los demás observen las normas de circulación, en tanto que no existan indicios concretos que hagan perder esa confianza. Por consiguiente, si alguien tiene la prioridad de paso, no tiene que detenerse en cada intersección para comprobar si alguien no respeta el derecho de preferencia, sino que puede atravesarlas rápidamente. Si a pesar de todo se produce un choque, porque un vehículo sin derecho de preferencia cruza la intersección de manera fortuita, las consecuencias no son imputables a quien haya confiado en su derecho de preferencia. El riesgo remanente es lícito dentro del margen de una regulación fluida del tráfico. Es distinto solamente, si alguien ve que otro no respeta la preferencia de paso. Entonces no puede simplemente arrancar, sino que debe moderarse.

Este principio puede transferirse a otros ámbitos de la vida, de manera que todo el mundo puede confiar en la conducta impune de los demás, en tanto que circunstancias concretas no hagan parecer infundada esa confianza. Si el propietario de una tienda de artículos domésticos vende un cuchillo bien afilado, un hacha o incluso fósforos, desde luego sabe que se puede matar a personas con el cuchillo, darles muerte con el hacha y atizar un incendio con fósforos. Pero puede confiar en que los compradores manejen las mercancías como es debido; de lo contrario, el comercio sería imposible. El uso punible, con todo eso, está dentro del margen del riesgo lícito; por consiguiente, los delitos cometidos con los objetos comprados, no son imputables al vendedor.

Es distinto sólo en el caso de que quien adquiere un objeto (o quiere conseguirlo de otra manera) existe la "disposición reconocible de ejecutar el hecho". Por consiguiente, si en mi ejemplo, el vendedor mira por el vidrio y ve que ocurre un conflicto violento delante de su tienda, y uno de los participantes entra precipitadamente en la tienda para adquirir un cuchillo largo y bien afilado, el principio de la confianza ya no es de aplicación. En tal caso, la venta crea un riesgo ilícito para la vida humana. Por esa razón, si el comprador mata a un combatiente

con el cuchillo, no sólo él ha de ser castigado por homicidio doloso. También al vendedor le es imputado el resultado como homicidio involuntario y, en caso de dolo, incluso como complicidad.

El principio de confianza vale también para la delimitación de las áreas de responsabilidad en los casos con división de trabajo, por ejemplo un equipo de cirujanos. Aquí incluso el Tribunal Federal de Justicia alemán[8] conoció que "por principio, los médicos especialistas intervinientes pueden confiar en la participación sin faltas de los colegas de otra especialidad". Por consiguiente, el riesgo creado por las eventuales faltas de otros miembros del equipo pueden ser tolerados, sin que al médico que trabaja impecablemente le sea imputado un daño que resulte de ello. Esto es digno de aprobación, porque el médico estaría distraído de la concentración en su propio trabajo, con consecuencias eventualmente perjudiciales, si adicionalmente tuviese que vigilar a todos los demás participantes. Indudablemente, también en este caso cambia la situación si el médico nota un error de un colega. Entonces debe intervenir, si quiere evitar que el daño que resulte de la falta, sea imputado a su propia persona.

3. La realización del riesgo ilícito

Además de la creación del riesgo ilícito, la realización del riesgo ilícito levanta una serie de otros problemas de la imputación. Naturalmente, el caso más simple es cuando la acción no dio resultado; el autor que dispara sobre la víctima con propósito homicida, la yerra por poco. Éste es el caso clásico de la tentativa. Un resultado que no acaece, no puede ser imputado. No obstante, la creación del riesgo ilícito es castigada como tentativa, si es que la comisión intentada del delito en cuestión es penalizada y ha traspasado el límite del hecho preparatorio no punible.

Más difíciles y más interesantes son los casos en que el autor, mediante la creación de un riesgo ilícito ha causado el resultado, pero éste no representa la realización del riesgo prohibido. Quiero explicar

[8] Neue juristische Wochenschrift (= NJW), 1980, 649 (650).

ésto con cuatro grupos de casos particularmente importantes y muy discutidos.

a) La no realización del riesgo en los casos de cursos causales totalmente excepcionales

Entre ellos figuran los casos mencionados inicialmente, en que la víctima de una tentativa de homicidio resulta solamente herida, pero muere durante el transporte en la ambulancia a la clínica de un accidente de tránsito o en la clínica de un incendio que se produce allí. En este caso falta la realización del riesgo creado. Puesto que el riesgo de una lesión reside en que la lesión corporal lleva a la muerte. Mas la lesión no crea el riesgo de ser víctima de un accidente de tránsito o de un incendio.

Evidentemente hay que andar con cuidado, porque no cualquier desviación del curso causal de las ideas del autor, excluye la realización del riesgo. A saber, no es así cuando la desviación desde un principio estaba dentro del margen de lo posible y previsible. Si A precipita a B, que no sabe nadar, de un puente alto en un río, para que muera ahogado, pero éste choca contra el zócalo de un estribo y por esta razón se desnuca, a pesar de la desviación causal, todavía se ha realizado el riesgo creado por el autor. Por consiguiente, el autor ha de ser castigado por asesinato consumado. Puesto que la posibilidad de un desenlace fatal de esta índole, desde un principio estaba vinculada al riesgo creado, y por lo tanto no es casual, sino imputable.

Casos como éstos no son raros en la jurisprudencia. Si alguien quiere matar a otro con un hachazo, pero éste no muere de los golpes del hacha, sino de una infección de la herida causada por ellos, no obstante existe la realización del riesgo y un delito de homicidio consumado.[9] Puesto que también con la muerte causada por la infección se verifica un peligro creado por los hachazos; por consiguiente, el resultado es la obra del homicida. Asimismo el resultado debe ser imputado al autor si un herido desvanecido no muere de la herida, sino porque vomita y se ahoga del contenido de su propio estómago.[10] Puesto que

[9] RGSt 70, 259.
[10] Decisiones de la Corte Federal de Justicia en Materia Penal (= BGHSt), Vol. 24, 213.

también tal desenlace estaba dentro del margen del peligro creado, por consiguiente, es una realización del riesgo.

A veces se requieren análisis diferenciales. Si alguien es ingresado a un hospital a consecuencia de una intoxicación por vitaminas causada imprudentemente por un farmacéutico y allá muere de una infección gripal de la que el hospital no ha de responder[11], la imputación del resultado depende de si la infección y la muerte por gripe fueron la consecuencia del debilitamiento de la constitución física del paciente. En caso afirmativo, el peligro creado por el farmacéutico se ha realizado, y él ha de ser castigado por homicidio involuntario. En cambio, si la gripe acarreó la muerte independientemente del debilitamiento a consecuencia de la intoxicación por vitaminas, de parte del farmacéutico solamente existe una lesión corporal imprudente, porque la muerte del paciente no puede serle imputada.

De manera diferencial en la jurisprudencia y la literatura alemanas es tratado el difícil problema de las faltas médicas que siguen a una lesión. Si A hiere a B, y éste muere en el hospital de deficiencias ligeras en el tratamiento médico, esto es considerado por la opinión predominante aún como realización del riesgo de la lesión y es imputado al primer sujeto causante como homicidio involuntario. Puesto que el riesgo de faltas ligeras en el tratamiento médico, está asociado a cualquier estancia en un hospital y por eso es parte del peligro creado por la lesión. En el caso de una neglicencia profesional médica grave – si por ejemplo una confusión de medicamentos acarrea la muerte – en cambio, es rechazada la imputación al primer causante. Puesto que tales sucesos no entran en el riesgo normal de una lesión corporal.

b) La no realización del riesgo, si el riesgo ilícito no ha surtido efecto en el resultado

Además del caso que un riesgo ilícito solamente produce el resultado por razón de un curso causal totalmente excepcional, existe como grupo de casos independientes de la realización del riesgo excluida,

[11] Tribunal Regional Superior (= OLG) Köln, Neue juristische Wochenschrift (= NJW), 1956, 1848.

la situación en que una relación causal entre la creación ilícita de un peligro y el resultado falta por completo.

Un ejemplo famoso es el "Caso del pelo de cabra"[12], fallado de manera análoga por el Tribunal Supremo del Reich. El director de una fábrica distribuyó entre sus trabajadoras pelos de cabra chinos para ser procesados, sin haber sido ejecutada la desinfección de rigor. Cuatro trabajadoras resultaron infectadas por bacilos de carbunco y murieron. Un estudio demostró que el desinfectante prescrito no habría surtido ningún efecto contra el bacilo, hasta esa fecha desconocido en Europa.

Si, como sucedió en este caso, el resultado también se hubiese verificado en el caso de una conducta reglamentaria, el riesgo que deriva de la no desinfección no se ha realizado. Por consiguiente, el resultado no puede ser imputado al director de la fábrica. Sería inadecuado apreciar la omisión de una conducta inútil como acción homicida involuntaria. El director de la fábrica puede a lo más ser castigado – atenuadamente – por la omisión de una desinfección de rigor, si para ello existe una amenaza penal especial.

Casos como éste no son raros. Quiero mencionar solamente un caso que en forma modificada falló el Tribunal Federal de Justicia.13 Un ciclista había caído debajo de un camión que adelantaba y murió. El camión que adelantaba, contrario a lo prescrito, no había guardado la debida distancia lateral. El ciclista estaba ebrio y, como es típico en esos casos, en un acto irreflexivo causado por el alcohol, movió su bicicleta hacia la izquierda. Los peritos constataron que también habría caído debajo del camión, si la distancia prescrita hubiese sido observada.

Es cierto que también en este caso el acercarse demasiado creó un riesgo ilícito, pero no surtió efecto en los sucesos concretos. El camionero no puede ser castigado por homicidio involuntario, sino nada más que por la violación de la obligación de guardar la debida distancia, si ésta se encuentra penalizada de forma independientemente.

12 RGSt 63, 21.
13 BGHSt 11, 1.

c) La no realización del riesgo, cuando el resultado no es cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado violada

En estos casos – contrariamente a los dos grupos de casos que anteceden – se realiza un riesgo creado por el sujeto causante; pero el evitar el riesgo realizado no se corresponde con el fin de protección de la norma de cuidado violada.

Ante todo quiero elucidar ésto con unos casos muy simples, que en realidad ocuparon nuestros tribunales. Si alguien por un sobresalto sufre una muerte cardíaca, porque otra persona lo adelanta en su vehículo de manera irreglamentaria[14], o causa una colisión ligera[15], el riesgo de tales sucesos siempre ha sido aumentado por la conducta incorrecta del sujeto causante, aún cuando sea de manera poco considerable. Puesto que la reacción mortal causada por el sobresalto guarda relación con el hecho de la colisión, el cual excede la mera causalidad.

Sin embargo, en ambos casos el resultado de la muerte no es imputable al conductor. El porqué de ello es que el fin de las reglas de circulación, no reside en poner a salvo a otros de un susto. Su fin es más bien evitar lesiones corporales externas que resulten de choques. Por consiguiente, en el resultado no se ha realizado el riesgo cuya prevención persigue el legislador con las reglas de circulación violadas. Esta circunstancia excluye la imputación.

El concepto que para la realización de un riesgo ilícito, no es suficiente cualquier relación entre la creación del riesgo y el resultado, sino que debe existir una relación específica correspondiente al fin de protección, también puede ser transferido a situaciones más complejas.

En el llamado Caso de los Ciclistas[16], dos ciclistas iban en sus bicicletas sin luz en la oscuridad, uno detrás de otro. El ciclista de delante, debido a la falta de la luz, chocó contra un ciclista que iba en

14 OLG Stuttgart, Verkehrsrechts-Sammlung (= VRS), Vol. 18, 1960, 356.
15 OLG Karlsruhe, Juristische Schulung (= JuS), 1977, 52.
16 RGSt 63, 392.

dirección contraria. El accidente habría sido evitado si sólo el ciclista de atrás hubiese tenido luz en su bicicleta.

Es evidente que el ciclista de delante, al dejar de poner la luz, cometió una lesión corporal imprudente. ¿Pero ha de ser imputado el resultado al ciclista de atrás como lesión corporal imprudente? Lo correcto es rechazarlo. Puesto que el fin de la norma de cuidado – la obligación de andar con luz – es únicamente evitar accidentes propios. El evitar accidentes ajenos, de lo que se trata aquí, está fuera de este fin y, por consiguiente, no puede ser imputado. El ciclista de atrás puede como máximo responder por violación de las reglas de circulación (dejó de poner la luz en su bicicleta).

En el llamado Caso del Dentista[17] un médico dentista había extraído a una señora dos dientes molares bajo anestesia general. Durante el tratamiento, ella murió de un fallo cardíaco. La señora le había manifestado que tenía "algo en el corazón". Por eso, el médico dentista debió primero disponer un examen de un especialista. Pero la comprobación posterior demostró que el defecto cardíaco no podría haber sido hallado mediante tal examen. Pero en este caso, a consecuencia de la demora de la intervención dental, causada por el examen del especialista, la señora habría vivido algunos días más. ¿Puede el médico dentista ser castigado por homicidio involuntario?

Hay que optar por la negativa. Es cierto que el odontólogo, al omitir la consulta de un médico especialista en enfermedades internas, acortó la vida de su paciente por algunos días, y por principio el acortamiento de la vida es un homicidio. Incluso quien mata a un moribundo comete un delito de homicidio. Mas en este caso la imputación del resultado no corresponde al fin de protección de la norma de cuidado. Puesto que la obligación de consultar a un médico especialista en enfermedades internas, no persigue el fin de prolongar la vida del paciente por el período necesario para el examen interno. Debe más bien impedir una lesión corporal o un caso de muerte que puedan verificarse por el fallo de un órgano durante una anestesia general. Pero en este caso,

[17] BGHSt 21, 59; mi relación simplifica la situación.

este fin no podía lograrse, por lo que la negligencia del médico dentista no surtió efecto en eso.

No quiero mencionar más ejemplos. De todos modos cabe señalar que también la situación más arriba mencionada (III, 1) que la víctima de una lesión muere, porque rehusa una transfusión de sangre que la salvaría, entra en el grupo de casos de los resultados provocados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. Puesto que no es el fin de la prohibión el proteger a las víctimas contra la provocación de su muerte por causa de decisiones autorresponsables. Tales casos ocurren, porque de vez en cuando unos sectarios, no obstante haber sido ilustrados sobre las consecuencias, rehusan una transfusión de sangre por razones de religión. Se trata de un caso de la asunción del riesgo por el lesionado. Tal asunción del riesgo excluye la imputación del resultado al autor de la lesión, por lo que el primer sujeto causante solamente puede ser castigado por lesión corporal imprudente.

d) El objeto de controversia del aumento del riesgo

Por último quiero, dentro del margen de la realización del riesgo, hablar brevemente un problema particularmente discutido. Es denominado con el término "aumento del riesgo", creado por mí. Podríamos referirnos al ya ventilado caso del camión (III, 3, b) en el cual un ciclista ebrio resultó muerto por un camión que lo había adelantado, no guardando la debida distancia lateral. Ya demostré que no debería admitirse ninguna imputación del resultado y, por consiguiente, no existir homicidio involuntario si el resultado también se habría verificado guardando la distancia lateral indicada, por lo que la creación ilícita del peligro no se habría realizado en el resultado.

¿Pero cómo ha de ser decidido el caso si, como sucedió en realidad, cuando guardando la distancia lateral indicada, el resultado posiblemente se habría verificado, pero posiblemente, y en igual grado de probabilidad, también habría sido evitado?

La Corte Federal de Justicia absolvió al autor, y una parte de la literatura le ha seguido.[18] En esencia eso es motivado por la idea de que en tal caso no es seguro si el riesgo ilícito creado por el autor se ha verificado. Según el principio *in dubio pro reo,* debe prescindirse de la imputación del resultado y ser negada la existencia de un homicidio involuntario. A ello se opone la "teoría del aumento del riesgo"[19], iniciada por mí, a la que se ha adherido otra parte de la literatura.[20] Mi concepto es que, guardando la distancia lateral indicada, el proceso del adelantar debería ser considerado como riesgo lícito, y por esta razón el resultado no podría serle imputable al camionero. Pero si, como sucedió en este caso concreto, excedió el riesgo lícito acercándose demasiado al ciclista, este exceso no queda sin efecto, sino que aumentó el riesgo de la verificación del resultado, el cual se verifica con la muerte del ciclista, por lo que al camionero ha de ser imputado el resultado como homicidio involuntario.

La opinión contraria reside en el error de que el riesgo puede dividirse en una parte lícita y una ilícita, y de esta manera poner en duda para la parte ilícita la realización del riesgo. Pero si el autor excede el riesgo lícito y así aumenta más el peligro apenas tolerable, crea un riesgo en general prohibido. Este riesgo en suma prohibido también se realiza si el resultado se verifica. En eso no cabe duda alguna, por lo que el principio *in dubio pro reo* no es de aplicación.

La opinión aquí rechazada también acarrea resultados intolerables. Si por ejemplo en una operación con alto riesgo, indicada por los médicos, el cirujano por defectos de técnica graves, causa la muerte del paciente, según la opinión contraria debería quedar impune, porque también en una intervención realizada *lege artis* habría existido la posibilidad de un desenlace fatal. Esto equivaldría a la renuncia a toda

---

18 Comprobantes detallados en mi compendio „Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª edición, 2006, Bd. I, § 11 número marginal 90, observación 190. De la 2ª edición de ese tomo también se publicó una traducción en el idioma español; Madrid, Civitas, 1997.

19 "La Infracción de Deberes y el Resultado en los Delitos Imprudentes", in: ZStW 74 (1962), 411 y siguientes. También en: Problemas fundamentales del derecho penal, 1973, 147 y siguientes. De ese tomo también se publicó una edición en español, Madrid; Reus, 1976.

20 Como nota explicativa 19, § 11 número marginal 90, observación 189.

exigencia de cuidado, precisamente donde es indicado un cuidado particularmente grande.

IV. CONCLUSIÓN

He tratado de exponer en una sola disertación el gran número de problemas que resultan en los dominios de la causalidad y de la imputación objetiva para el derecho penal. Es natural que mi exposición solamente pueda abarcar los elementos. Sin embargo, pude demostrar que es posible solucionar racionalmente y de manera convincente las cuestiones muy complejas de la responsabilidad jurídico-penal conforme a medidas superiores, y lograr, mediante una red de ideas directrices, también en un caso concreto, un resultado gobernado por reglas y sustraído a una decisión arbitraria. Que se pueda debatir sobre algunas soluciones, eso he tratado de demostrarlo al final de mis explicaciones con el ejemplo de la teoría del aumento del riesgo. Pero también para tales controversias debe valer que deberían ser zanjadas mediante argumentos generalmente válidos y no por decisiones que atañen a la situación individual.

Les agradezco su atención.

El Delito de Defraudación Tributaria y las Ganancias Ilícitas. Una Explicación Política Criminal a una Cuestionable Praxis Jurisprudencial

Luis Miguel Reyna Alfaro*

I. Planteamiento del problema.

A través de esta intervención quisiera proponerles la respuesta a una problemática que día a día adquiere, al menos en el Perú, mayor notoriedad y que formulo a través de las siguientes interrogantes: ¿Existe obligación tributaria en relación a la ganancia ilícita, producto de la realización de delitos?; ¿Comete delito de defraudación tributaria, aquél que no declara el patrimonio ilícitamente obtenido? o, en términos más simples ¿Tiene el ladrón la obligación de declarar y tributar lo robado?

De modo inicial e intuitivo creo que todos coincidiremos en que el delito y la ganancia proveniente del mismo, no puede generar renta que deba ser declarada a la administración tributaria, ni que se pueda extraer

* Abogado del Estudio Caro & Asociados. Director Académico del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Profesor de la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho penal económico de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de la Maestría en Derecho penal de la Universidad Privada "Antenor Orrego". Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina en la Universidad de Granada, España. Este trabajo contiene, en esencia, las reflexiones vertidas en el I Congreso Nacional de Tributación llevado a cabo del 24 al 26 de mayo de 2007 en el Auditorio del Colegio de Abogados de La Libertad, en la ciudad de Trujillo, Perú; y complementadas en el III Congreso Latinoamericano de Derecho penal, organizado por la Universidad de Cuenca- Azogues, el 31 de octubre de 2008, en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, lo que justifica las referencias legales propias de dicho país.

de la omisión de tal declaración consecuencias punitivas, entiéndase a título de defraudación tributaria. Este punto de vista, sin embargo, no tiene aceptación pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia, que han llevado a afirmar e incluso procesar penalmente a quienes, tras revelarse judicialmente que ostenta fortunas provenientes del delito, se determine que no cumplieron con tributar sobre dicha ganancia.

En efecto, cierta doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia tributaria considera que el patrimonio obtenido como consecuencia de la comisión de un delito es parte de la renta gravable y, por lo tanto, no declararlo a la administración tributaria puede generar repercusiones tributarias e incluso jurídico penales. Según este sector, dicho en términos coloquiales, el ladrón que no declara lo robado, además de ser responsable por el robo, sería responsable del delito de defraudación tributaria, descrito en el artículo 1° de la Ley penal tributaria del Perú (y contenido en similares términos en el artículo 342° del Código Tributario ecuatoriano).

Determinar si ésto es correcto exige reconocer preliminarmente las líneas de argumentación planteadas por aquellos que consideran posible incorporar la ganancia delictiva como posible renta gravable, para analizar su capacidad de rendimiento y proponer, de ser el caso, las refutaciones que correspondan y plantear una propuesta de solución.

II. EL PATRIMONIO CRIMINAL COMO RENTA GRAVABLE.

1. La tesis de no exclusión del impuesto.

Una primera argumentación a favor de incorporar el patrimonio criminal como renta gravable, se sustenta en el denominado principio de no exclusión del impuesto que plantea, más o menos, lo siguiente: Si en la ley no existe declaración expresa de que la actividad criminal no es gravable se entiende entonces que sí lo es; o, en otros términos, lo que la ley no excluye de la tributación, se incluye. Se trata de una forma específica de aplicación de la máxima jurídica elemental: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2.24, literal a, de la Constitución política del Perú).

Esta es, justamente, la línea seguida por nuestro Tribunal Fiscal en el caso de la Familia del ex Comandante General del Ejército peruano Nicolás Hermoza Ríos[1], en donde se considera como hecho imponible la actividad delictiva por él realizada (Exp. N° 850-4-2006). La opción a favor de considerar el comportamiento criminal como hecho imponible, adoptada por el Tribunal Fiscal en la resolución del 16 de febrero de 2006 tiene como sustento normativo la interpretación literal del contenido del artículo 52° de la Ley del Impuesto a la Renta.

El artículo 52° de la Ley del Impuesto a la Renta señala textualmente: "Se presume de pleno derecho que los incrementos patrimoniales, cuyo origen no pueda ser justificado por el contribuyente o responsable, constituyen renta neta no declarada por éstos […] los incrementos patrimoniales a que hace referencia este artículo, no podrán ser justificados con donaciones que no conste en escritura pública o de otro documento fehaciente; tampoco podrán justificarse con utilidades derivadas de actividades ilícitas".

El Tribunal Fiscal entiende, a partir de una interpretación plenamente literal, que si la Ley del impuesto a la renta no excluye del concepto de renta gravable la ganancia producto del delito, ésta se encontraría incluida y, por ello, la no declaración de la ganancia delictiva podría dar lugar a responsabilidad administrativa y penal.

1 Como consecuencia de las investigaciones realizadas tras la aparición del video Kouri- Montesinos, se descubrió que el ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos había colocado en el sistema financiero suizo aproximadamente veintiún millones de dólares americanos, diseminados en diversas cuentas a nombre de su esposa e hijos. Informadas las autoridades peruanas, se inició contra Hermoza Ríos y su familia una investigación preliminar fiscal en la que el Ex Comandante General del Ejército Nicolás Hermoza Ríos, confesó haber cometido los delitos de peculado y cohecho pasivo propio. Abierto un proceso penal contra Hermoza Ríos y su familia en el subsistema de justicia penal anticorrupción, el Juez a cargo de la causa comunica a la SUNAT y aquella inicia un procedimiento de fiscalización tributaria a cargo de la Intendencia Regional Lima de la SUNAT, que emitió diversas resoluciones de determinación de impuesto y de multa, motivando la interposición de reclamo por parte de los afectados, recurso que fue declarado infundado. Interpuesta la apelación ante el Tribunal Fiscal, éste resolvió confirmando la resolución impugnada. Paralelamente, la SUNAT interpuso denuncia por defraudación tributaria contra los integrantes de la Familia Hermoza- Quiroz.

Esta forma de interpretar la norma tributaria ha sido recientemente consolidada por el Tribunal Constitucional peruano, al resolver una acción de amparo constitucional interpuesta precisamente por el mencionado Hermoza Ríos. En sentencia del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima) señala que conforme a dicho dispositivo "lo relevante es que la administración tributaria determine si el administrado ha tenido un incremento patrimonial injustificado y, de ser así, que aquél no pretenda justificar dicho incremento sobre la base de actividades económicas ilícitas. Por ejemplo, una persona no podría justificar su incremento patrimonial con utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas" (fundamento jurídico décimo). Se agrega: "Es paradójico que, en el fondo, lo que hacen los demandantes es querer justificar su incremento patrimonial en un momento dado con actividades que en el proceso penal respectivo han sido consideradas como ilícitas, producto de la comisión de los delitos de peculado y del cohecho pasivo propio; lo cual está expresamente prohibido, como se ha visto, por el artículo 52º de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando señala que el incremento patrimonial no puede ser justificado con utilidades provenientes de actividades ilícitas" (fundamento jurídico undécimo).

Lo realmente importante para el Tribunal Constitucional es la existencia de una disposición legal que señala expresamente que las actividades ilícitas no pueden justificar la renta no declarada a la administración, lo cual supone reconocer implícitamente que quien comete un delito, está obligado a declarar a la administración tributaria la renta que proviene de aquél y a tributar sobre la misma.

Esta posición podría tener sustento en el caso ecuatoriano, dado que ni el Código Tributario ni la Ley de Régimen Tributario interno del Ecuador emiten consideración alguna al respecto. Ninguna de dichas normas declara expresamente que el ilícito penal no genera obligación tributaria respecto a las ganancias que de aquél deriven con lo cual, conforme a la tesis de no exclusión del impuesto, podría admitirse la tributación sobre el patrimonio proveniente del delito.

Sin embargo, como acertadamente sostiene Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE[2], este planteamiento tiene una escasa capacidad de rendimiento, pues más que identificar una posible solución al problema en cuestión, tan sólo identifica el núcleo de la problemática: La solución frente a la ausencia de declaración legal de exclusión del impuesto de la actividad criminal. En efecto, las normas tributarias han hecho mutis respecto al problema de las ganancias ilícitas provenientes del delito y ésto es justamente lo que ha generado el problema bajo análisis, por esa razón recurrir al contenido de las normas tributarias para la solución de este problema sería mera tautología.

2. La tesis de la igualdad.

Se ha propuesto también, con mayor imaginación pero igual ineficacia, que esta problemática puede resolverse recurriendo al principio de igualdad como criterio fundamentador de la tributación de la actividad criminal.

Al respecto, en una de las Sentencias más frecuentemente mencionadas (del 21 de diciembre de 1999, caso "Nécora"), el Tribunal Supremo español [Ponente Conde-Pumpido Touron] sostuvo: "El principio de igualdad ante el impuesto, prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respeta, careciendo de todo sentido que, mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva". Lo que se postula a través de esta propuesta, es que las normas constitucionales que fijan la obligación ciudadana de contribuir al sostenimiento público a través de los tributos, no se dirige únicamente a los ciudadanos honestos, su ámbito aplicativo es general e incluye a los ciudadanos que cometen delitos.

---

[2] RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico- empresarial, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 219.

Sin embargo, un planteamiento como el antes reseñado implica una comprensión incorrecta del contenido del principio de igualdad. El principio de igualdad plantea la obligación de una respuesta igual ante situaciones iguales. Esa igualdad de situaciones es justamente la que no existe entre la ganancia obtenida lícitamente y la obtenida ilícitamente[3], lo que provoca que resulte una postura inadmisible.

3. La tesis de la prevención general.

La opción por considerar el patrimonio criminal como renta gravable y como consecuencia de ello considerarla objeto del delito de defraudación tributaria, ha sido postulada también desde la perspectiva jurídico- penal, recurriendo a argumentos relacionados a la idea de prevención general y a los efectos de intimidación que la punición a título de defraudación tributaria puede generar.

Esta propuesta surge en España, debido a la proliferación de actos de corrupción como causa generadora de la ganancia ilícita y respecto de los cuales se observaba un tratamiento excesivamente venial por parte de la legislación penal, lo cual afectaba los propósitos de prevención intimidatoria de la sanción penal. En efecto, la insuficiencia preventiva general de las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de corrupción, la ausencia de una respuesta punitiva de cierta intensidad para estos supuestos, provocaba la necesidad de recurrir a la defraudación tributaria como medio para lograr la punición más intensa, que aquél tipo penal preveía[4].

Un planteamiento de este tipo, claramente instrumental, carece en la actualidad de toda utilidad. Los marcos penales que prevén actualmente los Estatutos punitivos en relación a la corrupción administrativa son bastante amplios e intensos, de modo tal que las necesidades de prevención general que sustentaban el uso instrumental de la defraudación tributaria, han desaparecido.

---

3 RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 222.
4 RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 211.

III. El patrimonio criminal como renta no gravable.

Quisiera iniciar esta parte del trabajo identificando lo que será, a partir de este momento, la línea discursiva del mismo: En un Estado de Derecho, la realización de un delito no puede considerarse un hecho imponible ni mucho menos puede suponer la realización del delito de defraudación tributaria.

Los argumentos a favor de la tesis que aquí defenderé, se ubican en dos planos (Derecho penal material y Derecho procesal penal) que terminan reconducidos, por razones exclusivamente metodológicas, al nivel del Derecho penal material.

Ahora bien, es necesario identificar los niveles en que puede ser respondida, desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo y la teoría jurídica del delito, la pregunta antes formulada. Como debe recordarse, la calificación de una conducta como delito, supone la verificación de la concurrencia de las categorías que conforman la teoría jurídica del delito: Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La posible solución a esta problemática se ubica tanto en las categorías destinadas al análisis y valoración del hecho, es decir, aquellas que buscan determinar la concurrencia de un injusto penal (tipicidad y antijuricidad); como en aquellas que analizan y valoran al autor del ilícito (culpabilidad).

1. Solución a nivel de tipicidad.

a) Cuestiones previas.

A través de la tipicidad se analiza si, en efecto, el comportamiento atribuido realiza el tipo penal de un delito. En ese contexto, habría que analizar en este momento si aquél que no declara su patrimonio criminal y no tributa sobre el mismo, realiza el tipo penal –objetivo y subjetivo- de defraudación tributaria.

El delito de defraudación tributaria, conforme al artículo 1° de la Ley penal tributaria (Dec. Leg. N° 813) define como la acción típica

de la defraudación tributaria: "[….] deja[r] de pagar en todo o en parte, los tributos que establecen las leyes [….]".

> En línea similar se ubica la descripción de la defraudación fiscal del artículo 342° del Código Tributario ecuatoriano que señala que aquella consiste en: "todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero"[5].

El delito de defraudación tributaria, en el caso peruano, ha sido construido como una ley penal en blanco[6], en la medida que el ámbito de la prohibición jurídico-penal no se encuentra totalmente contenido en la ley penal, sino que requiere del complemento de una ley extrapenal, en este caso, la legislación tributaria que determina, finalmente, cuáles son los tributos que el ciudadano está obligado a pagar.

> El caso ecuatoriano se produce una situación similar, pues aunque el legislador ha decidido regular los delitos tributarios en el interior de su Código Tributario, existe una remisión externa, dado que resulta necesario recurrir al complemento que proporcionan otras leyes de carácter tributario, como la Ley de Régimen Tributario interno, para reconocer la prohibición penal en su integridad.

Ahora, la configuración de este tipo penal como una ley penal en blanco, no supone una dependencia absoluta de contenidos del Derecho penal a favor del Derecho tributario[7]. Es cierto que el legislador, en este ámbito, ha instrumentalizado una política criminal

---

5 Sobre el mismo, ZAVALA EGAS, Jorge. Delito Tributario, Kimkos impresores, Lima, 2008, passim; ÍDEM. "El delito de defraudación tributaria", en: Revista Jurídica, Nº 24, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias sociales y políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2008, p. 333.

6 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 618.

7 Así: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia, Dykinson, Madrid, 2001, p. 91; BACIGALUPO, Silvina. Ganancias ilícitas y Derecho penal, Ceura, Madrid, 2002, p. 120.

al servicio de la política tributaria[8]; así se entiende, por ejemplo, la -hasta hace poco existente- dependencia a la intervención de la administración tributaria, para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público o los exagerados marcos penales establecidos por la ley penal tributaria; sin embargo, es necesario proponer criterios dogmáticos que limiten y sirvan –como proponía Von LISZT- de barrera infranqueable de la política criminal tributaria. Sobre ésto retornaré más adelante.

b) Propuesta de interpretación racional del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta.

Desde esa perspectiva, cualquier interpretación de los ámbitos penalmente relevantes relacionados a la tributación, debe tener como guía los postulados constitucionales contenidos en el Capítulo IV del Título III de nuestra Carta Fundamental, destinado al régimen tributario y presupuestal. El artículo 74° constitucional precisa: "[…] El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona [….]".

En este orden de ideas, es necesario dar una lectura distinta –de corte estrictamente constitucional- al artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta, que sirve de base normativa a quienes postulan una tesis distinta a la aquí defendida. El artículo 52°, en una suerte de presunción iure et iure, impide justificar el incremento patrimonial con "utilidades derivadas de actividades ilícitas" en la medida que la idea de "renta" es incompatible con el delito en la medida que aquél no genera rendimientos[9].

Pues bien, desarrollando la idea, debe recordarse que si bien todas las ganancias provenientes del delito son ilícitas, no todas las ganancias

---

8 SÁNCHEZ- OSTIZ, Pablo. "Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal", en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directora). Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002, p. 251; similar: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa, Ara Editores, Lima, 2010, p. 164.

9 En ese sentido: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 169.

ilícitas provienen del delito, recordándose que la noción de ilícito trasciende al ordenamiento jurídico penal –hay ilícitos civiles, ilícitos administrativos, etc.-[10], en ese orden de ideas, creo perfectamente compatible con el sentido literal del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta, la exclusión de las ganancias ilícitas de origen delictivo, por un lado, porque el patrimonio criminal es divergente del sentido económico de la tributación y, en segundo lugar, porque de ese modo se evita que derechos fundamentales de la persona se vean afectados.

En efecto, el sentido económico de la tributación se relaciona al incremento del patrimonio del obligado tributario, basado en un título jurídico y no en la mera posesión. Los tributos, se imponen al ciudadano porque su capacidad contributiva, basada en su patrimonio sustentado jurídicamente, así lo determina. La realización de hechos delictivos que generan ganancias de carácter patrimonial, no se incorporan verdaderamente al patrimonio del delincuente, por ausencia de título jurídico y, por ello, no constituyen renta[11].

En línea similar puede reconocerse el planteamiento del Tribunal Internacional de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 07 de julio de 1988 (Caso Moll). Este caso, en el cual la administración tributaria holandesa pretendía imponer obligaciones tributarias a un acto de comercialización ilegal de anfetaminas, el mencionado Tribunal sostuvo: "No nace ninguna deuda tributaria por el impuesto sobre el volumen de negocios, en la medida en que esos productos no forman parte del circuito económico estrictamente vigilado por las autoridades competentes, con vistas a ser utilizados con fines medicinales y científicos"[12].

Este planteamiento interpretativo tiene, como veremos más adelante, muy importantes consecuencias prácticas.

---

10 RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 237.

11 BRAVO CUCCI, Jorge. "Incremento patrimonial no justificado y los fondos de origen ilícito: ¿Presunción o ficción?", disponible en: http://www.idtl.com.br/artigos/182.pdf.

12 SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. "El delito de defraudación tributaria", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). Temas de Derecho penal tributario, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 92.

Respecto a los efectos de esta propuesta interpretativa a favor de los derechos fundamentales del ciudadano, ahondaremos más adelante cuando se aborden las cuestiones relacionada a la antijuricidad.

c) Efectos jurídico penales de la tesis interpretativa planteada: La atipicidad objetiva del comportamiento.

La acción típica de la defraudación tributaria, implica la elusión de los tributos señalados por la ley, lo cual implica que la existencia de una obligación tributaria por parte del autor, es condición indispensable para la verificación del tipo penal objetivo del delito. Si no existe tributo que pagar al Estado, no puede existir elusión tributaria.

e observa así que la propuesta de interpretación racional del artículo 52° de la Ley del impuesto a la renta, incide directamente en el comportamiento típico pues, conforme se plantea, la exclusión de la ganancia derivada de la actividad delictiva, significa la ausencia de tributo a eludir mediante el acto de defraudación y, con ello, la ausencia de la acción típica propia del delito de defraudación tributaria.

d) La solución a la cuestión mediante el tipo subjetivo del delito: El error sobre la existencia del tributo.

Pero los argumentos a favor de la tesis aquí postulada, se hallan no solo en el ámbito de la tipicidad objetiva en tanto que, desde la perspectiva de la tipicidad subjetiva, la teoría del error de tipo permite obtener resultados igualmente satisfactorios.

Como se recuerda, el artículo 14° del Código penal reconoce trascendencia al error sobre los elementos del tipo penal, eliminando, en caso de ser un error vencible sobre los elementos del tipo, el dolo, y en caso de ser un error invencible, toda la imputación subjetiva (dolo y culpa). Pues bien, el dolo del delito de defraudación tributaria exige el conocimiento, siquiera eventual, de la realización de los elementos del tipo objetivo del mismo, el cual tiene como uno de sus contenidos primordiales la existencia de un tributo. Esto significa que quien se

equivoca o yerra sobre la existencia del tributo no actúa dolosamente[13], conforme a las cláusulas contenidas en el artículo 14° del Código penal peruano.

La verificación de un estado de error sobre los elementos del tipo penal, tiene en este caso consecuencias idénticas: La ausencia de tipicidad del hecho. Esto es así, se trate de un error de tipo vencible o un error de tipo invencible, pues la posibilidad de sancionar el hecho a título de culpa, en caso de error de tipo vencible, queda neutralizada por la ausencia de un tipo penal tributario que reprima la defraudación tributaria culposa.

d) Contrasentidos subyacentes a la criminalización de la omisión de declaración de la ganancia delictiva.

A nivel de tipicidad, se puede adicionar como argumentos a favor de la tesis defendida, las profundas contradicciones que puede generar la criminalización de la elusión tributaria respecto a la ganancia delictiva.

Una de estas contradicciones viene conformada por los efectos que la calificación del patrimonio criminal como renta gravable, tendría a nivel de la posible responsabilidad de los funcionarios estatales a título de receptación. En efecto, si se impone a los ciudadanos la obligación de declarar y tributar sobre los ilícitos penales en que aquellos incurran, éstos tendrían que realizar pagos a favor de la administración tributaria que sus funcionarios tendrían por imposición legal que recibir, lo que llevaría a éstos a realizar la acción típica del delito de receptación.

Una segunda contradicción del planteamiento aquí rechazado, tiene que ver con los efectos que la consideración de la ganancia proveniente del delito, como parte integrante del patrimonio que integra la renta gravable que la persona tiene sobre la idea de unidad del ordenamiento jurídico. Si, por un lado, el ordenamiento jurídico tributario califica a la ganancia proveniente del delito como parte del patrimonio de la persona y, por ello, le impone cargas tributarias, no puede luego sostener que esa ganancia en realidad debe ser extraída del dominio

[13] MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario, traducción de Marcelo Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 19.

de su titular por provenir del delito. La regla lógica del tercero excluido resulta perfectamente aplicable a este caso: Bien la ganancia proveniente del delito forma parte del patrimonio de su autor o bien no lo integra. Esta situación, claramente controversial, es puesta en manifiesto por BRAVO CUCCI con estas palabras: "sostener que a través de un acto ilícito, un sujeto puede incrementar su patrimonio, significa reconocer que el delito es un acto lícito y permitido por el ordenamiento jurídico, y que las normas tributarias prevén que el producto de un ilícito es una riqueza que fluye al patrimonio del delincuente, lo que es un evidente contrasentido"[14].

2. Solución a nivel de antijuricidad.

La antijuricidad es una categoría del delito que pretende lograr una valoración jurídica global del comportamiento típico. A través de la antijuricidad, y en busca de mantener la unidad del ordenamiento jurídico, se analiza si el comportamiento reprochado por el Derecho penal –y justamente por eso típico e inicialmente antijurídico [la tipicidad es indicio de antijuricidad]- es permitido por otra rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la acción de "matar a otro" es prohibida por el Derecho penal, sin embargo, cuando esa acción típica es realizada en acto de legítima defensa, pierde el carácter antijurídico. Estas causas de permisión del comportamiento, que eliminan el carácter antijurídico del mismo, son conocidas como causas de justificación.

Dentro del catálogo de las causas de justificación reconocidas por nuestro Código penal, destaca el ejercicio regular de un derecho. Es allí donde creemos se encuentran las soluciones más limpias a nuestra propuesta y es allí también donde se entremezclan los criterios de Derecho penal y Derecho procesal penal.

2.1. El ejercicio regular del derecho a no autoincriminarse como causa de justificación.

El derecho de defensa es seguramente una de las garantías más caras del ciudadano en el proceso penal. Se trata de una garantía que tiene

[14] BRAVO CUCCI, Jorge. Op. Cit.

diversas manifestaciones, dentro de ellas tiene un rol fundamental el derecho a la no autoincriminación.

La prohibición de autoincriminación, consecuencia del derecho a proponer una propia versión de los hechos objeto de imputación, supone, entre otras cosas, el derecho del imputado a guardar silencio o, incluso, el derecho a mentir, sin que de ello puedan extraerse consecuencia negativas contra el imputado. Pues bien, cabe formular la siguiente interrogante: Si el autor de un hecho punible, corre el riesgo de ser sancionado penalmente por haber omitido declarar la ganancia generada por el hecho ilícito ¿No se está obligando al imputado a autoincriminarse? La respuesta es más que evidente: Sí.

Y aquí no entra en cuestionamiento el efectivo deber ciudadano de contribuir en el sostenimiento de las cargas públicas, proporcionando información con relevancia fiscal y tributando en los casos legalmente previstos[15], sino si aquel debe anteponerse al derecho a no declarar ni a autoincriminarse. El necesario juicio de ponderación de los intereses en conflicto, debe resolverse irreversiblemente a favor del derecho a la presunción de inocencia[16].

2.1.1. El ejercicio regular del derecho a no ser juzgado ni sentenciados dos veces por el mismo hecho (la garantía del non bis in idem).

En cuanto a los argumentos vinculados al non bis in idem, éstos pueden ser observados desde una doble perspectiva: El ne bis in idem en relación al hecho delictivo; y, el ne bis in idem en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias.

---

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: La postura del Tribunal Constitucional", en: Togas.biz, disponible en: www.togas.biz.

16 De esta opinión, ADRIASOLA, Gabriel. "El delito de lavado de activos en Uruguay. Antecedentes, regulación actual y futura", disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/area2/Lavado.%20Adriasola.pdf, p. 13; GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, tomo II, Grijley, Lima, 2007, p. 661.

a) Vulneración al non bis in idem en relación al hecho delictivo.

La problemática en discusión, supone la existencia de un hecho delictivo previo, lo cual supone que aquél ha sido objeto de una condena judicial o, al menos, es objeto de un proceso penal. De allí la relación de la cuestión en discusión con la garantía del ne bis in idem en tanto aquella supone, en su núcleo esencial, la prohibición de juzgamiento y de condena múltiple[17].

En este contexto, corresponde analizar si concurren los elementos propios del ne bis in idem: Identidad de persona, identidad de hecho e identidad de fundamento político criminal. Respecto a los dos primeros, no existen mayores debates ni hesitaciones. Distinta situación se observa respecto a la identidad de fundamento.

El Tribunal Constitucional peruano ha referido sobre este punto, que el fundamento de la persecución penal o administrativa (o mixta) se ubica en el bien jurídico. Esta doctrina jurisprudencial ha sido objeto de severa crítica por algunos autores, al considerarse inexacta la apreciación de que el derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos[18], proponiendo más bien construir la cuestión del fundamento a partir del contenido de injusto.

Sin ánimo de introducirme en la discusión y aunque resulte dogmáticamente incorrecto, sostener que el Derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos pues, como ha puesto ya en manifiesto Mir Puig, existen bienes jurídicos en todo el ordenamiento jurídico[19], creo que no existe una divergencia sustancial entre la propuesta de interpretación del Tribunal Constitucional peruano y la formulada por la doctrina en mención, pues es evidente que el contenido de injusto de un comportamiento no puede desligarse

17 REYNA ALFARO, Luis Miguel. El proceso penal aplicado, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 257.

18 CARO CORIA, Dino Carlos. "El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Reyna Alfaro, Luis/ Arocena, Gustavo/ Cienfuegos, David (Coords.). La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Jurista, Lima, 2007, p. 98-99.

19 MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 129.

del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico-penal, pues justamente éste último determina el desvalor del resultado propio del comportamiento[20].

En lo que aquí concierne, el fundamento político criminal de la represión del fraude tributario, parece difícilmente compatible con aquellos delitos antecedentes que implican el enriquecimiento del autor, que incrementan ficticiamente el patrimonio de aquél. En el caso "Hermoza- Quiroz" esto resulta mas que evidente: El bien jurídico protegido penalmente mediante los delitos de peculado y cohecho pasivo propio –esto es, la funcionalidad adecuada de la administración pública- son claramente divergentes del bien jurídico protegido a través del delito de defraudación tributaria –sistema de ingresos y egresos del Estado o el patrimonio del mismo, según la concepción que se adopte[21]. El argumento de la vulneración al ne bis in idem en relación al hecho delictivo, no resulta adecuado de cara a la solución que aquí se propugna.

Sin embargo, la solución de la vulneración a la garantía del ne bis in idem fue utilizada por la Sala Penal Nacional en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, al resolver el caso de la Familia "Hermoza- Quiroz".

b) Vulneración al non bis in idem en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias.

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador recurren a medidas de similar naturaleza, frente a la ganancia proveniente del delito, lo que plantea un cuestionamiento de vulneración del non bis in idem, dado que la ganancia indebida generada por el actuar delictivo tiene ya una respuesta en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, conformada por el comiso de ganancias, por lo que la pretensión de gravar la actividad criminal y castigar su no declaración como defraudación tributaria, significaría establecer una nueva sanción que afectaría la prohibición de ser procesado o sentenciado dos veces por un mismo hecho.

---

20 MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 166.

21 En esa línea, la STC del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima).

No puede negarse que entre ambas figuras –la consecuencia accesoria de comiso y la sanción administrativa tributaria de comiso- existe identidad estructural, pues ambas implican el desapoderamiento patrimonial del sancionado; sin embargo, un examen a este nivel resulta claramente insuficiente, siendo necesario identificar la naturaleza jurídica de estas medidas.

Respecto al comiso de ganancias y de objetos, hay que recordar que nuestro sistema de reacción frente al delito, reconoce las denominadas consecuencias accesorias del delito, entre las cuáles se encuentra el comiso de ganancias y objetos (artículo 102° del Código penal), comiso de ganancias correspondientes a personas jurídicas (artículo 104º del Código penal) y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (artículo 105° del Código penal).

De las medidas de comiso previstas en el Código penal peruano, la que recae sobre las ganancias o beneficios obtenidos por las personas jurídicas, conforme a la regulación propuesta por el artículo 104° del Código penal, se trata de una medida de contención destinada a garantizar el pago de la reparación civil[22], por lo que carecería de identidad con la sanción administrativa de comiso. Distinto es el caso del comiso previsto en el artículo 102º del Código penal peruano, pues tiene fundamento preventivo basado en la peligrosidad objetiva que revisten los efectos del delito, en la medida que pueden ser nuevamente utilizados con propósitos criminales[23].

A nivel del derecho tributario, el comiso constituye una de las sanciones previstas para la ilicitud tributaria, cuyo contenido resulta idéntico al reconocido por el artículo 104° del Código penal: Privación definitiva de la propiedad de los bienes[24]. Esta sanción, en tanto sanción

22 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial, p. 204; CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001, p. 242; GALVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. Consecuencias accesorias de delito y medidas cautelares reales en el proceso penal, Jurista, Lima, 2009, p. 117.

23 CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 198.

24 SANABRIA ORTIZ, Rubén. Derecho tributario e ilícitos tributarios, cuarta edición, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 418.

de naturaleza administrativa posee, al igual que las sanciones penales, naturaleza punitiva[25].

A mi entender, la ganancia ilícita proveniente del delito[26] no puede ser considerada como patrimonio respecto del cual exista obligación tributaria, en la medida que el comiso o la punición del hecho generador de la misma, provoca la desaparición del interés estatal de penar la defraudación tributaria[27]. Son, como se observa, cuestiones relacionadas a la necesidad de pena, las que impiden la imposición de una sanción adicional a título de defraudación tributaria, a aquél que en un proceso antecedente ha sufrido el comiso de las ganancias ilícitas.

En ese contexto, hay que recordar con Silvina BACIGALUPO[28] que ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la medida de comiso de ganancias, además de poseer un contenido reparador y preventivo, tiene carácter punitivo; así las cosas, la imposición adicional de sanciones penales tributarias, supondría una clara vulneración a la garantía del non bis in idem. En efecto, en la sentencia del 21 de febrero de 1984 (caso Ozturk), el Tribunal Europeo de derechos Humanos ha reconocido la ausencia de diferencias sustanciales entre las infracciones y sanciones penales y las de carácter tributario[29].

La exclusión del ámbito de lo penalmente relevante de la no declaración fiscal de las ganancias ilícitas, exige que se haya determinado a través de resolución judicial firme que el patrimonio tiene, en efecto,

---

25 ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. "Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha contra el fraude fiscal", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). Temas de Derecho penal tributario, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 33.

26 No resulta posible sostener la distinción propuesta por Paredes Castañeda respecto al tratamiento de las ganancias ilícitas que se mantienen en el ámbito de la ilicitud y las ganancias ilícitas que son posteriormente introducidas al tráfico jurídico en la medida que la legitimación del patrimonio es sólo aparente: Si es el blanqueo del capital el que permite reintroducir el patrimonio ilícito al tráfico jurídico ¿No se plantea la misma interrogante?; véase, al respecto; PAREDES CASTAÑEDA, Enzo. Los delitos tributarios en el Perú, Cultural Cuzco, Lima, 2007, p. 60-61.

27 BACIGALUPO, Silvina. Ganancias ilícitas y Derecho penal, p. 118.

28 BACIGALUPO, Silvina. Ganancias ilícitas y Derecho penal, p. 111.

29 ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. Op. Cit., p. 33.

esa condición (ganancia ilícita). Si ésto no ocurre quedan, desde luego, abiertas las posibilidades de recurrir a los tipos penales tributarios[30].

3. Solución a nivel de culpabilidad.

La tercera categoría del delito, la culpabilidad, propone también instrumentos capaces de proporcionar una respuesta negativa a la pretensión de gravar el patrimonio criminal.

La culpabilidad supone una suerte de reproche realizado por el ordenamiento jurídico- penal, sobre el autor de un injusto penal (comportamiento típico y antijurídico). Dicho juicio de reproche funciona sobre el autor en la medida que, a pesar de tener la posibilidad de actuar conforme a la juridicidad, se enfrenta a aquella, la contradice. En este orden de ideas, la constatación de la culpabilidad del autor exige la verificación de la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta.

El conocimiento de la antijuricidad es uno de los contenidos indispensables en la constatación de la culpabilidad. No es posible reprochar al ciudadano la realización de un comportamiento antijurídico, si aquél desconocía que el mismo tenía tal condición. A ese nivel aparece el error de prohibición, regulado por el artículo 14º, último párrafo, del Código penal, como circunstancia que elimina el conocimiento de la antijuricidad y con ello la culpabilidad.

El error de prohibición supone que el autor de un hecho típico y antijurídico desconoce, debido a un error de percepción o de valoración, que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Esta problemática, trasladada al caso concreto implicaría que el autor debe conocer que, en efecto, está obligado a declarar a la administración tributaria la ganancia producto de los delitos cometidos.

Desde un criterio de racionalidad elemental, es evidente que la percepción del ciudadano le lleva a creer que no tiene obligación

30 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia, p. 92; similar: BACIGALUPO, Silvina. Ganancias ilícitas y Derecho penal, p. 115-116; quien exige que el carácter ilícito de la ganancia quede "probado".

de declarar o, incluso en tal supuesto, a creer que la no declaración de la ganancia ilícita, se encuentra amparada por la justificación que propone el ejercicio legítimo del derecho de no autoincriminarse, todo lo cual supone finalmente la existencia de un error que incide sobre el conocimiento de la antijuricidad y elimina la culpabilidad del comportamiento, evitando que el comportamiento resulte sancionado con una pena.

A este nivel, conforme ha podido demostrarse, se pueden también solucionar satisfactoriamente los problemas planteados inicialmente.

IV. Conclusión.

Pese a la relevancia práctica del caso, verificada con la profusa jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Fiscal, consolidada por el Tribunal Constitucional, la cuestión específica de si existe el deber de tributar respecto a las ganancias provenientes del delito no ha merecido, con alguna importante excepción[31], mayor atención de nuestra doctrina, dándose por sentada la cuestionable línea jurisprudencial del Tribunal Fiscal y del Tribunal Constitucional.

Frente a esta situación, surge la interrogante del porqué siendo tan clara la solución a la problemática planteada, ni la doctrina especializada haya advertido la grotesca situación, ni la jurisprudencia haya propuesto soluciones alternativas que enmienden el despropósito que supone reprimir penalmente la no declaración de la ganancia ilícita a la administración tributaria.

En mi opinión, existen dos posibles explicaciones a este fenómeno. Una primera explicación al escaso y poco afortunado tratamiento de este problema, tiene que ver con la juventud del derecho penal tributario[32] que constituiría una disciplina aún en desarrollo y, por tanto, proclive a formular planteamientos incorrectos. Una segunda explicación se hallaría en la identificación de los sujetos de persecución penal tributaria y su condición de auténticos enemigos.

---

31 Especialmente, BRAVO CUCCI, Jorge. Op. Cit.

32 En este sentido, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 210.

Aunque el nivel de desarrollo del Derecho penal tributario es aún incipiente, encontrar la explicación a la tendencia jurisprudencial antes acotada en dicha circunstancia sería pecar de ingenuidad, dada la selectividad con la cual ha actuado, por un lado, la administración tributaria, y, por otro lado, la administración de justicia penal.

En efecto, si observamos los involucrados en la práctica de considerar punible la no declaración a la administración tributaria de las ganancias ilícitas, percibiremos que se tratan de personajes vinculadas a la red de corrupción administrativa propia del gobierno del Ex Presidente Fujimori. No se trata de una práctica generalizada de la administración tributaria o de la administración de justicia penal, sino que se trata de una persecución –administrativa y penal- de carácter selectivo, identificable como un auténtico Derecho penal del enemigo.

El Derecho penal de enemigos constituye una anomalía dentro del sistema penal y supone una verdadera contradicción en términos[33]. Su propósito es, como puede reconocerse en el presente estudio, demonizar a cierta clase de infractores ¿no volvemos acaso al Derecho penal de autor?[34].

Bibliografía

- ADRIASOLA, Gabriel. "El delito de lavado de activos en Uruguay. Antecedentes, regulación actual y futura", disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/area2/ Lavado.%20Adriasola.pdf.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. "Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha contra el fraude fiscal", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). Temas de Derecho penal tributario, Marcial Pons, Madrid, 2000.

[33] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio, en: Jakobs, Günther & Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, pp. 25-26.

[34] CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿'Derecho penal' del enemigo?", pp. 93-94.

- ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "El abolicionismo en marcha: Nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de América Latina", en: Cahiers de defense sociale, 2003.
- BACIGALUPO, Silvina. Ganancias ilícitas y Derecho penal, Ceura, Madrid, 2002.
- BRAVO CUCCI, Jorge. "Incremento patrimonial no justificado y los fondos de origen ilícito: ¿Presunción o ficción?", disponible en: http://www.idtl.com.br/artigos/182.pdf.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "In-seguridad y lucha contra el terrorismo", en: Losano, Mario & Muñoz Conde, Francisco (Coordinadores), El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio, en: Jakobs, Günther & Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003.
- CARO CORIA, Dino Carlos. "El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Reyna Alfaro, Luis/ Arocena, Gustavo/ Cienfuegos, David (Coords.). La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Jurista, Lima, 2007.
- CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia, Dykinson, Madrid, 2001.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. Consecuencias accesorias de delito y medidas cautelares reales en el proceso penal, Jurista, Lima, 2009.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, tomo II, Grijley, Lima, 2007.

- LUGO VILLAFANA, Wiliam."¿Las 'ganancias' obtenidas por medio de la comisión de delitos están sujetas a 'tributación'?", en: Gaceta penal y procesal penal, Nº 7, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario, traducción de Marcelo Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005.
- PAREDES CASTAÑEDA, Enzo. Los delitos tributarios en el Perú, Cultural Cuzco, Lima, 2007.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. El proceso penal aplicado, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. "El delito de defraudación tributaria", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). Temas de Derecho penal tributario, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SANABRIA ORTIZ, Rubén. Derecho tributario e ilícitos tributarios, cuarta edición, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ- OSTIZ, Pablo. "Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal", en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directora). Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: La postura del Tribunal Constitucional", en: Togas.biz, disponible en: www.togas.biz.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa, Ara Editores, Lima, 2010.
- ZAVALA EGAS, Jorge. Delito Tributario, Kimkos impresores, Lima, 2008.
- ZAVALA EGAZ, Jorge. "El delito de defraudación tributaria", en: Revista Jurídica, Nº 24, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias sociales y políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2008.

La Criminalidad Organizada. Una Aproximación al Derecho Penal Italiano, en Particular la Responsabilidad de las Personas Jurídicas y la Confiscación*

Raúl Carnevali R.
Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca
rcarnevali@utalca.cl

Resumen

El crimen organizado es una de las manifestaciones criminales que se han fortalecido dentro de la economía globalizada. Italia por su experiencia con la mafia, ha desarrollado diversos mecanismos, entre ellos, la responsabilidad del ente y la confiscación, que son medidas dirigidas a prevenir el lucro ilícito, que es lo que motiva a estas organizaciones.

Introducción

La primera dificultad que se presenta al tratar este tema es delimitar el objeto de análisis. En efecto, no resulta fácil precisar qué

* Este trabajo se realizó durante mi período de investigación postdoctoral en el Departamento de Derecho Penal "Cesare Beccaria" de la Universidad de Milán, Italia. Mi estancia fue financiada por Becas Chile y por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Agradezco los comentarios y sugerencias formuladas por el Dr. Francesco Vigan (Universidad de Milán).

se entiende por criminalidad organizada[1]. Justamente, una de sus particularidades es su capacidad para adaptarse a las nuevas realidades sociales, "descubriendo" dónde están sus grietas que permitan actuar. En el pasado, grupos más o menos organizados actuaban en aquellas zonas rurales, en donde el Estado estaba presente sólo formalmente. Así sucedió en los orígenes de la mafia siciliana.

> La expresión *mafia* se empleó por primera vez en 1865 en la relación del prefecto de Palermo Filippo Gualtiero al Ministro del Interior para referirse a una asociación delictiva[2]. En todo caso, en sus orígenes no puede afirmarse sin más que la mafia era una asociación criminal, pues de algún modo se vincula con las particularidades sociales propias de la isla de Sicilia: era una sociedad de orden feudal, donde el poderoso asumía el deber de proteger al débil, y éste hallaba en aquél protección y cuidado. Precisamente estas características fueron aprovechadas por el Estado italiano que se estaba formando, convirtiendo a la mafia en una especie de poder intermedio entre el Estado y la sociedad. En ese momento comenzó a relacionarse con el poder político[3]. Estas estructuras feudales vinculadas con la tierra, muy propia de la *vieja mafia*, empiezan a cambiar a fines del siglo XIX y comienzos del XX con la inmigración siciliana a

---

1 Ya lo planteaba, FIANDACA, Giovanni, "Criminalità organizzata", *L'Indice penale,* 1991, p. 5 y ss.; cfr. además, DI MARTINO, Alberto, "Criminalita organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo", *Diritto penale e processo*, 1, 2007, p. 11 y ss.; INSOLERA, Gaetano, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Boloña, 1996, p. 37; ZAFFARONI, Eugenio, "Il crimine organizzato: una categoria fallita", en Moccia, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 76 y ss.; ROXIN, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", Trad. por Anarte, Enrique, *Revista Penal*, 2, 1998, p. 65. Sosteniendo la artificialidad del discurso, PAVARINI, Massimo, "Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato", en GIOSTRA, Glauco/INSOLERA, Gaetano (ed.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi,* Giuffrè, Milán, 1995, p. 75 y ss.

2 ROMANO, Salvatore, *Storia della mafia*, Mondadori, Verona, 1966, p. 139. Sobre la historia de la mafia siciliana, cfr. también BLOCK, Antón, *The Mafia of a Sicilian Village 1860-1960*, Basil Blackwell, Oxford, 1974, *passim.* Sobre el desarrollo histórico de la *camorra* napolitana, DI FIORE, Gigi, *La camorra e le sue storie*, Utet, Turín, 2005, *passim.* ROVITO, Pier Luigi, "Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici", en MOCCIA, Sergio (ed.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 11 y ss., quien expone las manifestaciones que tienen lugar en Italia ya en el siglo XVI.

3 ROMANO, *Storia*, cit. nota n. 2, p. 158 y ss.

> los Estados Unidos[4].Y es que las posibilidades económicas que ofrecía el país americano eran enormes. Además, el inmigrante siciliano no sólo no perdía su vínculo con su antiguo terruño, sino que además trasladaba sus costumbres, en cuanto a buscar protección con el poderoso, el *don*. De esta forma, se formaron nuevas asociaciones mafiosas en los Estados Unidos, las que siguieron relacionadas con Sicilia. Si bien el fascismo propinó duros golpes a la mafia con el trabajo de Cesare Mori, llamado el "prefecto de acero", se pudo recomponer y reorganizar a finales de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, con el objeto de facilitar el desembarco de las tropas en Sicilia y combatir a los nazis y fascistas, los agentes norteamericanos se contactaron con la mafia americana de origen siciliano —en particular con Lucky Luciano—, quienes facilitaron sus relaciones en la isla. Luego, los aliados americanos ubicaron en cargos políticos de ciudades sicilianas a personas relacionadas con la mafia[5].

Hoy el mundo globalizado ofrece infinitas oportunidades a la criminalidad organizada, pues las mayores facilidades tecnológicas dificultan enormemente su persecución[6]. Precisamente, la participación en un mundo económico "abierto" a través de empresas aparentemente legales, facilita el encubrimiento de sus actividades ilícitas[7].

La criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización. Con ello, no se quiere decir que antes no existían crímenes asociados a organizaciones —basta tener presente el delito de asociación ilícita— sino más bien, que los nuevos tiempos favorecen su conformación.

---

4 Romano, *Storia*, cit. nota n. 2, p. 231, 263 y ss.

5 Romano, *Storia*, cit. nota n. 2, p. 297 y ss.

6 Patalano, Vincenzo, "Profili problematici della corruzione internazionale", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 391 y ss.; Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, p. 61 y ss.

7 Así lo destaca, Baratta, Alessandro, "Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale", en Moccia, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 104-105.

Una de las particularidades de las sociedades modernas es la incidencia que ha tenido la globalización. Hoy ya no se discute que la trascendencia de este fenómeno no se limita a la esfera económica, pues también se puede apreciar en el campo de las comunicaciones gracias a los avances tecnológicos. En este sentido, los Estados han restringido sus limitaciones comerciales, dando lugar a una ampliación de los mercados. Precisamente, en la consecución de este propósito se han impulsado a escala global,una serie de políticas dirigidas a facilitar la libre circulación de determinados factores productivos, como son, por ejemplo, los capitales, las mercancías, las personas y los servicios. En efecto, la mayor libertad, y por ende los menores controles estatales para la circulación de estos factores, brinda enormes espacios de actuación a un tipo de criminalidad[8]. Por lo anterior, en un contexto de esta naturaleza, dicha delincuencia es eminentemente económica. Lo que no impide claro está, que puedan verse afectados otros bienes jurídicos, como sucede, por ejemplo, con el tráfico de personas, de estupefacientes, de armas. No obstante, en estos casos lo que motiva en buena medida a la delincuencia organizada es el lucro[9].

En todo caso, cabe advertir que también se puede estar frente a una criminalidad organizada que persiga fines diversos a los económicos, como sucede con algunas manifestaciones terroristas: el grupo se estructura y persigue fines ideológicos, políticos o incluso religiosos. Sin perjuicio de ello y consciente de su gravedad, *mi atención se dirigirá a la de carácter económico*, que también tiene una importante incidencia en la vida económica y política de los Estados.

Debe tenerse presente que los fenómenos económicos y sociales que tienen lugar por el proceso globalizador,han permitido el surgimiento de nuevas formas de criminalidad, que se caracterizan por su organización, en algunos casos por su transnacionalidad y particularmente, por su gran poder económico. Es en este ámbito, donde debe situarse la llamada criminalidad organizada, cuyas particularidades recién citadas

---

8 LAUDATI, Antonio, "Criminalità organizzata e riciclaggio", en PATALANO, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 219.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° ed.., Civitas, Madrid, 2001, p. 83.

exigen prestarle especial atención. En efecto, que sea organizada, pone de manifiesto que se trata de estructuras con algún grado de jerarquización, que dificultan una investigación criminal, pues en no pocos casos se presentan problemas para determinar la atribución de responsabilidad penal, dada la separación espacio-temporal entre la decisión de los jerarcas y la ejecución del delito[10]. A ello debe sumarse su gran capacidad económica, que les permite incluso, desestabilizar las instituciones políticas de un Estado a través de la corrupción de sus funcionarios[11].

Por otro lado, su carácter transnacional, obstaculiza de manera significativa su persecución, pues se requiere el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional, por medio de políticas homogéneas y de cooperación judicial[12]. Actividades delictivas, como el tráfico de armas, de drogas o de personas, conforman un claro ejemplo de su perfil internacional. Dada esta particularidad es que la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, conocida como Convención de Palermo, se dirige a definir instrumentos que permitan conformar una estrategia común entre los Estados[13].

Justamente, dicha Convención, en su Art. 2, entiende por grupo delictivo organizado: "*grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la*

10 Así lo deja claro, Silva Sánchez, *La expansión*, cit nota n. 9, p. 87.

11 Para un examen amplio de la corrupción y sus consecuencias, Caferra, Vito Marino. *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i* luoghi, Laterza, Roma-Bari, 1992; Patalano, "Profili problematici", cit. nota n. 6, p. 391 y ss.

12 Pisani, Mario, "Criminalità organizzata e cooperazione internazionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 703 y ss.

13 Ver Convención en http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf (visitado el 4 de junio de 2010). Cfr. Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, *passim*; cfr. además, Nunzi, Alfredo, "La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale", en Bassiouni, Cherif M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 213 y ss.; Militello, Vincenzo, "Le strategie di contrasto della criminalità organizzata transnazionale tra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 249 y ss.

presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

Tales particularidades las distinguen de otras manifestaciones criminales, como pueden ser los delitos cometidos por una pluralidad de sujetos. Y es que su especial organización puede erosionar gravemente las instituciones del Estado, poniendo en serio riesgo la estabilidad democrática[14]. En efecto, tales formas de criminalidad no tienen pretensiones políticas, ni buscan alcanzar el poder estatal. Por el contrario, su eficacia radica en actuar en la sombra, como una fuerza omnipresente tras el poder establecido. Para ello emprenden acciones dirigidas a corromper a determinados funcionarios. Probablemente, aquí radica uno de los mayores peligros de la criminalidad organizada, pues deslegitima a las instituciones estatales ante los ciudadanos, generando percepciones de inseguridad pública, quebrantando con ello las bases de un Estado de Derecho. Lamentablemente, varios países latinoamericanos se ven afectados por la criminalidad organizada, debido en parte, a sus debilidades institucionales. Por tal motivo, se torna urgente adoptar medidas para fortalecer las estructuras democráticas y sus medios de control, como una herramienta eficaz, amén de las punitivas, para combatir esta clase de organizaciones criminales.

A este respecto, debe tenerse presente que dado su nivel organizacional, participa muchas veces dentro de la economía lícita, valiéndose de sus instrumentos. Basta citar en el caso del tráfico de drogas, las actividades de lavado de dinero[15]. De manera que buena parte de su éxito se debe a su intromisión dentro del aparato estatal, ya sea por funcionarios corruptos o simplemente, por la ausencia de elementos de control eficaces.

---

14 LAUDATI, "Criminalità organizzata", cit. nota n. 8, p. 217: "El crimen organizado constituye un peligro para las democracias modernas,por la extraordinaria capacidad de acumular enormes riquezas y de contaminar y condicionar las instituciones".

15 CASTALDO, Andrea/NADDEO, Marco, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padua, 2010, *passim*; FEROLA, Laura, *IL riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 19 y ss.; SCIALOJA, Antonio, *Le nuove norme antiriciclaggio. Criminalità organizzata e riciclaggio*, Maggioli editore, Santarangelo di Romagna, 2006, *passim*; CORDERO BLANCO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*. 2° ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, *passim*.

Por cierto, diversas son las actividades en las que participan organizaciones criminales organizadas, las que se ven favorecidas, como se ha señalado, por las condiciones económicas actuales producto de la globalización. Además del tráfico de drogas a que se ha hecho referencia, puede citarse el tráfico de armas, que además aumenta en aquellas regiones donde el crimen organizado impera, pues requieren controlar territorios, desplazando a otras organizaciones. Ello, sin perjuicio de constituirse en fuente de financiamiento para actividades terroristas[16]. También intervienen en el tráfico de personas. Entre las razones que suelen argumentarse para el crecimiento de tan execrable actividad, suele citarse la apertura de los mercados, la mayor facilidad en el transporte y el fuerte crecimiento demográfico. Esto último -de manera sobresaliente en los países africanos y del sudeste asiático-, unido a las mayores brechas económicas, ha generado demanda de fuerza de trabajo, la que se desarrolla en términos de explotación y de nueva esclavitud[17]. Por último, tampoco puede dejarse de lado la llamada cibercriminalidad, considerando el importante número de transacciones en las que se emplean nuevas tecnologías[18].

16 Ver *Convenio Internacional de las Naciones Unidas contra el financiamiento al terrorismo*, en http://www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/Cfinancsp.pdf (consultado el 5 de junio de 2010); Bassiouni, Cherif M., "Strumenti giuridici peri il contrasto del terrorismo internazionale: un'analisi di carattere politico", en Bassiouni, Cherif M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 93 y ss.; Bauccio, Luca, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Giuffrè, Milán, 2005, *passim*; Laudati, "Criminalità organizzata", cit. nota n. 8, p. 217.

17 Cada año ingresan clandestinamente a Europa unas 400.000 personas. Hoy son cerca de 8.000.000 de personas los inmigrantes ilegales dentro de la Unión Europea, es decir, 1 de cada 3 inmigrantes ingresaron clandestinamente. Las mujeres que son objeto de tráfico y luego destinadas a la explotación sexual son casi 2.000.000. En relación a los niños, en Asia cerca de 1.000.000 son explotados sexualmente, y buena parte de ellos se encuentran en Tailandia, conocido paraíso del turismo sexual. Cfr. García Arán, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, *passim*; Pérez Cepeda, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, *passim*; Tinebra, Giovanni/ Centonze, Alessandro (ed.), *Il traffico internazionale di persone*, Giuffrè, Milán, 2004, *passim*.

18 Cfr. Romeo Casabona, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico penales, nuevas respuestas político criminales*, Comares, Granada, 2006, *passim*; Morales García, Oscar (Dir.), *Delincuencia informática: problemas de responsabilidad*, en Cuadernos del Poder Judicial, 9, 2002, *passim*; Ilarda, Giovanni/ Marullo, Gianfranco (ed.), *Cybercrime: conferenza internazionale. La Convenzione*

> El ciberespacio —espacio sin fronteras— ofrece oportunidades maravillosas para la difusión de las ideas y del conocimiento, pero también es campo fértil para la criminalidad dada su especial vulnerabilidad. Así como aumenta la calidad de vida al mismo tiempo crecen los riesgos. Las principales características: a) La red no tiene una estructura jerarquizada que permita establecer sistemas de control,lo que dificulta enormemente la verificación de la información que por allí circula; b) El creciente número de usuarios y la cada vez mayor facilidad de acceso, quienes pueden ser tanto víctimas como autores de delitos. Además, el anonimato de los llamados cibernautas facilita la comisión de delitos y las dificultades de persecución; c) La facilidad para poder acceder a la información y con ello alterar datos, así como destruir sistemas informáticos, sin que los proveedores del servicio puedan hacer algo, y d) La capacidad de generar peligros globales es manifiesta, pues es perfectamente posible el empleo de la red para la comisión de delitos terroristas. La difusión de la información de manera rápida y a bajo costo, permite a las organizaciones delictivas perpetrar delitos con mayor facilidad.

1. El discurso crítico al llamado Derecho penal de la emergencia. ¿Es posible un derecho penal mínimo?

Por todo lo expuesto, si se pretende enfrentar la criminalidad organizada con eficiencia, no puede seguir pensándose en las herramientas propias de un Derecho penal pensado para los problemas del siglo XIX. En efecto, me parece que poco puede hacer un Derecho

del Consiglio d'Europa sulla Criminalità Informatica, Giuffrè, Milán, 2004, *passim*; LUPÁRIA, Luca (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009, *passim*; VULPIANI Domenico, "Criminalità organizzata ed informatica", en PARANO, Carola/CENTONZE, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 187 y ss.; RESTA, Federica, "*Cybercrime* e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura", en *Giurisprudenza di merito*, 9, 2008, p. 2147 y ss.; PICOTTI, Lorenzo, "La ratifica della Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa", *Diritto penale e processo*, 6, 2008, p. 700 y ss.; HERZOG, Felix. "Straftaten im Internet, Computerkriminalität und die Cybercrime Convention", en *Política Criminal*, nº 8, D1, 2009, p. 1 y ss. (www.politicacriminal.cl visitado el 10 de junio de 2010); MOITRA, Soumyo D., "Developing Policies for Cybercrime", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13/3, 2005, p. 435 y ss.

penal construido esencialmente sobre la base del homicidio y de los delitos contra la propiedad como sus ejes centrales. En este sentido, debe reexaminarse si un Derecho de tales características puede enfrentar adecuadamente estos nuevos desafíos[19]. No debe olvidarse que se trata de un Derecho pensado para delitos cometidos por un autor individual, por lo general desamparado socialmente. Dicho en términos simples, el Derecho penal que siempre hemos estudiado tiene, en términos generales, como soporte al delincuente pobre. En cambio, la delincuencia de la globalización comprende otros factores: se trata de agrupaciones, en algunos casos muy poderosas, que cometen delitos de naturaleza económica, pero que pueden repercutir en bienes de otra naturaleza y cuyas actividades pueden poner en serio riesgo la estabilidad democrática de un país, a través de la corrupción de políticos y funcionarios públicos. Asimismo, la criminalidad organizada presenta conexiones cada vez más estrechas, no sólo en el ámbito puramente económico sino también político, que les permite asegurar contratos con la administración pública. Un ejemplo, es el caso del tratamiento de los residuos tóxicos, que genera cuantiosas ganancias —en Italia ya se habla de la Ecomafia—[20].

Por lo anterior, resultan discutibles las propuestas de quienes sostienen el discurso crítico al llamado Derecho penal de la emergencia y de la excepcionalidad. Críticas que provienen principalmente de aquellos que sostienen propuestas político criminales cercanas al denominado *derecho penal mínimo*[21]. La realidad de nuestros tiempos parece demostrar que se trata de un problema creciente que se torna "ordinario" y por tanto que requiere de instrumentos que respondan

---

19 Así lo sostiene, Aleo, Salvatore, "Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 10; Silva Sánchez, *La expansión*, cit. nota n. 9, p. 83 y 99.

20 Plantamura, Vito, "Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 73 y ss.; Lo Monte, Elio, "Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 235 y ss.

21 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y raz*ón. Teoría del *garantismo penal,* Traducido por Andrés Ibáñez, Perfecto *et al.*, Trotta, Madrid, 1995, p. 807 y ss. donde trata el subsistema penal de excepción.

eficientemente[22]. No puede sostenerse que toda intervención en esta área nos lleva a un Derecho penal autoritario[23].

> En la línea del discurso *mínimo* Ferrajoli se manifiesta crítico con los delitos asociativos, estimando que es suficiente para abordarlos los delitos-objeto a cuya realización se habría conformado la asociación. Al respecto, señala: "De ahí se sigue que para el derecho no deben existir delincuentes políticos sino sólo delincuentes comunes: en el doble sentido en el que ningún hecho no contemplado como delito común debe ser penalizado por razón exclusiva de su carácter «objetivamente político» y ningún delito debe ser tratado de forma distinta que los demás por razón del carácter «subjetivamente político» de sus motivaciones. En el primer aspecto, toda penalización a título de delito «político» termina en la tutela excesivamente anticipada de figuras de peligro abstracto o presunto en contradicción con el principio de lesividad o, incluso, como ocurre en los delitos asociativos, en una duplicación de la responsabilidad penal ya afirmada en los delitos comunes, como la tenencia de armas, los actos de violencia consumados o intentados o el concurso en su comisión o preparación."[24].

---

22 ALEO, Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 2-5.

23 ZAFFARONI, "Il crimine organizzato", cit. nota n. 1, p. 84 y ss.; MOCCIA, Sergio, "Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale", en MOCCIA, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 149 y ss.

24 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n. 21, p. 832-833. En p. 833: "La misma argumentación vale también, evidentemente, para las demás figuras de delitos y de delincuentes especiales, igualmente reconducibles a fenomenologías criminales globales -el bandidaje, la mafia, la camorra- y, por lo demás, ni siquiera caracterizadas por una especificidad en abstracto de los bienes jurídicos protegidos. También la expulsión del derecho penal de tales tipologías de autor, responde a una garantía de seguridad contra las perversiones sustancialistas e inquisitivas, además de una elemental exigencia de igualdad. Se trata, en efecto, de figuras informadas por el paradigma constitutivo y, por tanto, contrarias al carácter exclusivamente regulativo que deben tener las normas penales. Naturalmente, también en estos casos, la naturaleza mafiosa o camorrista de un delito puede considerarse como un rasgo particularmente grave en el momento de la comprensión y la valoración equitativa del hecho. Pero ni siquiera en estos casos se justifican figuras de delito especial, como lo es típicamente, en nuestro ordenamiento, la asociación de tipo mafioso prevista por el art. 416 *bis* del código penal en lugar de la normal avocación

La postura de Ferrajoli parece desconocer los riesgos manifiestos que representan las organizaciones criminales, independiente de si cometen o no los delitos-objeto, pues en muchos casos su sola conformación representa un peligro que no se puede desconocer. Como señalan Marinucci y Dolcini no son pocos los casos en que la organización ni siquiera requiere cometer delitos: ya es suficiente la intimidación que su presencia genera para lograr su propósito[25]. Esperar que tales delitos se verifiquen supone, inexplicablemente, renunciar a importantes herramientas para combatir manifestaciones de la criminalidad organizada. Se otorgarían enormes espacios de libertad que contaminarían la vida económica y política de un país[26].

Parece evidente que conductas como las propias de la criminalidad organizada, requieren de herramientas eficaces y ello se logra sólo a través de una intervención penal oportuna, sin que sea necesario esperar estar frente a actos de ejecución de los delitos-objeto. Afirmar lo contrario, tornaría inútil cualquier medida preventiva. Lo expuesto podría inscribirse dentro de la llamada "teoría de la anticipación". En efecto, los delitos de organización suponen que se está frente a dimensiones institucionales que favorecen la comisión de delitos dentro de su contexto. En consecuencia, las sanciones de que se disponen para actos vinculados a la organización, se justificarían sobre la base de anticipar la protección de bienes jurídicos que se verían afectados por la comisión de los delitos fines de la organización[27]. Es decir, dado el

para delinquir. También la mafia, como el terrorismo, debe y puede ser afrontada con los medios penales ordinarios".

25 Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 817 (traducción al español de Raúl Carnevali en *Revista de derecho penal y criminología*, n° 9, 2002, p. 147 y ss.). Precisamente, el art. 416 *bis* del Código penal italiano al tipificar el delito de asociación de tipo mafioso, se comprende el aprovechamiento de su fuerza intimidatoria. Sobre esto último, Spagnolo, Giuseppe, *L'associazione di tipo mafioso*, 5° ed., Cedam, Padua, 1997, p. 49 y ss.; de Liguori, Luigi, "La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso", en *Cassazione Penale*, 1988, p. 1609 y ss.

26 Marinucci/Dolcini, "Diritto penale", cit. nota n. 25, p. 817. La respuesta a este artículo en Ferrajoli, Luigi, "Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)", en *Foro italiano*, Parte Quinta, 2000, p. 126 y ss.

27 Así lo expone, Silva Sánchez, Jesús María, "La «*intervención a través de organización*» ¿una forma moderna de participación en el delito?, en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. II, Giuffrè, Milán, 2006, p.

incremento de peligrosidad que representa la organización, es que se justificaría adelantar la intervención punitiva[28].

Una cosa es defender principios básicos como *ultima ratio* —nadie discute su trascendencia—, pero ello no puede hacerse sobre la base de renunciar *a priori* al Derecho penal o a una mayor intensidad de éste, argumentando como lo hacen los defensores del llamado derecho penal mínimo, de que toda manifestación expansiva es perniciosa y antigarantista[29]. No siempre será una decisión errada *huir al Derecho penal*, si la protección de determinados intereses individuales o colectivos así lo justifica[30].

2. Características esenciales de la criminalidad organizada

Precisamente, en los últimos veinte años se vienen sucediendo una serie de instrumentos normativos internacionales, que ponen de manifiesto la especial preocupación que existe sobre el tema[31]. En la esfera de las Naciones Unidas comenzó a tratarse este tema a través del llamado Plan Mundial de acción de Nápoles contra la delincuencia organizada transnacional de 1994, que luego fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de diciembre de 1994[32]. Más adelante, tras una serie de reuniones y seminarios internacionales se aprobó en 2000 la Convención de Palermo, ya mencionada *supra*,

1880; cfr. además, DE VERO, Giancarlo, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán,1988, p. 256 y ss.

28 En estos términos se expresa, CANCIO MELIÁ, Manuel, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, p. 389-390.

29 Así lo cree, ZAFFARONI, "Il crimine organizzato", cit. nota n. 1, p. 85 y ss. Al respecto, MARINUCCI/DOLCINI, "Diritto penale", cit. nota n. 25, p. 819-820.

30 CARNEVALI, Raúl, "Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional", en CARNEVALI, Raúl, *Problemas de pol*ítica criminal y otros estudios, LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 3 y ss.

31 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 48 y ss.; NUNZI, "La convenzione", cit. nota n. 13, p. 213 y ss.

32 Ver http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/54/PDF/N9576954.pdf?OpenElement (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. MICHELINI, Gualtiero/POLIMENI, Gioacchino, "Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazione Unite contro il crimine organizzato transnazionale", en ROSI, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 8 y ss.

la que contiene importantes disposiciones. En efecto, amén de la definición de *grupo organizado*, se dispone, entre otras medidas, la responsabilidad de las personas jurídicas —art. 10— y el decomiso o confiscación —art. 12—. Precisamente, estas dos medidas serán abordadas más adelante, pues constituyen importantes instrumentos para enfrentar la delincuencia organizada de carácter económico.

Así también, la Unión Europea ha manifestado especial atención al fenómeno que se examina. Es así que el Tratado de Ámsterdam, en el título VI sobre Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se hacía referencia a la criminalidad organizada y la necesidad de establecer en este contexto acciones comunes. Justamente, en este marco se sitúa la Acción Común 1998/733/JAI para la tipificación penal de la participación en una organización delictiva[33]. Allí también se insistía en la necesidad de que los ordenamientos nacionales regularan la responsabilidad, incluso penal de las personas jurídicas —art. 3—. Diez años después, se acuerda la Decisión Marco 2008/841/JAI sobre lucha contra la criminalidad organizada[34], dispuesta para lograr una adecuada armonización de las legislaciones de los Estados miembros[35]. Al igual que en los instrumentos anteriores, se reitera la necesidad de disponer de medidas para responsabilizar a las personas jurídicas —art. 5 y 6—.

---

[33] Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:ES:HTML (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. Peccioli, Annamaria, *Unione Europea e criminalità transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2005, p. 131 y ss.; D'Amato, Antonio, "La cooperazione internazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Dalle rogatorie alle squadre investigative comuni in attuazione dei principi del "terzo pilastro" del Tratatto sull'Unione Europea", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 119; Salazar, Lorenzo, "Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione Europea", en Bassiouni, Cherif M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, p.128 y ss.

[34] Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF (consultado el 12 de junio de 2010).

[35] Fornasari, Gabriele, "Le strategie di contrasto alla criminalità orgnizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale", en Fornasari, Gabriele (ed.), Le *strategie di contrasto alla criminalità orgnizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2002, p. 173 y ss.

> También se pueden citar, aunque relacionadas con el terrorismo, la Decisión Marco 2002/475/JAI[36], luego modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI[37], pues dispone de normas relativas a organizaciones terroristas y qué se entiende por tales y sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

Si bien, como se ha dicho, se presentan ciertas dificultades para delimitar un concepto de criminalidad organizada, sí es posible precisar sus entornos considerando sus rasgos más característicos, algunos ya mencionados supra[38]. Precisamente, la determinación de sus elementos esenciales facilita la armonización de las legislaciones nacionales, que es uno de los caminos más eficaces para poder enfrentar la criminalidad organizada, sobre todo tomando en cuenta que algunos casos tienen un carácter transnacional[39].

Es cierto que sus presupuestos más elementales también pueden encontrarse en el delito de asociación ilícita, pero no son lo mismo y por tanto no deben confundirse. Como se ha expuesto *supra*, la mayor peligrosidad que representan estas clases de organizaciones, justifica la determinación de particulares medidas preventivas y sancionatorias[40].

Que se hable de "organizada", pone de manifiesto que se está frente a ciertas estructuras que ofrecen una disposición jerárquica

---

36 Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF (consultado el 12 de junio de 2010).

37 Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:ES:PDF (consultado el 12 de junio de 2010).

38 Para conocer el desarrollo histórico del crimen organizado en diversos países europeos, Fijnaut, Cyrille/Paoli, Letizia (ed.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond,* Springer, Dordrecht, 2006, p. 21 y ss.; cfr. Cohen, A. K., "The concept od criminal organization", en *British Journal of Criminology*, Vol. 17, 1977, p. 97 y ss.

39 La Europol, en el documento Enfopol 161-REV-3, ha determinado 11 supuestos para determinar que se está frente a delitos comprendidos dentro de la criminalidad organizada: a) más de dos personas; b) distribuciones de funciones; c) permanencia; d) control interno; e) sospecha de comisión de un delito grave; f) actividad internacional; g) violencia; h) uso de estructuras comerciales o de negocios; i) blanqueo de capitales; j) presión al poder público, y k) ánimo de lucro. Así lo expone, Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 58; Gutiérrez Rodríguez, Marceliano, **"**La delincuencia organizada**", en** VVAA. *Iurisperitorum digesta*, VOL. I, EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, SALAMANCA, 2000, P. 283.

40 Así lo sostiene, Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 58.

de distribución de funciones, ya sea que se manifiesten en empresas "lícitas" —por ejemplo, una sociedad de importación que sirve también para el tráfico ilícito de estupefacientes— o en composiciones directamente criminales[41]. En este contexto, se pone de manifiesto que quienes participan en la organización persiguen fines que son comunes; es decir, toda la estructura jerárquica, la división de actividades, la distribución de las funciones apuntan a la consecución de determinados fines ilícitos, los que, atendiendo *la clase de criminalidad organizada que estamos examinando*, son, en definitiva, de carácter lucrativo. Ahora bien, para lograr aquello pueden a su vez realizarse numerosas actividades, algunas de ellas pueden ser incluso lícitas —así, conformación de empresas—, como así también otras claramente ilícitas —por ejemplo, intimidar, corromper—. Pero el objetivo final, reitero, es el lucro de carácter ilícito[42]. En este sentido, no cabe exigir de la organización criminal un programa determinado; por el contrario, es perfectamente posible sostener cierta indeterminación al menos parcial, pues considerando su complejidad es preferible establecer un marco más general que permita mayores espacios para la adopción de medidas preventivas. En todo caso, ello no impide al menos exigir que su estructura tenga la capacidad de cometer *delitos graves*[43]. En definitiva, la organización debe ser lo suficientemente idónea para cometer delitos, si bien no expresamente determinados, sí *determinables* conforme al contexto en que esta se desarrolla[44].

---

41 Silva Sánchez, *La expansión*, cit .nota n. 9, p. 87; Ziffer, Patricia, *El delito de asociación ilícita*,. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 67 y ss.; Aleo, "Criminalità transnazionale", cit. nota n. 19, p. 15-16.

42 Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 128; Fernández Cruz, José Ángel, "La "empresa criminal": Los "delitos de comercio" ilícito como factor de aparición del fenómeno del "blanqueo de capitales" ", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 5, 2002, p. 90; Szczaransky, Clara, "El Consejo de Defensa del Estado y el control de la criminalidad organizada y del lavado de dinero", en Politoff, Sergio/ Matus, Jean Pierre (coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000, p. 48-52.

43 Expresamente lo señala la Convención de Palermo, entendiendo por delito grave: "Art. 2 b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave".

44 Cavaliere. Antonio, "Tipicità ed offesa nei reati associativi", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 86; Aleo, Salvatore, "Associazione, organizzazione, concorso esterno", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 180.

Asimismo, debe tratarse de una estructura organizativa que tenga un carácter permanente —lo exige también la Convención de Palermo—, a fin de evitar confusiones con otras actividades delictivas de carácter plural, como pueden ser los casos de coautoría[45]. Una exigencia de esta naturaleza explica el porqué estas organizaciones disponen de ciertos códigos de actuación a la que se someten sus integrantes: es la forma de asegurar su permanencia y proyección en el tiempo. No debe olvidarse que al tratarse de organizaciones delictivas, no pocos de sus integrantes conocen ciertas informaciones que no pueden ser desveladas. Por ello no es extraño que se establezcan ritos de iniciación y un fiel cumplimiento a la ley de silencio —como puede ser *l'omertà*, comprendida en el art. 416 *bis* del Código penal italiano—[46].

El otro elemento a considerar es la transnacionalidad. Si bien no es un elemento esencial, sí está presente en algunas asociaciones criminales. Es por ello que las convenciones internacionales precedentemente citadas ponen de manifiesto tal característica, a fin de disponer de medidas comunes que permitan enfrentar a la criminalidad organizada con eficacia, sobre todo teniendo en consideración las mayores facilidades que brinda una economía globalizada[47].

La Convención de Palermo establece en su art. 3 cuándo el delito se entiende transnacional:

"a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo

45 CARNEVALI, Raúl/FUENTES, Hernán, "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000", en *Política Criminal*, 6, D1, 2008, p. 8. (www.politicacriminal.cl consultado el 14 de junio de 2010).

46 *Omertà* es un suerte de solidaridad, interna y externa, que por una parte garantiza protección a la organización y por otro se traduce en una impermeabilidad de todo lo que rodea a la organización. Constituye una práctica que pone de manifiesto total incondicionalidad al grupo y a sus reglas, como asimismo rechazo al ordenamiento jurídico estatal. Cfr. DE LIGUORI, "La struttura normativa", cit. nota n. 25, p. 1612; BECCHI, Ada/REY, Guido M., *L'economia criminale,* Laterza, Bari, 1994, p. 62, señalan que los riesgos evidentes que comportan actividades de esta naturaleza exigen una particular fidelidad de sus miembros.

47 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota n. 9, p. 88.

delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado".

Con esta norma se pretende disponer de una base mínima que agilice la cooperación entre los Estados y con ello facilitar la persecución de los delitos que se cometan en este ámbito. Es indudable que si hoy los mercados no presentan límites, se incentiva la libre circulación de capitales, personas, mercaderías y servicios, los medios de comunicación y el ciberespacio actúan sin *reconocer* soberanías nacionales, entregar la persecución de la criminalidad organizada —que precisamente se ha desarrollado enormemente en este marco— a la decisión unilateral de cada Estado, no tiene sentido alguno y resulta completamente ineficaz[48]. Por lo demás, la transnacionalidad del Derecho penal tampoco debe extrañar. Desde hace muchos años se viene transitando por este camino, difuminando cada vez más el principio de territorialidad. Sin ir más lejos, basta apreciar el proceso de integración europea, donde ya se habla en sentido amplio de un Derecho penal de la Unión Europea[49], como asimismo, el desarrollo

[48] Cfr. Rosi, Elisabetta, "Il reato transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 67 y ss.; di Martino, "Criminalita organizzata", cit. nota n. 1, p. 16 y ss.; Laudati, Antonio, "I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea", en *Diritto penale e processo*, 4, 2006, p. 401 y ss.; Vigna, Piero Luigi, "Le nuove sfide della criminalità organizzata", en Becucci, Stefano/Massari, Monica, *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, Edizioni di Comunità, Turín, 2001, p. 187 y ss.; Militello, Vincenzo/Paoli, Letizia/Arnold, Jörg (ed.), *Il crimine orgnizzato come fenomeno internazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Ed. Iuscrim, Max Planck Institut, Friburgo, 2000, *passim.*

[49] Conforme al Tratado de Lisboa desaparece la distinción de los pilares. Por tanto, ya no es posible argumentar, para determinar la esfera de actuación en materia penal, entre las áreas de integración o de cooperación. En términos muy generales, el nuevo Tratado introduce todo un Capítulo relativo a la Cooperación judicial en materia penal —art. 69 A a 69 E—. En él se dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán a través de directivas adoptadas conforme procedimiento legislativo ordinario —de codecisión—, establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. Entre estos ámbitos delictivos se comprenden: el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, y la delincuencia organizada. Asimismo, se contempla la creación de una Fiscalía Europea, a partir de Eurojust, para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Competencia que se puede

de los principios de primacía y complementariedad en el Derecho penal internacional[50].

3. ALGUNAS MEDIDAS PARA ENFRENTAR LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, EN ESPECIAL LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN. LA EXPERIENCIA ITALIANA

3.1. Consideraciones preliminares

Atendiendo que mi análisis se centra en la llamada criminalidad organizada de carácter económico y no en aquella que persigue fines ideológicos o políticos —aunque ciertamente pueden concurrir ambos— es que examinaré aquellas herramientas que, precisamente, apuntan en esa dirección; esto es, qué medidas pueden ser eficaces para prevenir el lucro ilícito. Como se apuntó *supra*, lo que motiva a la criminalidad organizada es obtener el máximo de beneficio económico. Toda su estructura organizativa apunta hacia ello, por lo que aprovechan todos los espacios que las legislaciones nacionales pueden ofrecer. Por tanto las medidas que se dispongan deben golpear el "brazo económico" de la organización criminal, que puede llegar a ser tan peligroso como el "brazo armado"[51].

---

ampliar, si el Consejo Europeo así lo determina. Cfr. SOTIS, Carlo, "La novità in tema di diritto penale europeo", en BILANCIA, Paola/D'AMICO, Marilisa (ed.), *La nuova Europa dopo il Tratatto di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, p. 145 y ss.; DE FRANCESCO, Giovannangelo, "Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali", en *Diritto penale e processo*, 1, 2003, p. 5 y ss.

50 El principio de primacía se ha aplicado para determinar la competencia de los llamados tribunales penales internacionales *ad hoc* —así, para la ex Yugoslavia e Ruanda— y el de complementariedad respecto de la Corte Penal Internacional. Cfr. EL ZEIDY, Mohamed M., "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, 2001-2002, p. 881 y ss.; BROWN, Bartram, "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", en *The Yale Journal of International Law*, Vol 23, 1998, p. 394 y ss.; STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 74 y ss.

51 Con estos términos, CORVI, Angela, "Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni ammnistrative", en MAZZA, Oliviero/VIGANÒ, Francesco (ed.), *Il "pachetto" sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009, p. 375.

Por lo anterior analizaré dos instrumentos dispuestos en el ordenamiento italiano que tienen un claro "sentido económico", a saber, la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. Que mi mirada se dirija a la legislación italiana obedece a la perenne presencia —como en ningún otro país europeo— del crimen organizado en la vida económica y política de Italia. Por largo tiempo ha sufrido la violencia de las diversas formas de mafia. Asimismo, la sociedad italiana fue testigo, durante la década del noventa, de importantes casos de corrupción —campaña llamada "Manos limpias—, tanto pública como privada, en las que se vieron involucradas connotadas autoridades, algunas de ellas acusadas de connivencia con la mafia. Parece importante pues, estudiar la experiencia italiana y cuáles son las medidas necesarias para enfrentar la criminalidad organizada.

Si bien es cierto, la responsabilidad de las personas jurídicas fue introducida en la legislación italiana en 2001 —Decreto Legislativo n. 231—, respecto de un reducido número de delitos, con los años este elenco se ha ido ampliando. Es así, que en 2006, conforme a la Ley n. 146, concretamente el art. 10, se extendió la responsabilidad del ente a los delitos asociativos, entre los que se encuentra el delito de asociación de tipo mafioso del art. 416 *bis* del Código penal italiano, dando cumplimiento con ello a la Convención de Palermo contra el crimen organizado internacional[52]. Sin embargo, pronto, la doctrina se percató que la ley n. 146 de 2006 cumplía parcialmente el mandato dispuesto en la Convención de Palermo, pues sólo se hacía cargo de los delitos transnacionales, mas no de aquellos casos en que el ente estuviera vinculado a un grupo criminal "interno"[53]. Por lo anterior y a fin de evitar tal laguna legislativa, la ley n. 94 de 15 de julio de 2009 —conocida como *il "pacchetto" sicurezza*— introdujo el art 24

[52] Astrologo, Annamaria, "Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. n. 146/2006", en *Cassazione Penale*, 4, 2007, p. 1789 y ss.; di Martino, "Criminalita organizzata", cit. nota n. 1, p. 11 y ss.; Marenghi, Francesco, "La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 259 y ss.

[53] Así lo destacan, D'Amato, Antonio, "Art. 10 l. 16 marzo 2006, n. 146", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 307; Corvi, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 366.

ter al Decreto Legislativo n. 231 relativo a los delitos de criminalidad organizada. De este modo, también se dio cumplimiento a la ya citada Decisión Marco 2008/841/JAI de la Unión Europea sobre lucha contra la criminalidad organizada.

Por su parte, la confiscación ha sido muy utilizada en esta esfera, tanto como medida preventiva como sancionatoria. Entre las diversas formas de confiscación se comprende la llamada confiscación ampliada —*confisca allargata*—, dispuesta especialmente para luchar contra la criminalidad organizada. Ya no sólo se apunta, como es tradicional, a los bienes provenientes del delito o a aquellos de valor equivalente —otros bienes de valor similar— sino a todos aquellos bienes respecto de los cuales se tiene serias sospechas de su origen ilícito, dada la desproporción que se presenta con los ingresos; es decir, tiene lugar una incongruencia entre la posesión de estos bienes y los ingresos declarados.

3.2. Otras medidas de carácter penal y extrapenal

Además de las ya señaladas —que se abordarán *infra*—, también existen otras herramientas de naturaleza penal para enfrentar la criminalidad organizada. En este sentido, las *delitos asociativos* han jugado un papel preponderante, pues considerando su función de tutela anticipada, permiten sancionar la integración en la estructura organizativa de la asociación criminal, sin tener que acreditar la comisión de aquellos delitos que forman parte del programa criminal. Cabe destacar, entre los tipos específicos contemplados en el ordenamiento italiano, el art. 416 del Código penal —asociación para delinquir—; art. 416 *bis* del Código penal —asociación de tipo mafioso—; art. 74 del Decreto del Presidente de la República n. 309 de 9 de octubre de 1990 —asociación para el tráfico ilícito de estupefacientes —; art. 270 *bis* del Código penal —asociación con finalidades terroristas—. Asimismo, se ha prestado especial atención a los delitos que en esta esfera se cometen, como son los delitos de corrupción, de tráfico de personas, blanqueo de capitales, sólo por citar algunos.

En materia procesal y particularmente desde la perspectiva investigativa, se dispone de órganos dedicados exclusivamente a la persecución de esta clase de actividades. En Italia está la *Dirección Nacional Antimafia y el Procurador Nacional Antimafia* —art. 371 *bis* del Código Procesal Penal—[54].

El papel de la *Dirección Nacional Antimafia* es la coordinación investigativa en materia de criminalidad organizada, tanto nacional como internacional. Se compone del Procurador Nacional y de veinte magistrados del Ministerio Público —en Italia no hay separación entre magistrados y Ministerio Público, forman parte del Poder Judicial.

A su vez están las *Direcciones Distritales Antimafia*, veintiséis en todo el país, que son las que investigan y la Dirección investigativa antimafia que depende del Ministerio del Interior, y en la que forman parte la Policía del Estado, Carabineros y la Guardia de Finanzas, está encargada de coordinar la investigación preventiva de las actividades del crimen organizado y realizar las indagaciones propias de la policía judicial.

Todas las actividades emprendidas por estos organismos tienen como eje central: la centralización y la especialización. Es la única forma de enfrentar adecuadamente determinadas estructuras organizativas de orden criminal. Además, en el plano internacional su trabajo se coordina con otras instituciones policiales y judiciales. La dimensión transnacional a la que tanto se ha aludido, deja más que en evidencia la necesidad de una coordinación de esta naturaleza. Justamente, los instrumentos internacionales pretenden alcanzar la adecuada armonización legislativa entre las naciones, entendiendo que la existencia de "paraísos penales" o tratamientos penales diversos, puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que se quiera adoptar.

[54] Cfr. Teresi, Renato, *Direzione nazionale e Direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, Milán, 1993, *passim*; Ferrajoli, Luigi., "Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata", en Corso, Piermaria/Insolera, Gaetano/Stortoni, Luigi (coord.), *Mafia e criminalità organizzata.* T. II, Utet, Turín, 1995, p. 429 y ss.; Laudati, Antonio, "Il coordinamento delle indagini nel crimine organizzato transnazionale. Il ruolo della Direzione nazionale antimafia alla luce dei coordinamenti in sede europea", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 373 y ss.

Es el caso de los llamados paraísos fiscales, en donde se ofrecen cuentas bancarias *offshore* —privacidad, secreto bancario, baja o nula tributación— que pueden dificultar enormemente las investigaciones acerca del origen del dinero. Lo llamativo que es varios países europeos permiten abrir cuentas bancarias *offshore* —Reino Unido y Suiza, entre otros—[55].

En sede procesal y penitenciaria se han dispuesto las llamadas *medidas premiales*, esto es, toda una serie de instrumentos que se aplican a quienes colaboran de manera relevante con la justicia —*pentiti*—[56]. Estos han mostrado ser eficaces en la lucha contra las asociaciones mafiosas, tomando en cuenta el especial papel que aquí le cabe a *l'omertà*, o ley del silencio: una especie de reglas de solidaridad entre sus miembros, que torna impermeable a la asociación —para sus integrantes son más importantes las normas de la asociación que las del Estado—. Asimismo, estas medidas cumplieron una relevante función en el desmantelamiento de uno de los grupos terroristas más violentos que asolaron Italia durantes los setenta y ochenta, como fueron las *Brigadas Rojas*. Pues bien, entre las medidas se disponen: la protección a los colaboradores, la rebaja de penas, como así también excepciones a los colaboradores para que puedan disfrutar de medidas alternativas a la pena — art. 4 *bis*, 58 *ter* del ordenamiento penitenciario—.

Es cierto que medidas de esta naturaleza pueden generar riesgos desde la perspectiva de la información que se entrega, pues con el propósito de obtener beneficios, ésta puede ser tergiversada. Pero ello es un riesgo inherente a toda colaboración con la justicia, la que debe ser contrastada con otros antecedentes que obren en poder del Ministerio Público o del juez en su caso. El sistema procesal cuenta con herramientas que le permiten confrontar los dichos del colaborador. Tampoco me parece razonable plantear su rechazo desde una perspectiva

---

55 Para conocer las diversas legislaciones, GRUNDI, Milton/APARNA, Nathan, *Offshore Business Centres: A world Survey*, 8° ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008, *passim*.

56 BERNASCONI, Alessandro, *La collaborazzione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 79 y ss.; MUSCO, Enzo, "Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas". Trad. por Sánchez, Virginia, en *Revista* Penal, 2, 1998, p. 35 y ss.

ética, argumentándose que se trata de una práctica deleznable en la que no puede incurrir un Estado de Derecho. Por de pronto, las legislaciones de los Estados más democráticos contemplan medidas de esta naturaleza. Es indudable que tienen un carácter eminentemente utilitarista, pues en definitiva lo que pretende es prevenir delitos de especial gravedad "premiando" a quienes colaboran. Si la finalidad del Derecho penal es la prevención de delitos, debe recurrir a instrumentos que tengan un menor costo social. Es preferible que el Estado renuncie a parte de la pena u otorgue beneficios —costo— si con ello previene futuros delitos —beneficio—. Por otra parte, no debe olvidarse que puede lograse un beneficio adicional, a saber, la reinserción de los arrepentidos o *pentiti*.

En cuanto a las medidas de *carácter extrapenal* que se han dispuesto en el ordenamiento italiano, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes:

a) La exclusión en la participación en los contratos públicos de concesión o suministros de servicios de aquellos empresarios que no han denunciado a la autoridad judicial, hechos de concusión o de extorsión cometidos a través de métodos mafioso o para facilitar la actividad de una organización de tipo mafioso, y que por ello no ha podido participar en el concurso público de concesiones de contratos públicos —art. 38 letra m *ter* del Decreto Legislativo n.163 de 2006 (llamado Código de contratos públicos)—. Se aplica para aquello casos en que el empresario con su conducta, si bien no ha cometido un delito de favorecimiento personal —art. 378 del Código penal italiano—, tampoco se halla bajo una eximente —así, estado de necesidad—[57]. Se refiere a casos en que si bien una sanción penal puede resultar excesiva, sí en cambio puede constituir un efectivo disuasivo de aquellas conductas de carácter mafioso y a su vez, un incentivo para colaborar con la autoridad al eliminar de la competencia aquellas empresas

[57] Viganò, Francesco, "Mafia e imprenditori: una decisione coraggiosa in tema di stato di necessità", en *Diritto penale e processo*, 10, 2004, p. 1251 y ss. da cuenta del caso de un empresario que fue víctima de una tentativa de extorsión por parte de miembros de una organización mafiosa y que por efecto de las amenazas ocultó información a la policía. Se resolvió eximirlo por concurrir un estado de necesidad.

que nada hacen al respecto[58]. Se trata de medidas dirigidas a evitar el peligro cierto de que organizaciones criminales tomen el control de las concesiones públicas —en el art. 416 *bis* del Código punitivo que tipifica el delito de asociación de tipo mafioso hace expresa mención—.

b) La otra medida apunta a los gestores de agencias que prestan servicios de transferencia de dinero —los llamados *money transfer*—. Es un mecanismo muy utilizado por ciudadanos extracomunitarios, pues no se requiere ser titular de una cuenta bancaria,ni poseer una tarjeta de crédito y el trámite es muy simple: basta poseer un documento de identidad, entregar la suma de dinero que será transferida y los datos del destinatario. Por tal motivo, se puede prestar a ser empleada por la criminalidad organizada, a fin de reciclar dinero de origen ilícito. Precisamente, el Decreto Legislativo n. 231 de 2007 —que actúa la Directiva 2005/60/CE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero, con el propósito de reciclar lo que proviene de actividades criminales y de financiamiento del terrorismo— dispone de una serie de requisitos que deben cumplir tales agencias a fin de evitar tal propósito[59]. Entre ellas: a) informar de operaciones frecuentes; b) si bien ocasionales, pero de sumas igual o superiores a 15.000 euros; c) cualquier suma transferida, pero de la que hay sospecha de reciclaje o financiamiento del terrorismo; d) hay dudas sobre la información proporcionada por el cliente. Toda esta información debe ser entregada a la *Unità di informazione finanziaria per l'Italia* (UIF), que le corresponde la tarea de "vigilar" el sistema financiero italiano.

Si bien se trata de una medida altamente positiva, ofrece importantes vacíos. Por de pronto, no se aplica a los ciudadanos italianos, a los comunitarios y tampoco a los que poseen un permiso de residencia. En definitiva, sólo se dirige a los extracomunitarios sin permiso, por lo que parece más una medida contra la inmigración clandestina que a perseguir el reciclaje. Sin embargo, lo más curioso es que se trata de una clásica norma que tiene un efecto criminógeno evidente. Los

58 Así lo estima, CORVI, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 350.

59 Al respecto, PISTORELLI, Luca, "La normativa antiriciclaggio introdotta dal d. Lg. 21 novembre 2007, N. 231", en *Giurisprudenza di merito*, 10, 2008, p. 2468 y ss.; CORVI, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 358 y ss.

inmigrantes ilegales recurrirán a vías clandestinas para enviar dinero a sus familiares, abriéndose de esta forma un nuevo negocio para la criminalidad organizada, que sí dispone de medios para materializar con éxito este "negocio". Además, los riesgos son mínimos, pues sus clientes son inmigrantes ilegales, quienes difícilmente denunciarán a la autoridad tal práctica, si ello le significa dar a conocer su calidad de clandestino[60].

Por último, tampoco se puede dejar de considerar la existencia de ciertos factores sociales —así, la pobreza, la marginalidad— y culturales —corrupción, democracias poco sólidas— que favorecen el desarrollo de la criminalidad organizada. Por tanto, si se pretende enfrentarla seriamente, deben ser considerados. Aún cuando ambos factores se pueden apreciar en conjunto, los expondré por separado a fin de facilitar la exposición[61].

Ya se comentó como una de las grandes consecuencias de la globalización, es que no sólo ha surgido una especie de *macro-criminalidad transnacional*, asociada, entre otras actividades delictivas, al blanqueo de capitales, al tráfico de armas y de drogas, es decir, una criminalidad de tipo económica. Sin embargo, también el mayor movimiento de capitales y personas, ha ido generando una especie de *micro-criminalidad*. Es así, que los flujos migratorios, generalmente ilegales y de personas pobres, dan lugar, entre otros sucesos, a explotación laboral, a la prostitución, microtráfico, conformando bolsones de pobreza, gérmenes de marginalidad[62]. Precisamente, son estos "nuevos pobres" o mejor dicho, personas que buscando nuevos horizontes, continuarán, en definitiva, manteniendo su condición, sirviendo a estas organizaciones, ya sea para cometer delitos —violencia, tráfico de drogas— o ser objeto de delitos —explotación laboral, sexual, tráfico de órganos—[63].

---

60 Con los mismos términos, Corvi, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 362.

61 Así también lo entiende, Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 104.

62 Silva Sánchez, *La expansión*, cit. nota n. 9, p. 83; Giasanti, Alberto, "Marginalità sociale, periferie urbane, *racket*", en Bandini, Tullio/Lagazzi, Marco/Marugo, Maria Ida (ed.), *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Giuffrè, Milán,, 1993, p. 165 y ss.

63 Al respecto, García Arán, (coord.). *Trata de personas*, cit. nota n. 17, p. 141.

> La Convención de Palermo se hace cargo de esta cuestión, señalando la necesidad de adoptar medidas de prevención para abordar la pobreza y la marginalidad, pues son factores de los que se aprovecha el crimen organizado. Precisamente, el art. 15. 3 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* —Convención de Palermo— señala: "Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo". Asimismo, el art. 9. 4 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la misma Convención* dispone: "Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata".

Como se destacó *supra*, la criminalidad organizada crece y se desarrolla en países donde sus instituciones democráticas son poco sólidas, como es el caso de algunos países de América Latina[64]. En dicha región se aprecia una permanente inestabilidad política, constantes casos de corrupción donde se ven involucrados, incluso, altos representantes del gobierno. Todo ello genera una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía hacia las autoridades, pues en no pocos casos no son sancionados, percibiéndose una especie de cultura de la impunidad. Pues bien, si a la debilidad del Estado de Derecho se le agrega la perenne desigualdad social imperante, el escaso respeto

[64] Rojas Aravena, Francisco, *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Flacso, San José de Costa Rica, 2006, *passim*. Ver en http://www.scribd.com/doc/2570755/El-crimen-organizado-internacional-amenaza-a-la-democracia (consultado el 20 de junio de 2010); Solís, Luis Guillermo/Rojas Aravena, Francisco (edit.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe,* Catalonia, Santiago, 2008, *passim.*

por los derechos humanos, los espacios que se le ofrecen a grupos criminales organizados son enormes. Y es que las posibilidades de ser perseguidos y sancionados son mínimas, más aún si existe una suerte de connivencia entre estos grupos y la autoridad pública[65].

3.3. La responsabilidad del ente en los delitos de criminalidad organizada

En los últimos años, el tradicional dogma societas *delinquere non potest*, muy presente en la cultura jurídico-penal continental, ha cedido su espacio y hoy la gran mayoría de dichas legislaciones sí contemplan disposiciones que penalizan directamente a la corporación[66].

Como se ha indicado, diversos instrumentos internacionales, ya sea de las Naciones Unidas o de la Unión Europea —en donde los principales destinatarios de sus normas son entidades colectivas—[67],

---

65 Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 110-114.

66 Para un examen histórico del tema, Marinucci, Giorgio, "La responsabilità penale delle persone giuridiche", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 445 y ss.; Mir Puig, Santiago., *Derecho penal. Parte General.* 7° ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 197-198, expone que si bien en Roma no se consideró la responsabilidad de las personas jurídicas, durante la Edad Media y la Época Moderna sí se admitió. Pero, fue a fines del siglo XVIII cuando el principio *societas delinquere non potest* adquiere relevancia, fundándose en que para la imposición de penas sólo puede regir el principio de responsabilidad personal. Durante el siglo XIX surgieron una serie de teorías dirigidas a erigir las bases necesarias que permitieran sancionar penalmente a las personas jurídicas —así, la teoría de la realidad de Gierke—. El propio Von Liszt fue partidario de su punición, como se aprecia en su famosa frase: "Quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios". Consideraba que estos entes podían ser un instrumento peligroso, del que podían servirse los agentes delictivos.

67 Como primeros trabajos en esta esfera, VVAA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Giuffrè, Milán,1981. Aquí se puso de manifiesto, que las divergencias en el tratamiento de estos entes podía dificultar el desarrollo de la Comunidad Europea, pues las empresas preferirían aquellos Estados en los que su legislación nada disponga o establezca sanciones más leves. Por tanto, se concluyó la necesidad de reconocer la responsabilidad de estas entidades por violación al Derecho comunitario. Pero, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las diversas legislaciones, se recomendó que cada Estado elaborara un sistema represivo que comprendiera sanciones, sean de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*. Flora, Giovanni, "L'attualità del principio 'Societas delinquere non potest'", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, p. 14, considera que una aproximación de las legislaciones en este punto es una exigencia vital para el futuro de la Comunidad Europea. Así también, Leigh, Leonard, "Possibilities for a European

disponen de la necesidad de adoptar medidas para hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos que en ellos se indican[68].

> Un importante papel también le corresponde a la *Convenci*ón OCD*E sobre la lucha a la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales* de1997[69]. En los art. 2 y 3 también se dispone la responsabilidad de las personas jurídicas. Si bien no se exige la imposición de sanciones penales, sí que éstas deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas[70]. Asimismo puede destacarse la *Convención sobre criminalidad informática* conocida como *Convención de Budapest* de 2001, que en los art. 12 y 13 también se refiere a la responsabilidad de los entes[71].

Se entiende que la actividad empresarial ofrece eficaces herramientas para que pueda operar la criminalidad organizada y el terrorismo. Por tanto, se ha estimado indispensable establecer todo un sistema de imputación y tratamiento sancionatorio para el ente, distinto al

---

Administrative Penal Law", en SIEBER, Ulrich. (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1993, p. 114; CASTELLANA, A. M., "Diritto penale dell'Unione Europea e principio 'Societas delinquere non potest' ", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 750 y ss.

68 AMARELLI, Giuseppe, "La responsabilità delle persone giuridiche e la repressione della criminalità organizzata transnazionale", en PATALANO, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 32 y ss.

69 Ver Convención en http://www.mecon.gov.ar/basehome/informes/convencion_cohecho_ocde.pdf (consultado el 21 de junio de 2010).

70 SACERDOTI, Giorgio, "La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nella transazioni commerciali internazionali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 1349 y ss.; HUBER, Barbara, "La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001, p. 467 y ss.; PATALANO, "Profili problematici", cit. nota n. 6, p. 394-396. En el caso de Chile, la introducción de una sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas —Ley N° 20.393— guarda estrecha relación con su propósito de incorporarse a la OCDE. Al respecto, cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, 9, A5, 2010, p. 207 y ss. (www.politicacriminal.cl consultado el 30 de septiembre de 2010); MATUS, Jean Pierre, "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", en *Ius et Praxis*, año 15, 2, 2009, p. 285 y ss.

71 BELLUTA, Hervé, "*Cybercrime* e responsabilità degli enti", en LUPÁRIA, Luca (ed.), *Sistema penale e criminalità* informatica, Giuffrè, Milán, 2009, p. 83 y ss.

que corresponde a las personas naturales. Además, puede decirse que existe cierto consenso, desde una perspectiva político criminal, que las nuevas realidades sociales y el rol cada vez más activo y determinante de las entidades colectivas en un mundo económico globalizado, dejan ver la insuficiencia de sanciones penales únicamente dirigidas a las personas físicas que obran en su nombre o representación[72]. Además, se trata de contextos *despersonalizados*, en donde lo relevante no es tanto qué persona física en particular actúa, sino que lo hace por la persona jurídica —muchas veces son sujetos fungibles—. Asimismo, tampoco puede prescindirse del carácter simbólico-comunicativo de las que gozan las sanciones penales, a diferencia de las sanciones administrativas —que generalmente se aplican a las personas jurídicas—, como para no decantarse en esta dirección[73].

No pretendo acá entrar a examinar la conveniencia o no de introducir el principio *societas delinquere potest* —del que sí soy partidario— y cuáles pueden ser las repercusiones que su incorporación pueda significar dentro del sistema propio de la teoría del delito y de qué modo hacerlo, sin que ello pueda suponer vulnerar ciertos principios[74].

---

72 Pronunciándose a favor de que las personas jurídicas respondan *ex crimine*, Paliero, Carlo Enrico, "La società *punita*: del *come*, del *perchè*, e del *per cosa*", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1516 y ss.

73 Silva Sánchez, *La expansión*, cit. nota n. 9, p. 159.

74 Es así, que se cuestiona la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la culpabilidad. Objeción que no se manifiesta cuando se trata de imponer sanciones administrativas a los entes. Si es así, llama la atención que se objete, en cambio, la posible imposición de sanciones penales, en circunstancia de que tratándose de las personas jurídicas, la entidad de ambas sanciones son muy similares. Además tanto el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son expresiones que conforman lo que se ha dado en llamar un *Derecho penal en sentido amplio*, pues ambos comparten una sustancia común. Si bien existen diferencias entre estas ramas, en lo fundamental constituyen una manifestación de la reacción estatal principalmente represiva. Asimismo, ambos sistemas tienen una vocación preventiva y se hallan "formalizadas", lo que otorga a los destinatarios de las normas, el necesario grado de seguridad jurídica. Por lo anterior, para ambos rigen similares principios garantísticos, entre ellos, la culpabilidad. Para Paliero, Carlo Enrico/Travi, Aldo, *La sanzione administrativa*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 89 y ss., p. 105, en la sanción administrativa se observa también una orientación preventiva general y especial propios de la pena criminal; Carretero Pérez, Adolfo/Carretero Sánchez, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 173, señalan que cualquiera de las características propias de la pena, pueden aplicarse a las sanciones administrativas: finalidad preventiva general y especial, responsabilidad del autor frente al Estado, protección de bienes jurídicos. Por otro lado, la característica fundamental

Lo dejo de lado, no porque su discusión carezca de importancia, sino más bien, porque el objetivo perseguido aquí es otro: analizar de qué forma la responsabilidad penal del ente colectivo, puede convertirse en una herramienta eficaz para enfrentar la criminalidad organizada.

3.3.1. El Decreto Legislativo n. 231 de 2001 que regula la responsabilidad de las personas jurídicas

Como me centraré en la experiencia italiana, por las razones expuestas *supra*, expondré someramente el sistema de imputación establecido respecto del ente.

El Decreto Legislativo n. 231 de 8 de junio de 2001 introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas. Esencialmente para dar cumplimiento a las convenciones europeas ya citadas, particularmente las relativas a la corrupción. En un principio el elenco de delitos que podían atribuirse al ente era bastante reducido, pero con el correr de los años se ha ido ampliando. Es así, que hoy se comprenden delitos de diversa naturaleza. Sólo por citar algunos, delitos contra la Administración pública, delitos societarios, abusos de mercado, homicidio o lesiones culposas en materia laboral, delitos con finalidad terrorista o de subversión, prácticas de mutilación de órganos genitales femeninos, esclavitud, prostitución de menores o pornografía infantil. En 2009 se introdujeron los delitos de criminalidad organizada —art. 24 *ter* del Decreto Legislativo n. 231—, sobre los cuales dirigiré mi atención. Como se aprecia, se trata de delitos, si bien diversos en cuanto su naturaleza, sí pueden ser cometidos por entes. Algunos de ellos responden a las exigencias dispuestas por la Convención de

---

que distingue las sanciones punitivas de las restitutorias, es que en aquéllas son instrumentos preventivos orientados hacia la protección de bienes jurídicos, por tanto, la sanción para el autor de la infracción, tiene un carácter aflictivo. En cambio, las medidas resarcitorias, pretenden la eliminación del daño causado o del provecho obtenido. La moderna doctrina administrativista es consciente de la proximidad que existe entre ambas ramas y que, en definitiva son expresiones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado. Así, para NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*., 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 167-168, la discusión no se centra en "si" deben aplicarse los principios de Derecho penal, sino "qué" principios y "hasta qué punto". Bajo esta perspectiva, este autor señala que deben imponerse los principios punitivos constitucionalizados, que se entienden *comunes* a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque procedan del Derecho penal.

Palermo para perseguir el crimen organizado transnacional, como es el caso de la trata de personas —esclavitud, prostitución de menores—.

Todo indica que el catálogo se irá ampliando. Por de pronto, la Directiva europea 2008/99/CE[75] sobre la protección penal del medio ambiente, dispone en su art. 6 la responsabilidad de las personas jurídicas. Normativa que los países miembros deben traspasar a sus ordenamientos internos.

Se ha discutido si la responsabilidad del ente es administrativa o penal. Si bien es cierto el Decreto Legislativo n. 231 habla de *responsabilidad administrativa*, todo parece indicar que es más bien penal[76]. En efecto, se trata de responsabilidad por la comisión de *delitos*; se establecen criterios de imputación que relacionan a una persona física que actúa en *interés* o *para obtener una ventaja* para la persona jurídica. Precisamente esto último permitiría salvar las objeciones que pueden provenir del art. 27 inc. 1 de la Constitución italiana que dispone: "La responsabilidad penal es personal", por cuanto la responsabilidad del ente y su culpabilidad se determina sobre la base de la conducta de un sujeto que actúa como "organización"[77]; por

---

75 Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:PDF (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. Arena, Maurizio/ Cassano, Giuseppe, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Giuffrè, Milán, 2007, p. 44 y ss.

76 Amarelli, "La responsabilità", cit. nota n. 68, p. 26-27; para Fiandaca, Giovanni/ Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Zanichelli Editore, Boloña, 2008, p. 163, el calificar de administrativa la responsabilidad de la persona jurídica sería más bien un fraude de etiquetas, pues sustancialmente tiene un carácter penal; Padovani, Tullio, "Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche", en De Francesco, Giovannangelo (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 13 y ss.

77 Al respecto, Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 3° ed., Giuffrè, Milán, 2009, p. 144. En todo caso estos autores son del parecer que la elección del legislador de llamar responsabilidad administrativa no constituye un fraude de etiquetas (p. 145). Para de Maglie, Cristina, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della* società, Giuffrè, Milano, 2002, p. 341 y ss. el art. 27 de la Constitución no impediría disponer la responsabilidad penal del ente, pues cuando se habla de responsabilidad personal se refiere "a hechos propios" y lo que se prohíbe es responder "por hechos ajenos". Por tanto, no hay una exclusión *a priori* de las personas jurídicas.

último, es un juez penal el llamado a juzgar la responsabilidad del ente colectivo.

En cuanto a los criterios de atribución de responsabilidad de la persona jurídica, se deben distinguir dos: a) Art. 5. La infracción penal haya sido cometida en *su interés o para su ventaja* por quienes se encuentran en posición jerárquica superior o por sujetos subordinados a la dirección o vigilancia de aquéllos. No cabe imputar al ente, como es de suponer, si estos sujetos han obrado en exclusivo interés propio o de terceros[78]; b) Art. 6 y 7. Determinar la llamada *culpa por organización*, esto es, la carencia de elección o la actuación deficiente de un modelo de organización o de gestión que sean idóneos para la prevención de delitos. Así también, cuando no se ha confiado la función de vigilancia o la observancia de los modelos de organización a un organismo autónomo al ente[79].

[78] SELVAGGI, Nicola, *L'interesse dell'ente collettivo. Quale criterio di ascrizione della responsabilità da* reato, Jovene Editore, Nápoles, 2006, *passim*; BERNASCONI, Alessandro, "Art. 5", en PRESUTTI, Adonella/BERNASCONI, Alessandro/FIORIO, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 97 y ss.; PULITANÒ, Domenico, "La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 425 y ss.; DE VERO, Giancarlo, "Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1154 y ss.; MARENGHI, "La responsabilità", cit. nota n, 52, p. 276 y ss.

[79] ALESSANDRI, Alberto, "Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina", en VVAA, *La responsabilità ammnistrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002, p. 25 y ss.; EL MISMO, "Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 2002, p. 50 y ss.; PALIERO, Carlo Enrico, "La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione", en ALESSANDRI, Alberto (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsoa, Milán, 2002, p. 47 y ss.; SFAMENI, Paolo, "La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo", en ALESSANDRI, Alberto (ed.), *Il nuovo diritto delle* società, Ipsoa, Milán, 2002, p. 65 y ss.; TRIPODI, Andrea Francesco, " "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 2004, p. 483 y ss.; DE MAGLIE, Cristina, "Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità", en *Diritto penale e processo*, 11, 2001, p. 1348 y ss.; GARGANI, Alberto, "Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?", en *Diritto penale e processo*, 9, 2002, p. 1061 y ss.; MANNA, Adelmo, "La c.d. reponsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 507 y ss.

La culpa por organización no constituye ninguna novedad, pues ya había sido expuesta en 1988 por Tiedemann para fundamentar la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas[80]. Este autor sostiene que el hecho de que existan normas que se dirijan "directamente" a entes supraindividuales, se debe a que el legislador los estima con capacidad para realizar aquellas conductas antijurídicas establecidas en la norma, es decir, que *pueden con su comportamiento lesionar un bien jurídico.* El que materialmente la corporación lleve a cabo sus actuaciones a través de personas físicas —órganos o representantes— nada impide que pueda sostenerse la capacidad de acción de la empresa. En efecto, mediante la teoría de la imputación de hechos ajenos a la persona jurídica, es posible atribuirle la actuación de sus órganos o representantes, pues en definitiva, la persona jurídica ha actuado a través de éstos, se trata de hechos que sólo, formalmente, le son ajenos[81]. En lo que respecta a la capacidad de culpabilidad propia de los entes colectivos, Tiedemann la construye conforme a la llamada "culpabilidad de organización" (*Organisationsverschulden*), la que se fundamenta en que la empresa, al no haber organizado su actividad —por medio de sus representantes u órganos— de acuerdo a lo que era exigible por el ordenamiento, ha generado las posteriores comisiones delictivas, que han tenido lugar al haber omitido tomar las medidas de cuidado que son necesarias para asegurar la realización de negocios ordinarios. Esta clase de culpabilidad se estructura de una manera similar a cómo lo hace la culpabilidad por un hecho anterior —ya admitida para los casos de *actio libera in causa*—. Si las infracciones que ha cometido la persona física al interior de la empresa, han tenido lugar por la no adopción previa de medidas necesarias dirigidas a evitar tales comportamientos posteriores, esto último le debe ser imputados al ente colectivo. Se ha criticado la teoría de *culpabilidad por organización* de

80 Tiedemann, Klaus, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2.Gesetz zur Bekämpfung des Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 1169 y ss.

81 Como subraya Tiedemann, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993. p. 234, la imputación de hechos ajenos se conoce en otras esferas del Derecho penal. Así también en el ámbito de la coautoría, o en la autoría mediata.

Tiedemann, en cuanto podría constituirse en un principio de responsabilidad que no admita prueba en contrario[82]. Esto es, como ha señalado Brender[83] —quien elabora el concepto de *responsabilidad principal* (*Hauptverschulden*)[84] para fundamentar la imputación de la persona jurídica,una vez establecido el *hecho de contacto*, es decir, el comportamiento ilícito de la persona natural—, al ser la noción de deficiencia en la organización o insuficiencias en los deberes de vigilancia por parte de la empresa, conceptos ficticios, el ente supraindividual deberá responder, imputándole el ilícito, un vez comprobado el *hecho de contacto*. Conforme a esta argumentación, no tendrá relevancia que la empresa alegue haber empleado todos los medios necesarios de control y que aún así, nada pudo hacer para evitar la infracción, pues deberá igualmente responder por las actuaciones de sus órganos o representantes. Ahora bien, podría criticarse esta última construcción doctrinal, en que lo propio sería mantener las esferas de imputación diferenciadas y reconocer que existe una culpabilidad propia de la persona jurídica, cosa que, en definitiva, se niega con esta argumentación, pues el que se impute sin más al ente colectivo, una vez acreditado el *hecho de contacto*, nos estaría indicando que sólo a la persona natural se le puede reconocer la culpabilidad. La responsabilidad de la persona jurídica deberá nacer de su propia conducta —sujeto activo de un ilícito—, por haber quebrantado el deber de evitar la comisión de infracciones, obligación ésta que emana del propio ordenamiento jurídico.

La estructura de los modelos de organización o de gestión dispuestos en la legislación italiana,que se inspiran en la regulación norteamericana —conocidos como *compliance programs*[85]— tienen

82 Cfr. al respecto, TIEDEMANN, "Die 'Bebußung' ", cit. nota n. 80, p. 1173.

83 BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Friburgo, 1989, p. 101 y ss.

84 BRENDER, *Die Neuregelung*, cit. nota n. 83, p. 110 y ss.

85 ALDROVANDI, Paolo, "I «modeli di organizzazione e di gestione» nel D. Lgs. 8 giugno 2001, N. 231: aspetti problematici dell' «ingerenza penalistica» nel «governo» delle società", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 460 y ss.; DE MAGLIE, Cristina, "Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 118 y ss.; DE VERO, "Struttura e natura", cit. nota n. 78, p. 1132 y ss.; BARTOLOMUCCI, Sandro.,*Corporate governance e responsabilità delle persone* giuridiche, Ipsoa, Milán, 2004, p. 8 y ss.

como propósito, tanto la individualización de los ámbitos de riesgo para el ente en cuanto a la posible comisión de delitos, de modo de prevenirlos, como también disponer de mecanismos de actuación y de procedimientos a seguir por quienes se encuentran ya sea en posición superior o subordinada.

La normativa italiana brinda especial atención e importancia a los aspectos organizativos de las empresas: debe adoptarse y llevarse a cabo un modelo de gestión dirigido a impedir la comisión de infracciones penales; la conformación de un organismo dirigido a vigilar el funcionamiento y la observación de este modelo, y la estructuración de un sistema disciplinario interno[86].

Para los efectos probatorios —art. 6— se debe distinguir si la infracción es cometida por quien se halla en una posición apical o subordinada —distinción que obedece a la distinta capacidad de influir en las políticas empresariales—. Tratándose de los primeros, la carga de la prueba recae en el ente. Este debe acreditar la ausencia de culpa por organización, es decir, debe probar, que aún cuando el modelo de organización era eficaz como mecanismo de control, la persona jurídica no tenía la capacidad de impedir la comisión de delitos por parte de los sujetos en posición jerárquica superior. Éstos, como señala la letra c) del inc. 1 del art. 6, han obrado "eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión". En cambio, respecto a las infracciones penales cometidas por aquellos sujetos subordinados a la dirección o vigilancia de otros —art. 7—, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, el que debe acreditar el funcionamiento inadecuado del modelo de organización o, en su caso, de los organismos de control.

Como se ha señalado, la culpa por organización es uno de los criterios para poder atribuir responsabilidad al ente. Pues bien, de lo anterior se desprende que como presupuesto mínimo para poder imputar se

86 Monesi, Carlo (ed.), *I modelli organizativi* ex *D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 251 y ss.; Bernasconi, Alessandro, "Art. 6", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 109 y ss.

admite la culpa —así por ejemplo, no haber obrado diligentemente en el reconocimiento del peligro de comisión de un delito—[87]. En algunos casos, la propia ley dispone la exigencia de una actuación dolosa del ente. En efecto, diversas hipótesis delictivas consagradas en el Decreto Legislativo n. 231 se refieren a aquellos casos en que se aprecia una política de empresa de carácter criminal, esto es, hacia la comisión de delitos. Es el caso, por ejemplo, de los art. 25 *quater* sobre delitos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático o art. 24 *ter* sobre delitos de criminalidad organizada —que será examinado *infra*—. Ambos contemplan el supuesto de que "el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión" del delito.

En estos casos se contempla la sanción de interdicción definitiva del ejercicio de la actividad empresarial regulada en el art. 16 inc. 3. Sin embargo, este mismo art. dispone esta sanción para cualquier delito consagrado en el Decreto examinado, si se aprecia el mismo comportamiento descrito más arriba: "el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión".

Por último, en este rápido examen del Decreto n. 231, cabe destacar que el elenco de sanciones se encuentra en el art. 9[88]. a) La *sanción pecuniaria* —art. 10 y 11—, que se precisa de conformidad a cuotas. A fin de calcularlas el juez debe considerar la gravedad del hecho, el grado de la responsabilidad del ente y a la actividad desarrollada para eliminar o atenuar las consecuencias del hecho o para prevenir la reiteración; b) *las sanciones interdictivas*, que pueden ser *temporales* o *definitivas*.

---

87 Así lo sostienen Marinucci/Dolcini, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 148; Paliero, Carlo Enrico, "La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici", en Palazzo, Francesco, Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padua, 2003, p. 29 y ss.

88 Un examen de las sanciones en Angelini, Marco, "Art. 9", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 173 y ss.; Mucciarelli, Francesco, "Le sanzioni interdittive temporanee nel D. Lgs. N. 231/2001", en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. T. III, Giuffrè, Milán, 2006, p. 2489 y ss.; Giavazzi, Stefania, "Le sanzioni interdittive e la publicazione della sentenza penale di condanna", en VVAA, *La responsabilità ammnistrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002, p. 119 y ss.

Respecto de las *temporales* —art. 13 y 14— pueden consistir, entre otras: interdicción del ejercicio de la actividad; suspensión o revocación de autorizaciones, licencias o concesiones; prohibición de contratar con la Administración pública. La determinación de cuál de ellas se impondrá la resuelve el juez conforme a criterios como reiteración de los ilícitos, provecho de entidad relevante por parte del ente,si la infracción penal es cometida por sujetos en posición apical, graves carencias organizativas si el hecho es cometido por sujetos subordinados a otra dirección; las *sanciones interdictivas definitivas* —art. 16— se aplican cuando el ente ha obtenido un provecho de relevante entidad y ha sido ya condenado al menos en tres oportunidades en los últimos siete años a la interdicción temporal, o bien cuando el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión de infracciones penales; prohibición definitiva de contratar con la Administración pública o prohibición de publicitar bienes o servicios, aplicable cuando el ente ha sido condenado a la misma sanción al menos tres veces en los últimos siete años; c) la *confiscación* —art. 19— del *precio* o del *provecho* del delito, siempre que se establezca en la sentencia de condena, salvo los derechos de terceros de buena fe. Cuando no es posible confiscar el provecho o el precio, la confiscación tendrá por objeto sumas de dinero, bienes u otra utilidad de *valor equivalente* al precio o al provecho de la infracción penal; d) la *publicación de la sentencia de condena* —art. 18—, el juez puede disponerla cuando respecto del ente se le aplica una sanción interdictiva.

> Para Marinucci y Docini[89] la eficacia disuasiva de este aparato sancionatorio es más bien modesta, salvo para los casos en que se aplica una sanción interdictiva definitiva. Las sanciones pecuniarias tendrían, de forma abstracta, una apreciable eficacia disuasiva, sin embargo, las hipótesis individuales de infracción penal atribuibles al ente,prevén cuotas en número muy inferiores. En cuanto a las sanciones interdictivas temporales y definitivas, aún cuando son conminadas para las hipótesis individualizadas de delitos atribuibles al ente, su aplicación con la sentencia de condena aparece sólo en presencia de condiciones, fácticas o

[89] Marinucci/Dolcini, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 150.

temporales, que acontecen muy raramente, como la hipótesis de la constante utilización del ente para facilitar la comisión del delito. Por ello la tendencia de la jurisprudencia a aplicar *por vía cautelar* las sanciones interdictivas temporales.

3.3.2. Ley n. 94 de 2009 que introduce el art. 24 *ter* —delitos de criminalidad organizada— al Decreto Legislativo n. 231

Como se resaltó precedentemente, si bien la ley n. 146 de 2006 se hizo cargo de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de los delitos de criminalidad organizada, lo limitó a aquellos casos en que el delito tuviera un carácter transnacional. Por tanto, se presentaba un vacío cuando las actividades del ente sólo estuvieran vinculadas a la criminalidad organizada "interna" o nacional. Justamente la ley n. 94 de 15 de julio de 2009 —conocida en Italia como el "paquete de seguridad 2009"[90]—, con la inclusión del art. 24 *ter* en el Decreto Legislativo n. 231, dispone las medidas necesarias a fin de que las personas jurídicas puedan responder por aquellos delitos en que ha participado en una organización criminal.

En todo caso, tampoco puede decirse que el Decreto Legislativo n. 231 no contemplaba ya normas que pudieran comprender la imputación de la persona jurídica dentro de actividades propias de la criminalidad organizada. En efecto, el art. 25 *quater* se refiere al financiamiento del terrorismo; el art. 25 *octies*, entre otros, a la receptación, blanqueo de dinero de proveniencia ilícita. Además y como ya se ha hecho presente, el Decreto en cuestión se hace cargo de aquellos casos en que el ente podría calificarse de *intrínsecamente*

[90] Cabe destacar que también en 2008 por ley n. 125 de 24 de julio se establecieron "Medidas urgentes en materia de seguridad pública". Esta norma junto con la ley n. 94 de 2009 conforman el llamado "paquete de seguridad". Ambas contienen un heterogéneo conjunto de disposiciones que inciden en el Derecho penal, procesal penal, penitenciario. Así, por ejemplo, en materia de inmigración, de tráfico vial, de delitos sexuales contra menores, de confiscación. Para un visión completa de ambas leyes, MAZZA, Oliviero/VIGANÒ, Francesco (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008, *passim*; MAZZA, Oliviero/VIGANÒ, Francesco (ed.), *Il "pachetto" sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009, *passim*; CORBETTA, Stefano/DELLA BELLA, Angela/GATTA, Gian Luigi (ed.), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009, *passim*; AMATO, Giuseppe/SANTORIELLO, Ciro, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica,* Utet, Turín, 2009, *passim.*

ilícito: el art. 16. 3. señala "si el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión de delitos". Para estos casos se dispone la sanción más rigurosa, a saber, la interdicción definitiva.

Empero, el nuevo art. 24 *ter* amplía el catálogo de delitos atribuibles a la persona jurídica a los delitos asociativos y que se relacionan con la criminalidad organizada. Al respecto, es preciso distinguir dos grupos de delitos-presupuesto: a) asociación para delinquir dirigida a la trata de personas, favorecimiento de la inmigración clandestina, entre otras —art. 416 inciso 6° del Código penal italiano—; asociación de tipo mafioso —art. 416 *bis* del mismo Código—; secuestro de personas con propósito de extorsión —art. 630 del Código penal—; asociación para el tráfico ilícito de estupefacientes —art. 74 Decreto del Presidente de la República n. 309 de 9 de octubre de 1990—; b) asociación para delinquir del art. 416 con excepción del inciso 6°; delitos en materia de armas —art. 407 inciso 2° letra a) n. 5 del Código procesal penal italiano—. Ambos grupos se distinguen fundamentalmente por la sanción, siendo menos severa respecto del segundo grupo, por cuanto comprende un delito asociativo común.

Se trata de un elenco de delitos que fundamentalmente se relacionan por cuanto abarcan delitos particularmente graves, vinculados con actividades propias de la criminalidad organizada. En este sentido, se subsumen supuestos asociativos en que se determina el objeto del programa criminal —*delitos-fines*— como son los casos del tráfico ilícito de estupefacientes, de armas, secuestro con fines de extorsión. Asimismo, se incluyen aquellos casos en que se actúa para favorecer o facilitar las actividades de otras asociaciones criminales, como se desprende del hecho que se comprendan los dos más importantes *delitos-medio* que conoce el ordenamiento penal italiano, a saber, la asociación para delinquir del art. 416 y la asociación de tipo mafioso del art. 416 *bis*.

Precisamente esta última decisión legislativa, en particular respecto del art. 416, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, pues

ahora *cualquier delito* puede ser objeto del programa criminal[91]. Con ello se amplía considerablemente los supuestos típicos que se le pueden atribuir al ente, excluyéndose sólo aquellos delitos que por su naturaleza no pueden ser realizados en su interés o ventaja[92]. A lo anterior debe agregarse la circunstancia relativa a la anticipación de la punibilidad que es consustancial a todo delito asociativo. En consecuencia, puede plantearse que el ente responda por los actos preparatorios de *cualquier delito*, si se determina que es parte de un programa criminal de una asociación. En más, podría aplicarse la figura del art. 24 *ter*, en lo que dice relación al art. 416 del Código penal, cuando tres o más sujetos que se encuentran en una posición jerárquica superior dentro de una misma empresa deciden cometer, por ejemplo, delitos societarios en interés del ente. Este último puede ser sancionado aún cuando en rigor los delitos no hayan alcanzado la tentativa y sin que sea necesario tener que aplicar la figura del art. 25 *ter* ya contemplada en el Decreto n. 231[93].

Por lo anterior es que esta figura pueda ser empleada, sin que se trate de delitos que puedan tener alguna relación con la criminalidad organizada, desvirtuándose, de este modo, el sentido original que se pretendía con la incorporación del art. 24 *ter*.

A los anteriores cuestionamientos, debe agregarse la enorme dificultad que puede representar para las personas jurídicas la construcción de modelos de organización. En efecto, la circunstancia de incluir formas asociativas respecto de cualquier delito, torna especialmente árdua la búsqueda de reglas que permitan individualizar los riesgos de comisión de delitos[94]. Al respecto, sólo puede pensarse que tratándose de empresas que pretenden cometer delitos dentro de la esfera de la criminalidad organizada, difícilmente se han elaborado modelos de organización, o de haberlos implantado no los observarán ni actuarán

---

91 SCOLETTA, Marco, "Art. 24-*ter*, d. lgs. N. 231/2001", en CORBETTA, Stefano/DELLA BELLA, Angela/GATTA, Gian Luigi (ed.), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009, p. 375.

92 Para CORVI, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 367, la responsabilidad de la persona jurídica de fragmentaria pasa ahora a ser general.

93 Así lo hace ver CORVI, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 367-368.

94 SCOLETTA, "Art. 24-*ter*", cit. nota n. 91, p 379.

conforme a ellos. Por el contrario, la regla general es que son entidades que ya nacen con propósitos ilícitos o con posterioridad pasan a serlo. Es por ello que en estos casos no parece relevante determinar la culpa por organización, derechamente se está frente a un caso de *dolo de la persona jurídica*[95]. Por lo demás, debe considerarse que el sentido original y toda la estructura de imputación regulada en el Decreto Legislativo n. 231, se ha entendido dirigida a empresas que persiguen fines lícitos y que eventualmente en el ejercicio de sus actividades cometen delitos. La comprensión de una empresa criminal resulta de algún extraño y cuando lo ha hecho, como en el caso del art. 16.3 —"el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión de infracciones penales"— se ha entendido esencialmente para los efectos sancionatorios.

Por lo recién expuesto, es que los mayores problemas que se pueden presentar, guardan relación con aquellas personas jurídicas que sí persiguen fines lícitos,pero que en el ejercicio de su actividad se aprovechan para la comisión de delitos de una organización criminal. Por ejemplo, miembros de una empresa que ejercen una posición jerárquica superior,son además miembros de una organización criminal de tipo mafioso conforme al art. 416 *bis*. Pues bien, si se determina que aprovechándose de esta última asociación —por ejemplo, ha empleado métodos de intimidación— han conseguido a favor de su empresa un contrato público que le genera importantes ganancias, la persona jurídica responderá conforme a lo dispuesto en el art. 24 *ter*.

También puede acontecer una situación inversa, esto es, que sea la persona jurídica "lícita" la que colabora con una organización de tipo mafioso. Por ejemplo, los miembros de una sociedad que ocupan una posición jerárquica superior, sin ser miembros de la organización criminal, le prestan toda su asesoría o asistencia para que tal organización pueda adjudicarse determinados contratos públicos, y ello a su vez le reporta un interés al ente,por cuanto será contratada para futuros trabajos.

---

95 Corvi, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 375.

Este es uno de los casos más discutidos en la doctrina italiana, ¿cómo castigar a quienes no siendo miembros de la asociación ilícita colaboran con ella? En casos similares respecto de personas naturales, se ha aplicado el llamado *concurso externo en delitos asociativos*[96].

> Hay dos casos emblemáticos en que se discutió la aplicación del concurso externo: *Carnevale*[97] y *Mannino*[98]. Respecto del primero, Carnevale fue Presidente de la primera sección de la Suprema Corte de Casación y durante los años ochenta se lo cuestionó por haber absuelto, argumentando vicios de forma, a un importante número de acusados en procesos seguidos en contra de la mafia. Fue sometido a proceso por concurso externo en asociación mafiosa y suspendido de sus funciones judiciales. Si bien se lo absolvió en primera instancia, en 2001 fue condenado por la Corte de Apelaciones de Palermo a la pena de seis años de presidio. Luego, en 2002 la Corte de Casación lo absolvió. En el segundo caso, Mannino, que es un político que ha desempeñado en diversas oportunidades los cargos de ministro de Estado, fue arrestado en 1995 por un presunto acuerdo con la mafia. Se le imputaba que concedía favores a la mafia para obtener votos. Si bien fue absuelto en primera instancia, fue condenado en la segunda instancia a la pena de cinco años de presidio. Sentencia esta última que fue anulada por la Corte de

---

96 La literatura es abundante, sólo por citar algunos trabajos, PICOTTI, Lorenzo/FORNASARI, Gabriele/VIGANÒ, Francesco/MELCHIONDA, Alessandro (ed.), *I reati associativi: paradigmi concettual e materiale probatorio*, Cedam, Padua, 2005, *passim*; INSOLERA, Gaetano, "Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 632 y ss.; ALEO, *Sistema penale*, cit. nota n. 22, p. 228 y ss.; VISCONTI, Costantino, "Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1303 y ss.; EL MISMO, "Il concorso esterno tra aspetti di costituzionalità e prospettive di riforma legislativa", en *Diritto penale e processo*, 6, 1998, p. 751 y ss.; MANNA, Adelmo, "L'ammisibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1189 y ss.; MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno, "Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 184 y ss.; BERTOROTTA, Francesco, "Concorso eventuale di persone e reati associativi", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 1273 y ss.;

97 CORTE DE CASSAZIONE, *Foro Italiano*, II, 2003, p. 454 y ss.

98 CORTE DE CASSAZIONE, *Foro Italiano*, II, 2006, p. 80 y ss.

> Casación. En definitiva, en octubre de 2008 fue absuelto por la Corte de Apelaciones de Palermo.

En términos muy generales, la figura del concurso externo se ha aplicado en Italia para enfrentar la criminalidad de tipo mafioso y terrorista, castigando a aquellos sujetos que siendo extraños y no formando parte de la asociación criminal, cooperan con ella, favoreciendo a la asociación criminal. La discusión se ha presentado por cuanto al no formar parte de la asociación no realiza en rigor una conducta típica: no es un "asociado". Por tanto, no podría contribuir materialmente en la causación del hecho delictivo quien no forma parte de la asociación. Al respecto, hay que tener presente que en Italia se ha optado por un modelo unitario de autor —art. 110 y ss. del Código penal—, por lo que todos aquellos que concurren, cualquiera sea la contribución, a la causación del hecho delictivo, responden como intervinientes del mismo[99]. Ello no significa, claro está, que todos respondan con la misma pena, sino que ésta se gradúa dentro de un mismo marco penal, precisándose para los distintos intervinientes conforme concurran o no ciertas circunstancias señaladas en el art. 133 del Código penal.

> Señalan Marinucci/Dolcini respecto a la adopción de un modelo unitario: "La razón político criminal de esta elección legislativa, residen en el justo convencimiento que la predeterminación de una pena en abstracto más elevada para el autor respecto al partícipe, chocaría violentamente con la realidad de las cosas: en particular, no tendría sentido sancionar siempre y de todos modos al ejecutor del delito de forma más severa que el mandante, puesto que este último, en mucho casos, maneja los hilos permaneciendo en la sombra y asume la parte menos riesgosa, pero más importante de la empresa criminal"[100].

Pues bien, tratándose los delitos asociativos, se ha señalado a favor del concurso externo que quien *ocasionalmente* realiza actividades que refuerzan a la asociación criminal, sí está facilitando su existencia; es

---

99 Cfr. Dolcini, Emilio/Marinucci, Giorgio (ed.), *Codice Penale commentato*. T. I. 2° ed., Ipsoa, Milán, 2006, p. 1104 y ss.

100 Marinucci/Dolcini, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 410-411.

decir, quien contribuye dolosamente a reforzar la asociación, sabiendo que su conducta tendrá esta eficacia favorecedora para la asociación, también concurre en la comisión del delito asociativo[101].

La pregunta que surge es cómo debe responder la persona jurídica en estos casos. Aún cuando no se ha discutido mayormente el punto, se ha señalado que también podría aplicarse la regla del concurso externo[102]. En efecto, la responsabilidad del ente tendrá lugar, determinando en primer lugar si se está o no frente a un concurso externo, aplicando para ello las reglas precedentes y que se han desarrollado respecto de la personas físicas —art. 110 y 416 ó 416 *bis*— para a continuación acreditar si aquello se ha realizado en su interés o le ha reportado una ventaja —art. 5, 6 y 7 del Decreto Legislativo n. 231—.

Dado que el art. 24 *ter* es una disposición reciente —julio de 2009— no hay mayores pronunciamientos por parte de la jurisprudencia que permita aquilatar cuán eficiente puede ser la imputación penal de los delitos de criminalidad organizada a la persona jurídica. Sin embargo, y como primera aproximación me merece un juicio positivo. Ya se destacó *supra* que la criminalidad organizada es eminentemente económica, su fin es el lucro, enriqueciéndose ilícitamente. Por tanto, en este contexto deben contemplarse medidas dirigidas a "dificultar" la consecución de tal propósito. En este sentido, sanciones como las interdictivas bien pueden cumplir dicha misión. Lo esencial es procurar disuadir a las empresas "lícitas" a que trabajen en conjunto con entes criminales.

---

101 Así lo entienden MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 408 quienes agregan: "El problema de la configuración de un concurso de personas en los delitos asociativos se advierte, sobre todo, en relación a lo obrado por algunas categorías de profesionales (abogados, magistrados, empresarios) que supone una objetiva facilitación de las actividades de las asociaciones criminales. Para una correcta solución del problema,es decisivo distinguir entre conductas que se comprenden en el ejercicio de las facultades o de los deberes inherentes a aquellas diversas profesiones y conductas que, en cambio, están fuera. Al respecto, en doctrina oportunamente se ha avanzado en propuestas de reformas legislativas, que contengan la explícita enunciación del criterio distintivo".

102 CORVI, "Nuove risposte", cit. nota n. 51, p. 369-370.

3.4. La confiscación

Como se ha destacado suficientemente, si se está frente a una criminalidad cuyo propósito fundamental es el lucro de carácter ilícito, debe disponerse de herramientas dirigidas a la ablación de aquellos beneficios económicos que ha obtenido la empresa criminal[103]. Con ello se pretenden perseguir dos objetivos muy claros: el primero y más inmediato, *limitar e incapacitar económicamente a la organización*, dificultando con ello el desarrollo de sus actividades criminales; el segundo y más amplio, *impedir que las organizaciones criminales se infiltren en la economía lícita* y de este modo, en la vida política del país[104]. Este segundo propósito puede entenderse incluso, desde la perspectiva de la seguridad y el orden público de un Estado, pues en la medida en que la criminalidad organizada se infiltra en la economía lícita, adquiriendo poder, puede alterar las reglas del mercado y generar inestabilidad en la convivencia democrática. Supra se destacó los evidentes riesgos de corrupción que se pueden presentar y con ello resquebrajar las bases de un Estado de Derecho.

Considerando pues, que la criminalidad organizada trabaja con la lógica empresarial y disfrutando del sistema capitalista, es elemental pensar que una de las herramientas a emplear en su contra debe tener un carácter patrimonial[105]. Pues bien, entre estas medidas se encuentra

---

103 Un examen de la criminalidad organizada conforme al *análisis económico del derecho*, Mangione, Angelo, " "*Law & Economics*" e diritto penale: paradigma a confronto nell'analisi delle politiche di contrasto alla criminalità organizzata", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 147 y ss.

104 Maugeri, Anna Maria, "Relazione introduttiva. I modelli de sanzione patrimoniale nel diritto comparato", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 3-4; Gialanella, Antonio, "Diritto penale e contrasto di prevenzione alle richezze di mafia: utilitarismo 'relativistico' e 'ragionevalezza' garanstista", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 193 y ss.

105 Fornari, Luigi, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzione pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padua, 1997, p. 5 y ss.; Mangione, Angelo, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padua, 2001, p. 457 y ss.; Alfonso, Roberto, "I problemi e le prospettive del sequestro e della confisca dei patrimoni mafiosi", en Parano, Carola/Centonze,

la confiscación, que como se verá es de amplia utilización en el sistema italiano.

Los instrumentos internacionales también contemplan la confiscación, instando a los Estados para que la introduzcan o, en su caso, la adecúen a las nuevas exigencias que impone enfrentar una criminalidad de esta naturaleza. Es así, que la *Convención OCDE sobre la lucha a la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales* de1997 en su art. 3 se establece que: "3. Cada Parte tomará las medidas necesarias para que el instrumento y el producto del cohecho de un servidor público extranjero o activos de un valor equivalente al de ese producto, puedan ser objeto de embargo y decomiso o sean aplicables sanciones monetarias de efectos comparables." Por su parte la *Convención de Palermo*, a la que tantas veces se ha hecho referencia, regula detalladamente en los art. 12, 13 y 14 la confiscación[106]. Por último, también en el ámbito de la Unión Europea se han dictado normas en esta dirección. Es así, que la Decisión Marco 2005/212/JAI se refiere al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito[107] y la Decisión Marco 2006/783/JAI al reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre decomiso[108]. Precisamente, en la propia motivación de la primera de las indicadas, se señala la necesidad de introducir instrumentos de esta naturaleza en el entendido que es un medio eficaz para combatir la criminalidad organizada[109].

Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 207-208.

106 ALFONSO, Roberto, "Confisca e sequestro",en ROSI, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 223 y ss.; GRASSO, Giovanni, "Profili problematici delle nuove forme di confisca", en MAUGERI, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 130 y ss.

107 Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF (visitado el 21 de junio de 2010).

108 Ver http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF (visitado el 21 de junio de 2010).

109 "7. La motivación principal de la delincuencia organizada es la obtención de beneficios económicos. Por consiguiente, todo intento de prevenir y combatir esta delincuencia debe centrarse, para ser eficaz, en el seguimiento, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los productos del delito. No basta simplemente con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea

El ordenamiento italiano contempla diversas formas de confiscación, reguladas de manera dispersa en numerosas leyes, además de que lo dispone el propio Código penal. Lo anterior ha generado particulares dificultades en su interpretación y aplicación, pues no son pocos los casos en que se superponen. A lo anterior, debe agregarse los continuos pronunciamientos de las Sesiones Unidas de la Corte de Casación procurando ofrecer algo de luz a esta materia, especialmente engorrosa[110]. Por tal motivo y considerando que el propósito esencial de este trabajo es exponer las medidas que Italia ha dispuesto en materia de criminalidad organizada, me limitaré a dar a conocer cuáles son las formas de confiscación y su alcance.

Cuatro son las formas de confiscación que se conocen en el Derecho penal italiano: a) confiscación "clásica" del art. 240 del Código penal; b) confiscación por equivalencia —*confisca per equivalente*—; c) confiscación ampliada —*confisca allargata*—; d) confiscación como medida de prevención —*confisca come misura di prevenzione*—.

3.4.1. Confiscación "clásica"

El Código penal italiano la regula en el art. 240 y la concibe como una medida de seguridad patrimonial. Precisamente, aquí surge la primera controversia, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Pues para parte de la doctrina, más que una medida de seguridad es una pena, ya

de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación; el control efectivo de la delincuencia económica, también exige el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso de los productos del delito.". Cfr. Alessandri, Alberto. "Criminalità economica e confisca del profitto", en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci.* T. III, Giuffrè, Milán, 2006, p. 2114-2115; Iuzzolino, Gabriele, "L'armonizzazione della confisca", en VVAA. *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 353 y ss.; Maugeri, Anna Maria, "La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 572 y ss.

110 Así se aprecia en Alfonso, Roberto, "La confisca penale fra disposizioni codicistiche e legi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 234; Moccia, Sergio, "La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 349 y ss.

que está completamente desvinculada a la peligrosidad social del condenado, como sí sucede con todas las otras medidas de seguridad. Sin embargo, para gran parte de la doctrina italiana esta hipótesis de confiscación sí conformaría una medida de seguridad, pues su finalidad es la peligrosidad de la cosa. A fin de prevenir nuevos delitos, se expropian aquellas cosas que provienen del delito y que pueden incentivar a la comisión de nuevos hechos delictivos[111]. La discusión tiene especial interés por cuanto la *praxis* jurisprudencial ha aplicado retroactivamente la confiscación, al entenderla como medida de seguridad conforme al art. 200 del Código penal[112].

La confiscación del art. 240 puede ser facultativa u obligatoria. En términos generales, la facultativa se aplica en caso de condena y puede recaer sobre aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que son su producto o el provecho. Como se aprecia, no difiere mayormente de los que se ha entendido tradicionalmente por comiso o confiscación. Lo interesante es resaltar cuáles han sido las nuevas orientaciones jurisprudenciales. En este sentido, particular atención debe prestarse respecto del alcance del término "provecho", que tradicionalmente se ha entendido como aquellas cosas que representan la utilidad económica directa o indirectamente obtenida con la comisión del delito. Así, el dinero robado o aquel obtenido por la venta de las cosas objeto del hurto o, incluso, con la venta de drogas[113]. Pues bien, la actual orientación de los tribunales también ha comprendido las utilidades indirectamente derivadas del empleo del provecho del delito. Por ejemplo, el canon obtenido por el departamento adquirido con el dinero producto del delito; los intereses bancarios provenientes del dinero robado; el departamento adquirido con la permuta del inmueble adquirido con el dinero robado.

Precisamente en las Sesiones unidas de la Corte de Casación, sentencia n. 10280 de 25 de octubre de 2007, se señala expresamente

111 Cfr. por todos, DOLCINI/MARINUCCI, (ed.), *Codice Penale commentato*, T. I, cit. nota n. 99, p. 1804.
112 Al respecto, GRASSO,"Profili problematici", cit. nota n. 106, p. 134 y ss.
113 MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 650.

que se sigue una interpretación extensiva[114]. Es así que "cualquier transformación que el dinero ilícitamente obtenido sufra por efecto de la inversión del mismo, debe ser considerada provecho del delito cuando sea causalmente vinculable al mismo y al provecho inmediato —el dinero— conseguido y sea subjetivamente atribuible al autor del delito que ha querido tal transformación".

Es la propia Corte de Casación, en la sentencia en cuestión, la que reconoce que esta interpretación de la confiscación asume funciones disuasivas similares a la llamada *confiscación por equivalencia* —se pueden confiscar bienes de valor equivalente, aunque no tengan un vínculo con el delito—[115]. Es decir, hacer ver al delincuente que ya no basta con transformar o invertir el bien. Probándose los vínculos causales objetivos y subjetivos, puede imponerse la confiscación que se examina. Las dificultades que se pueden presentar se refieren a aquellos casos que la inversiones tienen lugar en actividades lícitas y no pueda acreditarse si el enriquecimiento se debe a dicha inversión o, simplemente, a adecuados manejos empresariales[116]. Frente a ello, es que puede recurrirse a las otras formas de confiscación.

Con respecto a la confiscación obligatoria, el art. 240 del Código penal contempla dos hipótesis: a) "las cosas que constituyen el precio del delito", esto es, el dinero u otra utilidad económica dirigidas a instigar o determinar a un sujeto a cometer el delito; b) las cosas "cuya fabricación, uso, porte, tenencia o enajenación está prevista por la ley

114 Ver sentencia en *Diritto penale e processo*, 10, 2008, p. 1295 y ss. Al respecto, Maugeri, "Relazione introduttiva", cit. nota n. 104, p. 11.

115 Sentencia citada n. 114, p. 1299: "En efecto, el legislador siempre más consciente que para combatir el crimen es necesario eliminar la posibilidad para el agente de asegurarse el provecho del delito, desde el momento en que el objeto de gran parte de los más graves delitos es precisamente el enriquecimiento, ha pretendido construir todo un sistema que permita en primer lugar la confiscación del provecho inmediato, para después, siempre conforme al art. 240 c.p. la confiscación del llamado provecho indirecto o mediato. Es decir, de los bienes que sean causalmente reconducibles a la actividad del reo. En fin, para aquello que concierne a los delitos contra la administración pública, la confiscación por equivalencia de acuerdo al art. 322 *ter* c.p.".

116 Cfr. Lunghini, Giacomo/Musso, Luca, "La confisca nel diritto penale", en *Il corriere del Merito*, 2, 2009, p. 10; Fornari, *Criminalità del profitto*, cit. nota n. 105, p. 114.

como delito", como sucede, por ejemplo, con las armas de guerra, productos alimentarios confeccionados con componentes prohibidos por ley[117].

Con el correr de los años se han ido ampliado las hipótesis de confiscación obligatoria. Al respecto y para efectos de este trabajo, se puede citar la contemplada en el art. 416 *bis* inciso 7° del Código penal: serán objeto de confiscación todas aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que constituyen el precio, el producto, el provecho o que surgen de su realización. Lo que se pretende es privar al condenado por asociación de tipo mafioso, de todos aquellos instrumentos que permiten llevar a cabo los fines de la agrupación, como asimismo, todo aquello que ha sido obtenido realizando el programa criminal de la asociación[118].

Cabe destacar, que esta forma de confiscación se inscribe en una estrategia más amplia en contra de las actividades económicas de la criminalidad organizada. En efecto, a esta medida se debe agregar la confiscación ampliada y la confiscación como medida de prevención —analizadas *infra*—. Por lo anterior, no sólo puede ser objeto de la confiscación aquellos bienes que tengan vinculación con el delito, sino también aquellos que provienen del delito y que se hayan empleado para invertirlos o se hayan empleado con fines de ocultamiento. Asimismo, podrá confiscarse los bienes que parecen no corresponder con los réditos declarados por el condenado[119].

Tratándose de las asociaciones terroristas, conforme lo dispone el art. 270 *bis* inciso 4°, también procede la confiscación obligatoria. Se aplica en los mismos términos recién expuestos, esto es, serán objeto de confiscación todas aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que constituyen el precio, el producto, el provecho que surgen de su realización.

---

117 MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 651.

118 DOLCINI/MARINUCCI, (ed.), *Codice Penale commentato*, T. II, cit. nota n. 99, p. 3128 y ss.

119 Así, LUNGHINI/MUSSO, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 16.

3.4.2. Confiscación por equivalencia

Dada las limitaciones que presenta la llamada confiscación "clásica" para enfrentar determinadas formas de criminalidad como la aquí examinada, es que se ha introducido la *confisca per equivalente* —también llamada *confisca di valore*—. Como se destacó, poco puede hacer la "clásica" cuando el provecho del delito ha sido reinvertido o reutilizado, tornando difuso y difícil de acreditar el requisito esencial de la peligrosidad de la cosa, al no poder precisarse cuáles han sido los bienes que conforman el provecho inicial. Por tal motivo es que numerosas legislaciones han introducido esta forma de confiscación, respondiendo a lo dispuesto en tratados internacionales, como por ejemplo, la Convención OCDE o la Convención de Palermo[120].

Se aplica subsidiariamente a la confiscación "clásica", cuando resulte particularmente complejo poder precisar los bienes que provienen del delito. Es posible dirigirse a otros bienes de valor equivalente a la medida del provecho o del precio del delito, sin atender si su origen es o no lícito[121]. Cabe destacar que en el ordenamiento italiano no se contempla una hipótesis general de confiscación por equivalencia, sino que se dispone para determinados delitos en particular —por tanto, conforme al principio de taxatividad opera excepcionalmente—. Es así, que los supuestos más importantes se encuentran en relación a los delitos contra la Administración pública —materializando así lo dispuesto en la citada Convención OCDE—, que es un área especialmente fértil para la corrupción. Al respecto, el art. 322 *ter* del Código penal regula cómo y bajo qué circunstancias se aplica la confiscación por equivalencia en estos delitos[122].

Dada la particular estructura que presenta esta forma de confiscación, es que se ha ido extendiendo a otros delitos. Entre otros pueden citarse

120 Maugeri, "La lotta contro l'accumulazione", cit. nota n. 109, p. 502; Marra, Gabriele, "Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 128 y ss.

121 Lunghini/Musso, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 29; Fornari, *Criminalità del profitto*, cit. nota n. 105, p. 105 y ss.; Marinucci/Dolcini, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 652.

122 Amato, Giuseppe, "Sì alla confisca «per equivalente» del profitto dopo la condanna per reati di corruzione", en *Guida al Diritto*, 47, 2005, p. 52 y ss.

los delitos de pornografía infantil —art. 600 *septies* del Código penal—; blanqueo de capitales —art. 648 *quater* del Código penal—[123]. Así también, respecto de los delitos societarios se contempla en el art. 2641 del Código civil[124]. En materia de intermediación financiera, se contempla para los delitos de información privilegiada y manipulación del mercado, la confiscación por equivalencia como subsidiaria de la confiscación "clásica" —art. 187 *sexies* del Decreto Legislativo n. 58 de 1998—.

En relación a la responsabilidad de las personas jurídicas —expuesta precedentemente— el art. 9 contempla la confiscación dentro de un conjunto de sanciones a aplicar. Su regulación se halla en el art. 19 del Decreto Legislativo n. 231, disponiendo que la confiscación por equivalencia se impone de forma subsidiaria en caso de no ser posible aplicar la confiscación "clásica"[125].

En cuanto a su naturaleza y a diferencia de lo que ocurre con la confiscación "clásica", no se trata de una medida de seguridad patrimonial sino derechamente de una sanción. A dicha conclusión se ha llegado no sólo porque algunas disposiciones la consideran como tal —así, el citado art. 19 respecto de la responsabilidad del ente—, sino que además, como lo han reconocido los tribunales[126],

---

123 BRUNO, Lino Giorgio, "Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca", en *Diritto penale e processo*, 3, 2009, p. 351 y ss.

124 SCIUMBATA, Gabriele, *I reati societari*. 2° ed., Giuffrè, Milán, 2008, p. 156-157; DOLCINI/MARINUCCI, (ed.), *Codice Penale commentato*, T. II, cit. nota n. 99, p. 5219-5220.

125 MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patromoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milán, 2001, p. 153 y ss.; LA MISMA, "Relazione introduttiva", cit. nota n. 104, p. 15 y ss.; VIZZARDI, Matteo, "Art. 19", en PRESUTTI, Adonella/BERNASCONI, Alessandro/FIORIO, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 228 y ss.; FORNARI, Luigi, "La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 63 y ss.; ALESSANDRI, "Criminalità economica", cit. nota n. 109, p. 2130 y ss.

126 Entre otras, sentencia de la Corte de Casación penal, sez. III, de 24 de septiembre de 2008, n. 39172 que señala: "La confisca per equivalente, infatti, viene ad assolvere ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre

no se aprecia —como sí acontece con la "clásica"— que los bienes confiscados sean *peligrosos*; es decir, no se configura una relación directa e instrumental entre los bienes y el delito. Por el contrario, mediante su imposición se pretende restablecer una situación económica que ha sido modificada indebidamente a favor del condenado, a través de un sacrificio de carácter patrimonial. Por tanto, al tratarse de una institución que tiene un carácter puramente aflictivo y no de medida de seguridad, no puede a su vez aplicarse retroactivamente[127].

3.4.3. Confiscación ampliada

Se trata de una medida dispuesta fundamentalmente para enfrentar a la criminalidad organizada. En este caso, la confiscación ya no recae sobre los bienes que provienen del delito o respecto de aquellos que tienen un valor equivalente, sino que se aplica sobre bienes que se presumen provienen de actividades ilícitas. Ya no es relevante que estos bienes se identifiquen con el delito por el cual es condenado, sino que se impone cuando se estima que son bienes de un presumible origen ilícito, al no corresponder, por ser desproporcionado, al rédito o actividades económicas desempeñadas por el condenado. Se habla más bien de confiscación al patrimonio, más que confiscación de bienes[128].

La confiscación ampliada se introdujo por el Decreto Ley n. 306 de 8 de junio de 1992, convertido en Ley n. 356 de 7 de agosto de 1992 [129]. El art. 12 *sexies* señala que en caso de condena o de aplicación de una sentencia negociada —*patteggiamento*— por determinados

esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza"; Corte Constitucional, ordenanza 2, n. 97 de 2 de abril de 2009, en *Foro Italiano,* n° 10, 2009, p. 2595 y ss.

127 Marinucci/Dolcini, *Manuale*, cit. nota n. 77, p. 652; Lunghini/Musso, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 34.

128 Lunghini/Musso, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 43.

129 Fornasari, Gabriele, "Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994, p. 762 y ss.; Potetti, Domenico, "Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994", en *Cassazione Penale*, 1995, p. 1689 y ss.; Maugeri, Anna Maria, "La sanzione patrimoniale fra garanzie e efficienza", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 832 y ss.; Fornari, *Criminalità del profitto*, cit. nota n. 105, p. 63 y ss.; Alfonso, "La confisca penale", cit. nota n. 110, p. 234 y ss.; el mismo, "I problemi", cit. nota n. 105, p. 221 y ss.; Moccia, "La confisca", cit. nota n. 110, p. 358 y ss.

delitos se debe siempre disponer la confiscación del dinero, bienes o utilidades de los cuales el condenado no puede justificar su proveniencia y que resulte desproporcionado con su rédito o actividad económica. Entre los delitos donde cabe su aplicación, se pueden citar los siguientes —algunos incorporados posteriormente—: delitos contra la administración pública[130]; asociación de tipo mafioso; terrorismo o subversión; trata de personas; blanqueo de capitales, tráfico ilícito de estupefacientes.

Son varios los aspectos que llaman la atención. Por una parte, la carga de la prueba recae sobre el condenado, por cuanto se parte de una presunción de que al haber desproporción entre los bienes y el rédito, tendrían por tanto un origen ilícito. Por otra parte, al no haber una previa determinación cuantitativa de lo confiscable —como sí se exige en los dos casos citados anteriormente— podría recaer sobre todo el patrimonio del condenado; es decir, la confiscación puede llegar a ser más alta que el provecho que se determinó en la condena.

> Por lo anterior, se puede presentar la situación paradojal de que un bien que puede confiscarse por equivalencia, no lo sea a través de la ampliada. Es el caso de un bien heredado lícitamente que resulta desproporcionado con su actual rédito[131]. En todo caso, la ley dispone que en caso de no poder aplicarse la confiscación ampliada, se imponga la confiscación por equivalencia.

Para estos casos no es relevante cuándo fueron adquiridos los bienes, pudiendo haber ingresado en el patrimonio del condenado mucho antes de haber cometido el delito o incluso después. Lo determinante, como se ha dicho, es la presunción acerca de la ilícita acumulación patrimonial, que sólo puede desvirtuarse a través de la acreditación de la licitud del origen de los bienes[132].

---

130 ACQUAROLI, Roberto, "L'estensione dell'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione", en *Diritto penale e processo*, 2, 2008, p. 251 y ss. examina las críticas que ha generado la incorporación de este delito, considerando que la idea original era disponer la confiscación ampliada respecto a la criminalidad organizada; MAUGERI, "La lotta contro l'accumulazione", cit. nota n. 109, p. 497 y ss.

131 Señalado por LUNGHINI/MUSSO, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 44.

132 Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. II, de 26 de febrero de 2009, n. 10549; sentencia de CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. I, de 18 de febrero de 2009, n. 10756.

Un problema particular se presenta en relación a su naturaleza, pues la jurisprudencia ha sostenido que se trataría de una medida de seguridad patrimonial, por tanto, de aplicación retroactiva[133]. En efecto, se ha sostenido que la suma de los bienes de valor desproporcionado es una realidad actual, de la que se deriva una situación de peligrosidad presente, no siendo relevante el que hayan sido adquiridos con fecha anterior o posterior al delito. Se trataría pues, de una medida de seguridad atípica que cumpliría una función disuasiva como asimismo una medida de prevención antimafia[134]. Para la doctrina no deja de llamar la atención tal encuadramiento, en circunstancia que acá, al igual que en la equivalente, no es exigible que exista una relación entre los bienes y el delito. Amén, de ser impuesta a través de una sentencia de condena o, en su caso, por sentencia negociada[135].

3.4.4. Confiscación como medida de prevención

Se introdujo en el ordenamiento italiano por el art. 14 de la ley n. 646 de 13 de septiembre de 1982, que agregó el art. 2 *ter* a la ley n. 575 de 31 de mayo de 1965 que dispone de medidas en contra de la mafia[136]. En consecuencia, tiene una clara dirección de lucha contra la criminalidad organizada. Si bien tiene similitudes con la confiscación

---

133 Grasso, "Profili problematici", cit. nota n. 106, p. 134 y ss.

134 Sentencia de la Corte de Casación penal, sez. un. de 19 de enero de 2004, n. 920; Sentencia de la Corte de Casación penal, sez. un. de 19 de julio de 2001, n. 29022; Sentencia de la Corte de Casación penal, sez. un. de 27 de marzo de 2008, n. 26654: "Sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo".

135 Lunghini/Musso, "La confisca", cit. nota n. 116, p. 45; sobre los pronunciamientos generalmente favorables de la Corte Europea de los Derechos Humanos acerca de la confiscación ampliada, Maugeri, Anna Maria. "La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'*actio in rem*?", en Mazza, Oliviero/Viganò, Francesco (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008, p. 181 y ss.

136 Nicastro, Guglielmo, "La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 285 y ss.; Cassano, Francesco, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 153 y ss.; crítico, Moccia, "La confisca", cit. nota n. 110, p. 353 y ss.

ampliada en cuanto recae sobre bienes de valor desproporcionado con respecto al rédito y que no se justifican, la diferencia esencial tiene relación con su aplicación. En efecto, en el caso que se examina no se requiere de sentencia de condena, y sólo puede imponerse dentro del procedimiento dirigido a la aplicación de una medida de prevención antimafia —art. 2 ley n. 575— que pueden consistir en vigilancia especial u obligación de residir en un cierto lugar. Pues bien, el tribunal puede llegar a confiscar cuando habiendo impuesto la medida de prevención y sobre la base de que el sujeto *no ha podido justificar la legítima proveniencia* de los bienes o en su caso, se manifiesta una desproporción entre la disponibilidad de determinados bienes y su rédito. Cabe destacar que el tribunal puede incluso, durante el procedimiento en cuestión —antes de decidirse la aplicación de la medida— secuestrar los mismos bienes cuando existen indicios suficientes que provienen de actividades ilícitas o la disposición de ciertos bienes es desproporcionado a su rédito.

Como se puede apreciar, el mayor problema que enfrenta esta institución tiene relación con la prueba. Mientras la confiscación procede cuando no se puede justificar la legítima proveniencia de los bienes, el secuestro se configura cuando hay indicios suficientes. Tal distinción ha llevado a la jurisprudencia a disponer de estándares probatorios diversos, según sea el momento de la imposición de la medida. Tratándose del secuestro es suficiente que haya una razonable probabilidad acerca de la ilicitud del bien o sobre la desproporción de ciertos bienes con el rédito del sujeto. En cambio, para imponer la confiscación se requiere una demostración en donde concurren requisitos de gravedad, precisión y concordancia[137].

A fin de evitar que se produzcan determinadas maniobras dirigidas a sustraer bienes que pueden ser objeto del secuestro o de la confiscación, se dispone lo que podría denominarse *medida de prevención por*

[137] MAUGERI, "La riforma", cit. nota n. 135, p. 160; LA MISMA, *Le moderne sanzioni*, cit. n. 125, p. 839 y ss.; MOLLACE, Francesco, "Le modifiche in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizzazioni mafiose", en AMATO, Giuseppe/SANTORIELLO, Ciro, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009, p. 176; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota n. 105, p. 216 y ss.

equivalencia; es decir, el procedimiento también puede recaer sobre dinero o bienes de valor equivalente[138].

Consideraciones finales

Como se ha destacado desde el inicio de este trabajo, las particularidades que hoy presenta la criminalidad organizada,imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas para enfrentarla. Dentro de éstas, considerando que uno de sus propósitos fundamentales es el lucro, se deben comprender las de carácter patrimonial. A través de ellas no sólo se pretende disminuir su poder de actuación, incapacitándola económicamente, sino también impedir que estas organizaciones se infiltren en la economía lícita de un país. Los riesgos son evidentes, pues además de verse afectadas las reglas básicas del mercado —se trata de un competidor carente de toda ética—, se pueden generar serias fisuras en la base democrática de una nación, ya sea a través de la corrupción de los funcionarios públicos o actos de violencia para delimitar territorios de control.

Es indudable que las medidas de carácter económico, como son la confiscación y la responsabilidad de la persona jurídica, debe ir unida a otras como son las penas privativas de libertad. No se va a discutir aquí su innegable eficacia disuasiva. Ahora bien, para que ello sea así, es preciso delimitar muy claramente los delitos que son manifestación de esta forma de criminalidad. En este sentido, desempeñan un papel de particular relevancia los llamados delitos asociativos, pues permiten una eficaz e incisiva intervención de la herramienta punitiva, sin que requiera acreditar la comisión de los delitos que son fines de la asociación. A este respecto, podría explorarse la posibilidad de estructurar un tipo penal que recoja los elementos esenciales de la criminalidad organizada, de manera tal de ir precisando cuál es el objeto principal de persecución. Con la conformación de un tipo de injusto, es posible disponer de penas especialmente altas respecto de quienes la dirigen, permitiendo a su vez distinguir a quien no formando parte de la organización,sí colabora con ella[139].

---

138 Maugeri, "La riforma", cit. nota n. 135, p. 166.

139 Así también, Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 6, p. 280-281.

En materia de investigación —tanto el Ministerio público como la policía— deben contar con organismos centralizados y especializados. Es la forma más eficiente para poder enfrentar adecuadamente estas estructuras organizativas de orden criminal, algunas de ellas muy poderosas. Lo anterior permite que en el plano internacional se trabaje coordinadamente, tanto con instituciones policiales como judiciales.

Sin perjuicio de las medidas penales, también es preciso contar con un arsenal de medidas extrapenales que impidan a estas organizaciones ingresar en la actividad económica. Un ejemplo, son las disposiciones adoptadas por el legislador italiano en cuanto a impedir la participación en concursos públicos. Por último, no puede dejarse de lado el factor pobreza y marginalidad. No sólo quienes integran las organizaciones criminales lo ven muchas veces como su única salida a su condición, sino que también afecta a quienes son víctimas de éstas. En efecto, quienes son objeto de la trata de personas, provienen de sociedades pobres o fuertemente excluyentes, que impiden toda forma de integración social.

BIBLIOGRAFÍA

ACQUAROLI, Roberto, "L'estensione dell'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione", en *Diritto penale e processo*, 2, 2008.

ALDROVANDI, Paolo, "I «modeli di organizzazione e di gestione» nel D. Lgs. 8 giugno 2001, N. 231: aspetti problematici dell' «ingerenza penalistica» nel «governo» delle società", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007.

ALEO, Salvatore, "Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione", en PATALANO, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Aleo, Salvatore, "Associazione, organizzazione, concorso esterno", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

Alessandri, Alberto. "Criminalità economica e confisca del profitto", en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci.* T. III, Giuffrè, Milán, 2006.

Alessandri, Alberto, "Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 2002

Alessandri, Alberto, "Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina", en VVAA, *La responsabilità ammnistrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002.

Alfonso, Roberto, "Confisca e sequestro",en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.

Alfonso, Roberto, "I problemi e le prospettive del sequestro e della confisca dei patrimoni mafiosi", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

Alfonso, Roberto, "La confisca penale fra disposizioni codicistiche e legi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.

Amarelli, Giuseppe, "La responsabilità delle persone giuridiche e la repressione della criminalità organizzata transnazionale", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Amato, Giuseppe, "Sì alla confisca «per equivalente» del profitto dopo la condanna per reati di corruzione", en *Guida al Diritto*, 47, 2005.

Amato, Giuseppe/Santoriello, Ciro, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica,* Utet, Turín, 2009.

Angelini, Marco, "Art. 9", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.

Arena, Maurizio/ Cassano, Giuseppe, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Giuffrè, Milán, 2007.

Astrologo, Annamaria, "Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. n. 146/2006", en *Cassazione Penale*, 4, 2007.

Baratta, Alessandro, "Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale", en Moccia, Sergio (ed), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

Bartolomucci, Sandro.,*Corporate governance e responsabilità delle persone* giuridiche, Ipsoa, Milán, 2004.

Bassiouni, Cherif M., "Strumenti giuridici peri il contrasto del terrorismo internazionale: un'analisi di carattere politico", en Bassiouni, Cherif M. (ed), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.

Bauccio, Luca, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Giuffrè, Milán, 2005.

Becchi, Ada/Rey, Guido M., *L'economia criminale,* Laterza, Bari, 1994.

Belluta, Hervé, "*Cybercrime* e responsabilità degli enti", en Lupária, Luca (ed.), *Sistema penale e criminalità* informatica, Giuffrè, Milán, 2009.

Bernasconi, Alessandro, "Art. 5", en Presutti, Adonella/ Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti.*

Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231, Cedam, Padua, 2008.

Bernasconi, Alessandro, "Art. 6", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.

Bernasconi, Alessandro, *La collaborazzione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milán, 1995.

Bertorotta, Francesco, "Concorso eventuale di persone e reati associativi", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

Block, Antón, *The Mafia of a Sicilian Village 1860-1960*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.

Brender, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Friburgo, 1989.

Brown, Bartram, "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", en *The Yale Journal of International Law*, Vol 23, 1998.

Bruno, Lino Giorgio, "Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca", en *Diritto penale e processo*, 3, 2009.

Caferra, Vito Marino. *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i* luoghi, Laterza, Roma-Bari, 1992.

Cancio Meliá, Manuel, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en Serrano-Piedecasas, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010.

Carnevali, Raúl, "Derecho penal como *ultima ratio.* Hacia una política criminal racional", en Carnevali, Raúl, *Problemas de política criminal y otros estudios*, LegalPublishing, Santiago, 2009.

CARNEVALI, Raúl/FUENTES, Hernán, "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000", en *Política Criminal*, 6, D1, 2008.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995.

CASTALDO, Andrea/NADDEO, Marco, *Il denaro sporco*. *Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padua, 2010.

CASTELLANA, A. M., "Diritto penale dell'Unione Europea e principio 'Societas delinquere non potest' ", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996.

CASSANO, Francesco, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Giuffrè, Milán, 1998.

CAVALIERE. Antonio, "Tipicità ed offesa nei reati associativi", en PATALANO, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

COHEN, A. K., "The concept od criminal organization", en *British Journal of Criminology*, Vol. 17, 1977.

CORBETTA, Stefano/DELLA BELLA, Angela/GATTA, Gian Luigi (ed.), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009.

CORDERO BLANCO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales.* 2° ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

CORVI, Angela, "Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni ammnistrative", en MAZZA, Oliviero/VIGANÒ, Francesco (ed.), *Il "pachetto" sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009.

D'AMATO, Antonio, "Art. 10 l. 16 marzo 2006, n. 146", en PRESUTTI, Adonella/BERNASCONI, Alessandro/FIORIO, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.

D'Amato, Antonio, "La cooperazione internazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Dalle rogatorie alle squadre investigative comuni in attuazione dei principi del "terzo pilastro" del Tratatto sull'Unione Europea", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

de Francesco, Giovannangelo, "Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali", en *Diritto penale e processo*, 1, 2003.

de Maglie, Cristina, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della* società, Giuffrè, Milano, 2002.

de Maglie, Cristina, "Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità", en *Diritto penale e processo*, 11, 2001.

de Maglie, Cristina, "Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.

de Vero, Giancarlo, "Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.

de Vero, Giancarlo, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán,1988.

de Liguori, Luigi, "La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso", en *Cassazione Penale*, 1988.

Di Fiore, Gigi, *La camorra e le sue storie*, Utet, Turín, 2005.

di Martino, Alberto, "Criminalita organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo", *Diritto penale e processo*, 1, 2007.

Dolcini, Emilio/Marinucci, Giorgio (ed.), *Codice Penale commentato*. T. I. 2° ed., Ipsoa, Milán, 2006.

El Zeidy, Mohamed M., "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, 2001-2002.

Fernández Cruz, José Ángel, "La "empresa criminal": Los "delitos de comercio" ilícito como factor de aparición del fenómeno del "blanqueo de capitales" ", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 5, 2002.

Ferola, Laura, *IL riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Traducido por Andrés Ibáñez, Perfecto *et al.*, Trotta, Madrid, 1995.

Ferrajoli, Luigi., "Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata", en Corso, Piermaria/Insolera, Gaetano/Stortoni, Luigi (coord.), *Mafia e criminalità organizzata.* T. II, Utet, Turín, 1995.

Ferrajoli, Luigi, "Sul diritto penale minimo (risposta Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)", en *Foro italiano*, Parte Quinta, 2000.

Fiandaca, Giovanni, "Criminalità organizzata", *L'Indice penale,* 1991.

Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Zanichelli Editore, Boloña, 2008

García Arán, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

Fijnaut, Cyrille/Paoli, Letizia (ed.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond,* Springer, Dordrecht, 2006.

Flora, Giovanni, "L'attualità del principio 'Societas delinquere non potest'", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995.

Fornari, Luigi, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzione pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padua, 1997.

Fornari, Luigi, "La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005.

Fornasari, Gabriele, "Le strategie di contrasto alla criminalità orgnizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale", en Fornasari, Gabriele (ed.), Le *strategie di contrasto alla criminalità orgnizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2002.

Fornasari, Gabriele, "Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994.

Gargani, Alberto, "Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?", en *Diritto penale e processo*, 9, 2002.

Gialanella, Antonio, "Diritto penale e contrasto di prevenzione alle richezze di mafia: utilitarismo 'relativistico' e 'ragionevalezza' garanstista", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Giasanti, Alberto, "Marginalità sociale, periferie urbane, *racket*", en Bandini, Tullio/Lagazzi, Marco/Marugo, Maria Ida (ed.), *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Giuffrè, Milán,, 1993.

Giavazzi, Stefania, "Le sanzioni interdittive e la publicazione della sentenza penale di condanna", en VVAA, *La responsabilità ammnistrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002.

Grasso, Giovanni, "Profili problematici delle nuove forme di confisca", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.

GRUNDI, Milton/APARNA, Nathan, *Offshore Business Centres: A world Survey*, 8° ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marceliano, **"**La delincuencia organizada**", en** VVAA. *Iurisperitorum digesta*, VOL. I, EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, SALAMANCA, 2000.

ILARDA, Giovanni/MARULLO, Gianfranco (ed.), *Cybercrime: conferenza internazionale. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Criminalità Informatica*, Giuffrè, Milán, 2004.

INSOLERA, Gaetano, "Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.

INSOLERA, Gaetano, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Boloña, 1996.

IUZZOLINO, Gabriele, "L'armonizzazione della confisca", en VVAA. *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 2006.

HERNÁNDEZ, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, 9, A5, 2010.

HERZOG, Felix. "Straftaten im Internet, Computerkriminalität und die Cybercrime Convention", en *Política Criminal*, nº 8, D1, 2009.

HUBER, Barbara, "La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001.

LAUDATI, Antonio, "Criminalità organizzata e riciclaggio", en PATALANO, Vincenzo (ed), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

LAUDATI, Antonio, "I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea", en *Diritto penale e processo*, 4, 2006.

Laudati, Antonio, "Il coordinamento delle indagini nel crimine organizzato transnazionale. Il ruolo della Direzione nazionale antimafia alla luce dei coordinamenti in sede europea", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.

Leigh, Leonard, "Possibilities for a European Administrative Penal Law", en Sieber, Ulrich. (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1993.

Lo Monte, Elio, "Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Lunghini, Giacomo/Musso, Luca, "La confisca nel diritto penale", en *Il corriere del Merito*, 2, 2009.

Lupária, Luca (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009.

Mangione, Angelo, " "*Law & Economics*" e diritto penale: paradigma a confronto nell'analisi delle politiche di contrasto alla criminalità organizzata", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.

Mangione, Angelo, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padua, 2001.

Manna, Adelmo, "L'ammisibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994.

Manna, Adelmo, "La c.d. reponsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002.

Marenghi, Francesco, "La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.),

Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, Ipsoa, Milán, 2007.

Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999.

Marinucci, Giorgio, "La responsabilità penale delle persone giuridiche", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007.

Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 3° ed., Giuffrè, Milán, 2009.

Marra, Gabriele, "Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.

Matus, Jean Pierre, "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", en *Ius et Praxis*, año 15, 2, 2009.

Maugeri, Anna Maria, "La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007.

Maugeri, Anna Maria. "La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'*actio in rem*?", en Mazza, Oliviero/Viganò, Francesco (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008.

Maugeri, Anna Maria, "La sanzione patrimoniale fra garanzie e efficienza", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996.

Maugeri, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patromoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milán, 2001.

Maugeri, Anna Maria, "Relazione introduttiva. I modelli de sanzione patrimoniale nel diritto comparato", en Maugeri, Anna

Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.

Mazza, Oliviero/Viganò, Francesco (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008.

Mazza, Oliviero/Viganò, Francesco (ed.), *Il "pachetto" sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009.

Michelini, Gualtiero/Polimeni, Gioacchino, "Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazione Unite contro il crimine organizzato transnazionale", en Rosi, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.

Militello, Vincenzo, "Le strategie di contrasto della criminalità organizzata transnazionale tra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed). *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

Militello, Vincenzo/Paoli, Letizia/Arnold, Jörg (ed.), *Il crimine orgnizzato come fenomeno internazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Ed. Iuscrim, Max Planck Institut, Friburgo, 2000.

Mir Puig, Santiago., *Derecho penal. Parte General.* 7° ed., Reppertor, Barcelona, 2004.

Mollace, Francesco, "Le modifiche in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizazzioni mafiose", en Amato, Giuseppe/ Santoriello, Ciro, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009.

Moccia, Sergio, "La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata", en Patalano, Vincenzo (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Moccia, Sergio, "Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale", en Moccia, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

Moitra, Soumyo D., "Developing Policies for Cybercrime", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13/3, 2005.

Monesi, Carlo (ed.), *I modelli organizativi* ex *D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milán, 2005.

Morales García, Oscar (Dir.), *Delincuencia informática: problemas de responsabilidad*, en Cuadernos del Poder Judicial, 9, 2002.

Mucciarelli, Francesco, "Le sanzioni interdittive temporanee nel D. Lgs. N. 231/2001", en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci.* T. III, Giuffrè, Milán, 2006.

Muscatiello, Vincenzo Bruno, "Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999.

Musco, Enzo, "Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas". Trad. por Sánchez, Virginia, en *Revista* Penal, 2, 1998.

Nicastro, Guglielmo, "La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia", en Maugeri, Anna Maria (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimime: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.

Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*., 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.

Nunzi, Alfredo, "La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale", en Bassiouni, Cherif M. (ed), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.

Padovani, Tullio, "Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche", en De Francesco, Giovannangelo (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, Torino, 2004.

Paliero, Carlo Enrico, "La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione", en Alessandri, Alberto (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsoa, Milán, 2002.

Paliero, Carlo Enrico, "La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici", en Palazzo, Francesco, Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padua, 2003.

Paliero, Carlo Enrico, "La società *punita*: del *come*, del *perchè*, e del *per cosa*", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.

Paliero, Carlo Enrico/Travi, Aldo, *La sanzione administrativa*, Giuffrè, Milán, 1988.

Patalano, Vincenzo, "Profili problematici della corruzione internazionale", en Patalano, Vincenzo (ed), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.

Pavarini, Massimo, "Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato", en Giostra, Glauco/Insolera, Gaetano (ed), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi,* Giuffrè, Milán, 1995.

Peccioli, Annamaria, *Unione Europea e criminalità transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2005.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004.

Picotti, Lorenzo/Fornasari, Gabriele/Viganò, Francesco/ Melchionda, Alessandro (ed.), *I reati associativi: paradigmi concettual e materiale probatorio*, Cedam, Padua, 2005.

Picotti, Lorenzo, "La ratifica della Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa", *Diritto penale e processo*, 6, 2008.

PISANI, Mario, "Criminalità organizzata e cooperazione internazionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

PISTORELLI, Luca, "La normativa antiriciclaggio introdotta dal d. Lg. 21 novembre 2007, N. 231", en *Giurisprudenza di merito*, 10, 2008.

PLANTAMURA, Vito, "Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007.

POTETTI, Domenico, "Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994", en *Cassazione Penale*, 1995.

PULITANÒ, Domenico, "La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.

RESTA, Federica, "*Cybercrime* e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura", en *Giurisprudenza di merito*, 9, 2008.

ROJAS ARAVENA, Francisco, *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Flacso, San José de Costa Rica, 2006.

ROMANO, Salvatore, *Storia della mafia*, Mondadori, Verona, 1966.

ROMEO CASABONA, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico penales, nuevas respuestas político criminales*, Comares, Granada, 2006.

ROSI, Elisabetta, "Il reato transnazionale", en ROSI, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milano, 2007.

ROSI, Elisabetta (ed), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.

ROVITO, Pier Luigi, "Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici", en MOCCIA, Sergio (ed). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

Roxin, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", Trad. por Anarte, Enrique, *Revista Penal*, 2, 1998.

Sacerdoti, Giorgio, "La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nella transazioni commerciali internazionali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

Salazar, Lorenzo, "Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione Europea", en Bassiouni, Cherif M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.

Scialoja, Antonio, *Le nuove norme antiriciclaggio. Criminalità organizzata e riciclaggio*, Maggioli editore, Santarangelo di Romagna, 2006.

Sciumbata, Gabriele, *I reati societari.* 2° ed., Giuffrè, Milán, 2008.

Scoletta, Marco, "Art. 24-*ter*, d. lgs. N. 231/2001", en Corbetta, Stefano/Della Bella, Angela/Gatta, Gian Luigi (ed.), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009.

Selvaggi, Nicola, *L'interesse dell'ente collettivo. Quale criterio di ascrizione della responsabilità da* reato, Jovene Editore, Nápoles, 2006.

Sfameni, Paolo, "La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo", en Alessandri, Alberto (ed.), *Il nuovo diritto delle* società, Ipsoa, Milán, 2002.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° ed.., Civitas, Madrid, 2001.

Silva Sánchez, Jesús María, "La «*intervención a través de organización*» ¿una forma moderna de participación en el delito?, en Dolcini, Emilio/Paliero, Carlo Enrico (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. II, Giuffrè, Milán, 2006.

SOLÍS, Luis Guillermo/ROJAS ARAVENA, Francisco (edit.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe,* Catalonia, Santiago, 2008.

SOTIS, Carlo, "La novità in tema di diritto penale europeo", en BILANCIA, Paola/D'AMICO, Marilisa (ed.), *La nuova Europa dopo il Tratatto di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009.

SPAGNOLO, Giuseppe, *L'associazione di tipo mafioso*, 5° ed., Cedam, Padua, 1997.

STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

SZCZARANSKY, Clara, "El Consejo de Defensa del Estado y el control de la criminalidad organizada y del lavado de dinero", en POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre (coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000.

TERESI, Renato, *Direzione nazionale e Direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, Milán, 1993.

TIEDEMANN, Klaus, "Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2.Gesetz zur Bekämpfung des Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988.

TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993.

TINEBRA, Giovanni/CENTONZE, Alessandro (ed), *Il traffico internazionale di persone*, Giuffrè, Milán, 2004.

TRIPODI, Andrea Francesco, " "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 2004.

VVAA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Giuffrè, Milán,1981.

Viganò, Francesco, "Mafia e imprenditori: una decisione coraggiosa in tema di stato di necessità", en *Diritto penale e processo*, 10, 2004.

Vigna, Piero Luigi, "Le nuove sfide della criminalità organizzata", en Becucci, Stefano/Massari, Monica, *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, Edizioni di Comunità, Turín, 2001.

Visconti, Costantino, "Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.

Visconti, Costantino, "Il concorso esterno tra aspetti di costituzionalità e prospettive di riforma legislativa", en *Diritto penale e processo*, 6, 1998.

Vizzardi, Matteo, "Art. 19", en Presutti, Adonella/Bernasconi, Alessandro/Fiorio, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.

Vulpiani Domenico, "Criminalità organizzata ed informatica", en Parano, Carola/Centonze, Alessandro (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

Zaffaroni, Eugenio, "Il crimine organizzato: una categoria fallita", en Moccia, Sergio (ed), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

Ziffer, Patricia, *El delito de asociación ilícita,*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

Teoría Del Delito y Proyecto de Código Orgánico Integral Penal

Por Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel[1]

Notas Introductorias

En el año 2005 y con ocasión de la publicación de uno de los libros de nuestra autoría *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*[2], para muchos no eran entendibles las razones por las cuales establecíamos un ligamen entre el proceso penal, la justicia penal, y la Constitución Política de 1998, que en verdad representa el inicio del Estado Constitucional en Ecuador. El tiempo en pocos años le dio la razón a nuestro trabajo, pues hoy el proceso de constitucionalización del sistema penal es una verdad inconcusa.

Con propiedad en el *Anteproyecto de CODIGO DE GARANTIAS PENALES,* [3] del Ministerio de Justicia de Ecuador (hoy llamado *CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL),* se afirmaba *La* Constitucionalización *del derecho penal*, aunque me parece mejor sostener la constitucionalización del sistema penal, pues la presencia de todo el desarrollo normativo y doctrinario de la Constitución

1 El autor de este documento se ha desempeñado y desempeña como profesor de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial), de Derecho Procesal Penal, de Criminología, y de Política Criminal, en carrera de pre grado y de post grado en Universidades ecuatorianas y del extranjero. Es autor de 30 libros, 24 publicados en Ecuador y 6 en el extranjero.

2 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Tomo I de la Biblioteca de Autores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, 2005.

3 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, *ANTEPROYECTO DE CODIGO DE GARANTIAS PENALES*, Quito 1ra. Edición, 2009.

del 2008 en el sistema de justicia y en el penal en particular, es lo primero que debe observar un buen operador de justicia, sea fiscal, juez, defensor y abogado litigante, a mas de conocer la mejor doctrina penal y procesal penal, al igual que la criminología y la política criminal. Con mayor razón si hoy tiene carta de residencia y aplicación directa e inmediata (art. 11 n. 3, n. 7, arts. 417, 424, 425, 426, 428) el contenido del denominado *bloque de constitucionalidad* que se constituye por la Constitución, los Pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, esto es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus Instrumentos Internacionales en general, así como los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos, a través de las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son vinculantes y tienen fuerza *erga homes.*[4]

El Prof. Jorge Zavala Egas expresaba en sus clases en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil[5], que la Constitución de Ecuador de 2008 es de un claro corte *Ferrajoliano* para referirse al pensamiento de un reconocido filósofo D. Luigi Ferrajoli, que es considerado por constitucionalistas como Miguel Carbonell como un neoconstitucionalista, aunque el Prof. Ferrajoli como es conocido se proclama como *positivista crítico*. Agregamos que el Código Orgánico Integral Penal es de una clara línea *Ferrajoliana* por el denominado *garantismo*, aunque advertimos que tiene un sesgo de *derecho penal del enemigo* más que todo por la tendencia al aumento de penas, aunque hay que reconocer que no va en la línea de *adelantamiento de la punibilidad*, de *admisión de la prueba ilícita*, ni de *recorte de garantías procesales* y ni de recorte de *beneficios de excarcelación,* que son las características de un verdadero *derecho penal del enemigo.*[6]

---

4 Se pueden revisar las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestra página web en http://www.alfonsozambrano.com

5 ZAVALA EGAS Jorge, *Maestría de Derecho Constitucional,* clases del viernes 14 y sábado 15 de septiembre de 2012. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

6 Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del terrorismo,* p. 249-281, Cap. del libro *Política Criminal*, Lima- Perú, Jurista Editores, 2009.

El Código Orgánico Integral Penal en el Título I empieza por asegurar la necesidad de regular el ejercicio del poder punitivo del Estado (art.1), lo cual nos recuerda las expresiones del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni de que el sistema penal debe establecer los límites para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado, propuesta que compartimos desde ya hace más de dos décadas. En este mismo artículo se destaca el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en el respeto al debido proceso, en el principio de la proporcionalidad entre el delito y la sanción, en el respeto a la seguridad jurídica que se hace efectivo con el respeto a la tutela judicial efectiva del art. 75 de la Constitución y con la insoslayable presencia del conjunto de garantías que trasuntan el respeto al derecho al debido proceso, que es la esencia de la justicia real y no formal, que se norma en el 76 de la misma Constitución de 2008.

Con acierto se denomina al Título II, Garantías y Principios Generales, y se identifica al Capítulo Primero con los Principios Generales, para consagrar el principio de la igualdad procesal y la no discriminación, el de la legalidad de la pena y del delito, el de la legalidad del proceso penal, y de la exigencia de hacer prevalente un *derecho penal de acto*. Destacamos la necesidad de la pena (hay que pensar en la *pena natural*), la importancia de la culpabilidad, y se insiste en el tema del respeto al debido proceso como presupuesto de procedencia de la culpabilidad. En el Capítulo Segundo en forma expresa se consagra el reconocimiento de la garantía (o derecho fundamental) a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, y la sujeción a los principios de inmediación y celeridad, destacándose la inviolabilidad del derecho de defensa.

Algunas Precisiones en Defensa Propia

En un primer documento de los elaborados como *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* enviado como borrador para la discusión, se hacía una afirmación que no era cierta, al decir: "podríamos afirmar que el derecho penal ecuatoriano ha permanecido ajeno al debate penal

contemporáneo y se rezagó en relación a la evolución del pensamiento y del derecho penal comparado".

Para demostrar lo equívoco del aserto –seguramente- por falta de información suficiente, debo manifestar que en el Ecuador el primer jurista que habló sobre finalismo y escribió un pequeño opúsculo fue el Prof. Jorge Zavala Baquerizo, en la línea del Prof. Maurach. En 1984 (hace 28 años) se publicó mi Manual de Derecho Penal[7] dedicado justamente al maestro Zavala Baquerizo, que contiene un estudio sobre lo que es el finalismo (338 páginas), siendo yo un seguidor del pensamiento welzeliano.[8]

El Prof. José Cerezo Mir, Catedrático (e) de España que fue alumno del Prof. Hans Welzel, en un importante trabajo monográfico se refiere a los penalistas welselianos españoles y latinoamericanos como Zaffaroni, Juan Bustos, Donna, Bacigalupo, etc., y me menciona en algunos párrafos por mi posición como finalista welzeliano, haciendo citas de mi libro DERECHO PENAL. PARTE GENERAL publicado por ARA Editores de Perú. [9]

El Prof. D. José Cerezo Mir que aún vive en Madrid, es uno de los penalistas más importantes en el mundo hispanoparlante y conocía que en Ecuador sí había un finalista seguidor de Hans Welzell, conociendo incluso el contenido de mi libro sobre el finalismo, como igualmente lo conocen la mayoría de los profesores hispanoparlantes.[10]

---

7 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* offset Graba, Guayaquil, 1984.

8 Hay una edición de ARA Editores de Perú, de mi Derecho Penal. *Parte General*, del año 2006 (437 páginas). La 3ra. Edición de mi *Manual de Derecho Penal*. *Parte General,* está publicada por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, en el año 2008 (491 páginas).

9 CEREZO MIR José, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos.* Se puede revisar el documento íntegro en www.alfonsozambrano.com sección Doctrina Penal.

10 En 1990 un gran penalista colombiano como es Nodier Agudelo Betancur en su obra LA DEFENSA PUTATIVA, cita mi libro y mi posición frente al error de tipo y al error de prohibición, en la p. 20. El Prof. Eugenio Raùl Zaffaroni en el DERECHO PENAL. PARTE GENERAL del año 2000 (este libro es citado con frecuencia en algunos párrafos del *borrador del anteproyecto de COGP)* menciona a mi Manual de Derecho Penal del año 1984 en la Bibliografía General de consulta.

En el año 1986 (hace 26 años) se publicó un libro TEMAS DE CRIMINOLOGIA del cual soy autor, que contiene un estudio que va desde *La criminología liberal reformista a la criminología crítica*. Al igual que con el profesor Eugenio Raùl Zaffaroni, me unía una gran amistad personal con el Prof. Alessandro Baratta que vino dos veces al Ecuador, una por gestión directa de mi parte. En el año 1988 (hace 24 años) se publicó un libro TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA de mi autoría en el que hago referencia al *Nuevo derecho penal y criminología crítica* (p.11), a un *Nuevo derecho penal* (a partir de la p. 29) siguiendo los lineamientos del Prof. Claus Roxin, cuyas tesis suscribimos, en lo personal hago una defensa del *derecho penal mínimo* (a partir de la p. 37) pues ya conocía el pensamiento del Prof. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camerino, a quien cito en mi libro. Me refiero a la *Nueva criminología* (a partir de la p. 51), y me refiero al *Abolicionismo* (a partir de la p. 59) reproduciendo la opinión de Ferrajoli de abolir por lo menos la pena de cárcel.

En el año 1996 se publica otro libro mío, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, en que cito al Prof. Claus Roxin[11] en el estudio del *Iter Críminis y Teoría del Delito* y en el estudio de *casos penales* al referirnos al tema de la *Imputación Objetiva y Delito Culposo.*[12]

En el año 1995 (hace 17 años) se hace conocer mi *anteproyecto de código penal* para Ecuador que es sin duda *finalista*, el mismo que fue recibido por el entonces H. Congreso Nacional de la República y está publicado en la colección de Práctica Procesal Penal de 8 volúmenes de mi autoría[13]. Aunque en los documentos iniciales no se lo citaba, posteriormente y en la publicación el Ministerio de Justicia[14] se hace

---

11 ROXIN Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, Barcelona- España, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1992.

12 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Guayaquil, Editorial Offset Graba, 1996, p. 294 y ss.

13 El *anteproyecto de código penal,* del cual soy autor, además de su vertiente finalista, tiene aspectos relacionados con las alternativas a la privación de la libertad que yo venía estudiando y compartiendo. (cf. o ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Práctica Penal,* Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, p. 152-248). Se puede revisar el texto íntegro en www.alfonsozambrano.com en la sección Doctrina Penal.

14 *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal,* Ramiro Avila Santamaría (coordinador), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, Ecuador, 1ra. Edición, 2009.

mención en el *anteproyecto de COGP* del Ministerio de Justicia, del *anteproyecto de nuevo código penal para Ecuador*, Parte General, que responde a las modernas propuestas de la *Teoría del Delito*, elaborado por la pequeña Comisión Redactora designada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia para Ecuador en el año 1992 contando con el auspicio del ILANUD de NN.UU, y actuando como directores del proyecto el Catedrático Emérito español D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, y el Catedrático Emérito argentino D. Eugenio Raúl Zaffaroni. [15]

En uno de los últimos documentos revisados que es el *Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal* del 13 de junio de 2012, en la p. 30 se afirma una situación doctrinaria inconciliable, pues se dice: "El panorama actual del derecho penal, mayoritariamente ha acogido el enfoque finalista combinado con el funcionalismo, es decir lo que se ha llamado un finalismo moderno y ha servido para dar contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito plasmada en el proyecto, sin dejar de lado la función de garantía y evitar la aplicación arbitraria de la ley penal". No sabemos aún de dónde surgió esta afirmación de mezclar el funcionalismo con el finalismo sin siquiera entenderlos bien. Parece que esta afirmación es más bien producto de la *novelería* de algún asesor del proyecto que asumió que le daba matiz científico al documento al afirmar la existencia de un finalismo moderno.

A los interesados realmente en el *funcionalismo*, mucho bien haría leer una obra de mucha erudición del profesor Miguel Polaino Navarrete, con la colaboración del Prof. Miguel Polaino - Orts [16] en el tema del *sistema normativo- funcionalista del Derecho penal: aportaciones dogmáticas sobre norma, persona y sociedad en el sistema de Jakobs*, a más de lo que hayan escrito Talcott Parson, Robert K. Merton, Niklas

[15] La *pequeña Comisión Redactora* estuvo integrada por los profesores de Derecho Penal de la PUCE de Quito, Ernesto Albán Gómez y Arturo Donoso Castellón; por los profesores de Derecho Penal de la Universidad Central de Quito, Efraín Torres Cháves y Milton Román Abarca; y, por el profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Alfonso Zambrano Pasquel. Se puede revisar el texto íntegro en www.alfonsozambrano.com en la sección Doctrina Penal.

[16] POLAINO NAVARRETE Miguel, POLAINO – ORTS Miguel, *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 24 y ss.

Luhmann y el mismo Günther Jakobs. Sobre la denominación hay quienes se refieren al *estructural funcionalismo, funcionalismo sistémico, teoría sistémica, funcionalismo teleológico sistémico, constructivismo, estructuralismo funcional*, etc.

Es igualmente importante la sugerencia de revisar una de las obras del Prof. Günther Jakobs, Sociedad, norma y persona, para entender bien sus explicaciones en relación con el derecho penal y el llamado funcionalismo.[17]

Coincidimos en que el debate entre el causalismo y el finalismo es el día de hoy tema superado, y que sin duda el funcionalismo ha abierto nuevas perspectivas de análisis en la Dogmática penal moderna. Como dice el Prof. Miguel Polaino Navarrete: "La normativización de los conceptos jurídico-penales, concede la posibilidad de extraer consecuencias jurídicas en extremos sugerentes. Y la discusión actual y futura ha de centrarse en esta problemática. Pero ello no debe llevar a un deslumbramiento. A mi juicio, durante décadas se han ofrecido soluciones a problemas jurídico-penales, que no deben en modo alguno al día de hoy, simplistamente obviarse".[18]

Un Breve Referente Histórico

En el año 1981 en que asistí al Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Bogotá, se discutía (se socializaba) el contenido del nuevo código penal de Colombia aprobado en 1980 durante el periodo de vacatio legis de un año. Este código muy moderno para la época había tenido una fuerte influencia del *Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina*, que se había discutido en la década de los años 60 bajo la dirección inicial de Eduardo Novoa Monreal y posteriormente del eximio don Luis Jiménez de Asúa, probablemente el más aventajado de los juristas hispanoparlantes y en el que trabajaron juristas como los profesores Alfonso Reyes Echandía muy joven sin

[17] JAKOBS Gûnther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Melìa y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ra. reimpresión, 1998.

[18] POLAINO NAVARRETE Miguel, en ob. Cit. en la *Nota Preliminar del Autor*.

duda, Sebastián Soler, Eduardo Noboa Monreal, Ricardo Núñez, Claudio Heleno Fragoso, Nelson Hungría, Mariano Jiménez Huerta, Luis Garrido, Raúl Carrancá y Trujillo, Francisco González de la Vega, Luis Bramont Arias, Celestino Porte Petit, Sergio Politoff, Francisco P. Laplaza, Eduardo Aguirre Obarrio, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freire, Francisco Pavón Vasconcelos, Fernando Bayardo Bengoa, Adela Reta, José Rafael Mendoza Troconis, Tulio Chiosone, Gladys Romero, Bernardo Beiderman, para mencionar a algunos de los más importantes penalistas iberoamericanos que se hicieron presentes.

La idea de reunir a los juristas latinoamericanos para elaborar un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica, tiene su origen en el acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su sesión del 8 de octubre de 1962. [19]

La Propuesta del Codigo Organico Integral Penal

La propuesta contenida en EL Código Orgánico Integral Penal, es verdad que resulta ser creativa e integral (no sé si coherente con el resto del sistema penal), pero es *ambiciosa,* y para algunos puede resultar *audaz* la propuesta de refundir en un sólo código orgánico, la ley sustantiva (código penal), la ley adjetiva (código procesal), y la ley de ejecución penitenciaria.

El Finalismo

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas.

Fundamentada en la doctrina del derecho natural surge la propuesta del Prof. Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico-objetivas. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía

[19] Los materiales del *Código penal tipo para América Latina* se publicaron en tres tomos, bajo la Dirección del Prof. Francisco GRISOLIA, por la Editorial Jurídica de Chile en el año 1974 y suman cerca de dos mil páginas de intenso trabajo y discusión académica, por parte de los más importantes penalistas hispanoparlantes.

decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

Como se viene reconociendo el *proyecto de Código Orgánico Integral Penal* de Ecuador, es de *corte finalista*, esto nos permite abordar su estudio doctrinario con la experiencia que nos dan treinta años de estudio del finalismo.

Conceptos en el Proyecto de Codigo Organico Integral Penal

En el Art. 20 del *proyecto* - que hemos revisado- se define a la infracción penal (delito) expresando que *es la conducta típica, antijurídica y culpable.*

En el Art. 23 se señalan como conductas penalmente relevantes a las acciones u omisiones humanas que produzcan resultados dañosos.

En el Art. 25 se reconocen como causas de exclusión de la conducta la que es producida por fuerza irresistible, acto reflejo o estado de plena inconsciencia. Esto genera la impunidad.

El Art. 26 se refiere a la tipicidad, el Art. 27 al dolo, el Art. 28 a la culpa, el Art. 29 se refiere a la omisión dolosa como constitutiva de las *fuentes de la posición de garante.* El Art. 30 se refiere al error de tipo en sus dos vertientes: error de tipo invencible y error de tipo vencible.

Nos parece un grave equívoco que se exprese que el error de tipo no podrá ser alegado en los casos de delitos contra la inviolabilidad de la vida, violencia intrafamiliar y contra la integridad sexual y reproductiva.

Reconocemos como un acierto que se haya suprimido la figura del delito *preter* o *ultra intencional*, que resultaba de una mezcla de dolo y

de culpa, así como la exclusión de la figura del *encubridor* en la *teoría de la participación.*[20]

En el Art. 31 se alude a la antijuridicidad, en el Art. 32 a las causas de exclusión de la misma, en el Art. 33 al estado de necesidad y en el Art. 34 a la legítima defensa. En el Art. 35 se refiere a la culpabilidad, en el Art. 36 a las causas de exclusión de culpabilidad por error de prohibición y trastorno mental.

En el *proyecto* no se hace ninguna consideración al llamado *error de comprensión culturalmente condicionado* al que nosotros si nos referíamos[21] en nuestro *proyecto de código penal.* Reconocemos que el llamado *error de prohibición culturalmente condicionado*, puede ser estudiado como una forma del *error de prohibición*.

POSICIÓN DEL PROF. CLAUS ROXIN Y SUS DIEZ TESIS EN EL *PROYECTO ALTERNATIVO*

El Prof. Claus Roxin en procura de un avance de la política criminal, y un derecho penal moderno que se ajuste a las exigencias de un Estado de Derecho que permita un desarrollo social auténticamente democrático[22], presentó un *proyecto alternativo* en Alemania. Reproducimos las propuestas del profesor de Munich, Dr. Dr. h. c. múlt. Claus Roxin:

Primera tesis.- El derecho penal no tiene como misión la preservación de la norma moral,sino la protección de bienes jurídicos.

Segunda tesis.- Como protector de bienes jurídicos, debe utilizarse al derecho penal como la *última ratio.* La tendencia es a la descriminalización de la mayoría de las conductas que implican

---

20 En nuestro proyecto de código penal habíamos suprimido el delito *preter* o *ultra intencional*, así como el encubrimiento en la *teoría de la participación*, pues lo ubicábamos como delito contra la actividad judicial.

21 Puede ser revisado en el Tomo V de Práctica Penal. ob. cit. p. 152-248.

22 Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Temas de derecho penal y criminología,* Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1988, p. 30-31. La propuesta del Prof. Claus ROXIN está contenida en diez tesis.

un bajo costo social, y la criminalización por excepción de aquellas identificadas con los grupos de poder.

Tercera tesis.- La retribución no puede justificar el fin de la pena ni legitimar su imposición, quedando únicamente la necesidad de la prevención general y especial.

Cuarta tesis.- Hay que seguir conservando el principio de culpabilidad, que cumple una función político-criminal de limitante del poder estatal, con una clara distinción entre la pena y la medida de seguridad.

Quinta tesis.- No deben existir diferentes clases de pena. Se trata de ejecutar una pena privativa de libertad como pena unitaria.

Sexta tesis.- La pena privativa de libertad de hasta seis meses debe ser eliminada.

Séptima tesis.- La pena privativa de libertad de hasta dos años debe ser sustituida con pena pecuniaria.

Octava tesis.- La pena pecuniaria puede ser sustituida con trabajo socialmente útil.

Novena tesis.- Cuando la pena resulte inadecuada e innecesaria – determinada así por una prognosis fiable- debe ser suspendida a prueba.

Esta función debe operar de manera general para las penas de hasta dos años, y para las demás cuando hubiese transcurrido la mitad del cumplimiento de las mismas. En el caso de las de dos años deben cancelarse retroactivamente los antecedentes penales.

Décima tesis.- La ejecución de las penas y el cumplimiento de las medidas de seguridad, deben estar organizados como ejecución socializadora. [23]

[23] ROXIN Claus, *Política criminal y reforma del derecho penal,* -El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo-, Temis, Bogotá, 1982, p. 5-26. Nuestra posición y comentarios pueden ser revisados en *Temas de derecho penal y criminología,* ob.cit. p. 31 y ss.

Recordemos que el Prof. Claus Roxin que a más de penalista es un eximio procesalista y un referente de la política criminal más avanzada, es representante del llamado *funcionalismo moderado*, que permite la renuncia de la pena si la misma no cumple ninguna función o cometido social (de política criminal).

NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO

Lo que habíamos consignado hace 28 años con la 1ra. Edición de nuestro *Manual de Derecho Penal,* tiene hoy pleno cumplimiento con el *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* en lo que corresponde a la Parte General (Teoría del Delito) conforme consignamos precedentemente.

Desde hace casi tres décadas hemos expresado nuestra adherencia a la concepción o *teoría finalista de la acción* no en el esquema ortodoxo welzeliano, siguiendo al Prof. Hans Welzel sino en el esquema del Prof. Reinhart Maurach que fue expuesto en forma ordenada y sistemática por el Prof. Jorge Zavala Baquerizo. En esta misma línea se ubica el Prof. Luis Cousiño Mac Iver.[24]

Nosotros hemos pretendido acercarnos a una definición del delito pareciéndonos conveniente afirmar la existencia del delito como conducta *típica y antijurídica* y dejar reservada la *culpabilidad* para el dueño de ese acto. Que grato es recordar la claridad expositiva de un penalista de excepción como era el apreciado y querido amigo D. Juan Bustos Ramirez que nos decía que se podía comprender fácilmente si admitíamos: "la tipicidad (como) adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese típico con todo el ordenamiento jurídico, y, la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico".[25]

---

[24] Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal,* edit. Graba, Guayaquil, 1984. WELZEL Hans, *Derecho Penal. Parte General,* Depalma, Buenos Aires, 1956. MAURACH Reinhart, *Tratado de Derecho Penal,* Ariel, Barcelona, 1962. ZAVALA BAQUERIZO Jorge, en *Revista de la Universidad De Guayaquil,* 1968. COUSIÑO MAC IVER Luis, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

[25] RAMIREZ BUSTOS Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General,* Editorial Ariel. S.A., España, 1ra edición, 1984, p. 148 -149.

Como reconoce el mismo Prof. Juan Bustos Ramírez, este modelo en apariencia tan sencillo es fruto de una larga discusión en la que han terciado los penalistas más importantes, desde Feuerbach, Beling, Von Lizt, Mezger, Merkel quien sostuvo la inseparabilidad de la antijuridicidad de la culpabilidad, el mismo Welzel sostuvo tal inseparabilidad en los delitos culposos, para otros resulta inseparable la tipicidad de la antijuridicidad como lo propugnaban Mezger y Sauer, el profesor Claus Roxin es aporte fundamental con su teoría de los elementos negativos del tipo. De esto podríamos extraer que resultarían elementos negativos del tipo las causas de justificación, lo cual quiere decir que afirmado el tipo en su conjunto aparece ya dada la antijuridicidad, la tipicidad así entendida es *ratio essendi* de la antijuridicidad, las causas de justificación servirían para delimitar el tipo positivo.

Como nos recuerda el Prof. Bustos Ramírez, luego de ese recuento de las teorías causalista naturalista, causalista valorativa y la finalista, a la que agrega la llamada teoría de la acción social, y coincidimos en la afirmación de que la teoría finalista logra culminar todo un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito, que permite superar las contradicciones existentes con lo cual se logra una mejor precisión conceptual y garantista. En palabras del recordado jurista Bustos Ramirez, "a partir del año 1965, época en que la teoría finalista alcanza su total consagración, surge una nueva etapa en la evolución de la teoría del delito que sobre la base de la renovación producida en la criminología y en la política criminal, analiza el delito no sólo desde una perspectiva conceptual o *estrictamente* dogmática, sino preferentemente desde las funciones y legitimación de un Estado social y democrático de derecho y por eso mismo desde el sentido y justificación de la pena". [26]

Cuando hay ausencia de conducta (aspectos negativos del acto) no puede válidamente afirmarse que hay delito, pues si se elimina la voluntariedad del acto, se llegarían a confundir las manifestaciones de la naturaleza que carecen de racionalidad, la fuerza física irresistible y otras expresiones de involuntariedad (crisis epilépticas, sueño

[26] RAMIREZ BUSTOS Juan, Ob. Cit. p. 167.

fisiológico, hipnotismo) en las que no hay acto porque hay ausencia de conducta, con aquellos actos que son relevantes para el derecho penal.

El profesor Zavala Baquerizo, dice al prologar una obra de un conocido penalista y criminólogo, "si el acto es una manifestación de voluntad –lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas – es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera". [27]

Hasta ahora no se ha podido encontrar una alternativa para el principio de culpabilidad, con cuya ayuda se pudiese determinar de mejor manera, los presupuestos de las facultades de intervención estatal en un Estado de Derecho. El respeto al principio de culpabilidad nos llevó a aceptar la conveniencia de la eliminación de la *reincidencia como circunstancia de agravación de la penalidad* en el anteproyecto de nuevo Código Penal para el Ecuador.

Con acierto y profundidad el Prof. Claus Roxin sostiene que "más bien el comportamiento desviado tendría que ser visto como parte integrante del sistema social e imputado a éste, entonces ello tendría que llevar a la abolición de toda sanción respecto de las contravenciones al derecho.

Pero ésto sería una exigencia irreal, porque no es compatible con las condiciones de existencia de la sociedad"[28]. Rescatamos la importancia que para la determinación del grado de la reprochabilidad tiene hoy el principio de la coculpabilidad que en el anteproyecto de Código Penal ecuatoriano de nuestra coautoría está previsto en el art. 64, núm. 4, que permite una efectiva graduación del reproche por las circunstancias que concurrieron en el delito, correspondiéndole al juez considerar las carencias económicas, sociales y culturales del procesado, en quien pudiesen haber influido.

---

27 ZAVALA BAQUERIZO Jorge, en prólogo de *Derecho Penal Básico* de Edmundo René BODERO, Disgraf, Quito, 1992.

28 ROXIN Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito,* ob. Cit. p. 142-143.

Parece más coherente y constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y configurarlo de manera que quede liberado de elementos irracionales, de forma que se convierta en un baluarte comprobable empíricamente de restricciones a las intervenciones jurídico estatales como expresa el profesor últimamente citado.

Recordamos que la conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en marcha de la causalidad. La *conducta* es sinónimo de *acción* y de *acto,* y sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer.

Para nosotros es de más fácil entendimiento y para diferenciar el acto del tipo, reconocer que en la tipicidad legal dolosa en el aspecto objetivo (tipo objetivo) podemos encontrar referencias: de tiempo, de lugar, de modo, de ocasión, de medios. Elementos descriptivos que son los que predominan y no requieren de valoración alguna. Elementos normativos que pueden tener una connotación jurídica o ético social. Resultado o mutación física. Nexo de causalidad. Sujeto activo. Sujeto pasivo. Que en el aspecto subjetivo (tipo subjetivo) estudiamos al dolo que se produce cuando se quiere la realización del tipo objetivo orientado por el conocimiento. El dolo en el *aspecto cognoscitivo* requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos descriptivos, de los normativos, de la previsión de la causalidad y de la previsión del resultado. En el *aspecto conativo* el dolo puede ser directo (de primer o segundo grado o de consecuencias necesarias) o eventual en el que el sujeto se representa la *posibilidad* del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta que ha elegido libremente. [29]

Junto al dolo ubicamos los elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo y que hacen referencia a las particulares finalidades que puede perseguir el agente y que permiten diferenciar figuras que tienen los mismos elementos en el tipo objetivo, como en el caso de la privación de la libertad, el rapto y el plagio.

[29] ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Manual de Derecho Penal, Ob. Cit.* pp. 67-84, pp. 119-143. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edic.* Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 371-426.

Para evitar equívocos, recordemos que la culpabilidad es igual a juicio de reproche[30], que la *reprochabilidad* es conmensurable y que el menor o mayor reproche determina la mayor o menor culpabilidad y consecuentemente la mayor o menor penalidad. No es cierto que se pueda actuar con más o menos dolo y con más o menos culpa. Debemos tener claros los límites entre el juicio de disvalor del acto y el juicio de disvalor del autor que es propio de la culpabilidad.

Bien vale decir que se actúa con o sin dolo y con o sin culpa, pero no con menos o más dolo y con menos o más culpa, para graduar el reproche de culpabilidad. Para los finalistas la ausencia del dolo y de la culpa de los predios de la culpabilidad, no ha significado un vaciamiento de la *teoría normativa* de la culpabilidad, pues en ésta tenemos como criterios legales de reproche del injusto a su autor, la posibilidad de comprensión de la antijuricidad y un cierto ámbito de determinación del sujeto[31]. Para una adecuada comprensión de lo que es el aspecto negativo de la exigibilidad de la conducta, coincidimos en afirmar que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Como dice el Prof. Zaffaroni, "Siempre que no hay culpabilidad ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya". [32]

El delito lo definimos como la *conducta típica y antijurídica*, y reservamos la afirmación de la *culpabilidad* para el autor o dueño de ese acto típico y antijurídico. Para nosotros existen *dos juicios de disvalor o de reproche*: el de *disvalor del acto* por el cual y una vez que constatamos que la conducta es típica y antijurídica la reprochamos como disvaliosa, vale decir como constitutiva de delito. Lo que debemos determinar

30 BODERO Edmundo, op. cit. pp. 238-239. Posteriormente dice: "La no exigibilidad de otra conducta, para nos, es una especie de eximente abierta, en la que caben causas de justificación, de inculpabilidad y excusas absolutorias, no consagradas en el texto legal...", ibidem, p. 247.

31 ZAFFARON Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal,* op. cit, p. 516, "para reprocharle una conducta a su autor (es decir para que haya culpabilidad) se requiere que éste haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio, es decir, que no haya estado en una pura opción... la culpabilidad es un concepto graduable, es decir que admite grados de reprochabilidad..."

32 ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, op. cit, p. 517.

es que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal (el injusto penal típico) que son la manifestación de conducta, la relación o nexo causal y el resultado, pues el elemento subjetivo (dolo o culpa) lo podemos inferir vía presunción. Una conducta típica la podemos presumir como ilícita (antijurídica) porque lesiona sin que medie una causa de justificación o un estado de necesidad, un bien jurídico merecedor de protección penal.

El otro *juicio de disvalor* o de *reproche* es el que se dirige al dueño del acto típico y antijurídico, de quien presumimos que tiene capacidad para comprender la criminalidad del acto (antijuridicidad) y para determinarse de acuerdo con esa comprensión en el caso concreto, que no se encuentra en situación de error de prohibición o de trastorno mental (inimputabilidad), y que no media una causa de inexigibilidad de la conducta. Si se cumplen estos presupuestos, procede el juicio de reproche o de culpabilidad como presupuesto, para la imposición de una pena.

En tertulias de sobremesa con un querido amigo y jurista el Prof. Luis Gracia Martín, admite que le seduce la idea de aceptar esa concepción bipartita de manera de reservar la conducta *típica* y *antijurídica* como elementos constitutivos del delito, y la *culpabilidad* como juicio de reproche al dueño de esa conducta. Coincidimos con el profesor Gracia Martín, en reconocer que el Prof. Juan Bustos Ramirez se mostraba partidario de esta posición, y expresaba en su *planteamiento personal respecto del delito*: "frente a la situación típica antijurídica, la culpabilidad ya no dice relación con la situación que ataca al orden jurídico, sino con una consideración en relación al sujeto de esa situación. No es la situación la que se enjuicia en la culpabilidad, sino el sujeto. Es por eso que delito e injusto son la misma cosa, el delito es la situación injusta, que contraviene al ordenamiento jurídico, el delito es una valoración de esa situación, pero no del sujeto. Por eso en la diferenciación dentro del sistema penal hay que ir más lejos y distinguir entre el ámbito del delito y el del sujeto responsable. Este ámbito se rige por principios completamente diferentes a los del injusto, no se puede hacer un traslado mecánico, como se ha hecho hasta ahora de unas categorías propias del injusto hacia el sujeto y

con ello en cierto modo facticizar al sujeto, transformándolo en un hecho o situación". [33]

El Prof. Helmut Frister deja puerta abierta para que se pueda discutir sobre la teoría del delito y su estructura, y luego de afirmar que "el Derecho penal vigente se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho individual. Los hombres no son penados por la conducción de su vida en conjunto sino por determinadas formas de conducta, conminadas con pena por la ley. De este modo, el presupuesto básico de todo hecho punible es una conducta a calificar en concreto de una persona natural que satisfaga los presupuestos de una ley penal determinada".[34] El Prof. Frister se refiere a continuación a las que denomina *cuestiones de subsunción*, que pueden ser apreciadas – en nuestra opinión- como los elementos del delito que se configuraría a partir del injusto típico (tipicidad y antijuridicidad), y la culpabilidad como juicio de reproche.

Explica el Prof. Frister: "La resolución de una cuestión de subsunción se da en lo esencial, en tres grandes pasos. En el primer paso se trata de la pregunta de si la conducta a enjuiciar cae en general bajo el tipo delictivo respectivo, es decir, si satisface todos aquellos elementos legales que fundamentan el ilícito del delito en consideración. Estos elementos constituyen el **tipo** del delito respectivo. En el segundo paso se debe investigar si el disvalor general de la realización el tipo antes comprobada, está compensado por una especial causa de justificación, de modo tal que la realización del tipo delictivo no sea un ilícito en el caso concreto. Así, el objeto del segundo grado de análisis es la **antijuridicidad** de la conducta a enjuiciar. Junto con el primer grado, configura una unidad valorativa, en la medida en que ambos constituyen en común el ilícito jurídico-penal. En el tercero y último paso, de lo que se trata es de la cuestión de si al autor se le puede hacer un reproche personal por el ilícito antes comprobado. La reprochabilidad personal del ilícito fundamenta la **culpabilidad** del autor".

---

33 BUSTOS RAMIREZ Juan, en ob. Cit. p. 175.

34 FRISTER Helmut, *Derecho penal. Parte general,* traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, Jose Luis Depalma editor, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 150 y ss.

Por lo anterior es que por nuestra parte nos referimos a un doble juicio, el de *disvalor o de reproche del acto* una vez que hemos constado que el **acto típico es antijurídico** (o ilícito), y el juicio de *disvalor o de reproche del autor*, por el cual concluimos en su **culpabilidad.** Podemos afirmar que la culpabilidad es del autor y no del acto, en razón de ello sostenemos que los inimputables sí cometen delito, pero como no hay reproche de culpabilidad les imponemos una medida de seguridad y no una pena.

Etapas de realización del delito doloso: ideación. Preparación. Ejecución. Consumación.-

La acción dolosa es punible no solamente cuando se dan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo, esto es cuando se produce la consumación –siempre que el autor sea reprochable o culpable- sino que en determinadas circunstancias aún faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como *tentativa*. (cf. Artículos 41 y 42 del *Código Orgánico Integral Penal*).

Como expresa el Prof. Enrique Bacigalupo es necesario delimitar el comienzo de la punibilidad pues "dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momentos el autor ingresa en el límite de lo punible, y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista". [35]

Por respeto al principio de *seguridad jurídica,* se demanda que la etapa anterior a la realización plena del delito haya alcanzado cierto grado de desarrollo, para que pueda ser reputada como típica. El delito se inicia como una idea que se encuentra en la mente del autor cuyo proceso empieza con ella (con la idea) para ir pasando por estadios sucesivos, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, cuando éste forma parte del ejercicio de la actividad final del autor. Todo este largo proceso es lo que denominamos iter *críminis*; como decía el Prof. Luis Jiménez de Asúa el *iter críminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la

[35] BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho Penal,* Temis, Bogotá, 1984, p. 163.

ideación hasta el agotamiento, y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. "La fase interna sólo existe mientras el delito encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación". [36]

Aunque se diga que no hay más que estas dos fases, se puede admitir entre ambas una fase intermedia que es la de la *resolución manifestada* en la que aún no existe una auténtica fase externa, pero sí expresiones de resolución como la *proposición, la conspiración*, etc. En la etapa de *ideación* que se desarrolla en el fuero interno -en la mente del sujetoéste elabora un plan para llegar a la comisión del delito, se propone los fines a los que se dirigirá su acción y escoge los medios que considera idóneos para conseguir los fines. En esta *fase interna* puede haber la tentación de delinquir y el sujeto puede aceptarla o no; puede retornar la idea y producirse un proceso de *deliberación* interna que como resultado lleve al sujeto a rechazar la idea o a aceptarla, y hasta podría darse la opción que le proponga a otro que lo haga, que lo induzca, etc.

Pero desde qué momento el iter críminis ingresa en los predios de la punibilidad? Un antiguo aforismo que proscribe la penalización de las ideas o del pensamiento, *cogitationis poenam nemo* patitur, nos da la respuesta al expresar que el pensamiento no puede soportar ninguna pena. Agregamos que de no ser así, estaríamos en el campo del pecado y no del delito y que no habría diferencia ontológica entre los mismos. Este aforismo fue proclamado como principio legislativo en el *Digesto* expresando don Luis Jiménez de Asua que "mientras el proceso del *iter críminis* se mantiene en lo íntimo del agente, no puede decirse que ha comenzado el acto punible. *Las ideas no delinque*n. Hermosa afirmación que ha costado tantos mártires —como Barni proclama— y que, por todos los medios se trata hoy de burlar". [37]

Terreno de difícil delimitación es el del momento de la penalización en el *iter críminis,* pues ésto está sujeto a la normativa contemplada en un código penal y a la forma cómo se puede utilizar perversamente

[36] JIMENEZ DE ASUA Luis, *Tratado de Derecho Penal,* Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970, p. 225.
[37] JIMENEZ DE ASUA Luis, op. cit, p. 229.

el sistema penal como refinado instrumento de control social v dominación política.

En la fase de *preparación* el autor dispone de los medios escogidos con el objeto de crear las condiciones que le permitan la obtención del fin o fines. En la fase de *ejecución* se produce la utilización concreta de los medios que se han elegido para la realización del plan. Resulta difícil poder delimitar la preparación de la ejecución. La distinción "sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir en relación a los tipos penales individuales de la ley penal"[38] . La fase de *ejecución* es comprensiva tanto del acto incompleto del autor, como de la total realización del mismo según el plan trazado para llegar a la consumación, vale decir que aquí consideramos tanto la *tentativa inacabada o tentativa* y el delito frustrado o fallido. *La consumación* es la obtención del fin propuesto y planeado mediante la utilización de los medios escogidos con tal finalidad. Para efectos de la punibilidad sólo interesan las etapas de ejecución y de consumación.

De *lege ferenda la ideación* y la preparación no tienen relevancia penal, y algunos códigos como el argentino adoptan la fórmula del *principio de ejecución (art.* 42). Esta fórmula legal amplía la tipicidad hasta abarcar actos que contemplan un principio de ejecución del delito; ha sido tomada del código penal francés y "deja fuera del ámbito de la tentativa los *actos preparatorios* previos a la ejecución del hecho. Sólo por excepción se tipifican en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir o la conspiración para cometer traición". [39]

El Prof. Hans-Heinrich Jescheck admite en principio que los actos preparatorios permanecen por lo general impunes, porque están demasiado alejados de la consumación como para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad y que además en aquellos no sería claramente demostrable la existencia, del dolo, agregando que

[38] BACIGALUPO Enrique, op.cit, p. 164.

[39] ZAFFARONI, Ob. Cit. p. 601. Para el Prof. BACIGALUPO, "preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico", Ob. Cit., p. 164.

"sólo por *especiales razones de política criminal* considera el legislador conveniente castigar excepcionalmente los actos preparatorios". [40]

En casos como los de la imitación o falsificación de matrices, clisés, planchas o cualesquiera otros objetos que sirvan para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco (a los que se refería el art. 330 del CP ecuatoriano, que se derogaría) no se trata en verdad de actos preparatorios sino de verdaderos actos de ejecución en los que el legislador desplaza la protección del bien jurídico –en este caso la fe pública– hasta esas acciones; puede admitirse que se trata de verdaderos *delitos autónomos* como ocurre cuando se trata de los *delitos contra la salud*, en que se sanciona por ejemplo la venta de sustancias que pueden alterar la salud o causar la muerte o que se vendan sabiendo que debían servir para falsificar sustancias o artículos alimenticios.

NOTAS BREVES SOBRE LA TENTATIVA

De la tentativa se dice que es dispositivo amplificatorio del tipo penal[41], forma ampliada o ampliatoria de la adecuación[42]. Y es que el *problema* no se centra únicamente en encontrar el límite preciso para separar los actos preparatorios de aquellos que comportan un principio de ejecución, sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, "porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible"[43]. No hay un delito autónomo que permita penalizar el intento o *conato* de conductas ilícitas en general, sino la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

Autores como el maestro Francesco Carrara la han considerado como un *delito imperfecto,* por nuestra parte la consideramos como

40 JESCHECK Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal,* Parte General, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 712.

41 REYES Alfonso, *Derecho Penal,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 169.

42 SOLER Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 203 y ss.

43 CURY URZUA Enrique, *Tentativa y Delito Frustrado,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p.12.

un delito subordinado o en relación con un delito consumado, ya que el estudio de la tentativa de una conducta se realiza en referencia a un tipo penal de la parte especial,que no llega a su completa realización por una actividad ajena a la intención del agente. Esto es que acerca de su *naturaleza,* hay quienes aprecian a la tentativa como *delito incompleto* y como tipo *independiente.* En la primera posición no se dan todos los caracteres del tipo, porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución que no llega a concretarse plenamente, produciéndose un resultado cortado. Con la segunda posición se pretende que la tentativa sea admitida como un tipo independiente como cualquier otro, esto nos llevaría a tener que ubicar a la tentativa en la parte especial y a tipificar la tentativa para cada uno de los delitos susceptibles de la misma.

En el *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* (art. 42) cuando estudiamos la *tentativa* debemos proporcionar criterios para expandir el ámbito de la penalidad a aquellos *actos idóneos*, sin que tengamos elementos prefijados para su determinación. Aquí será de vital importancia tratar sobre el efecto del desistimiento de los actos ejecutivos idóneos para producir el delito consumado, así como la situación excepcional de considerar como delito consumado tipos penales de resultado cortado, en que la protección de determinados bienes jurídicos reputa al principio de ejecución como delito autónomo, siendo ese el tratamiento que se le daba en el Ecuador al *atentado contra el pudor,* expresando nuestro código penal "el atentado existe desde que hay principio de ejecución" (art. 508 del código penal derogado), lo que nos ha permitido decir que no existe en nuestra legislación *tentativa de atentado contra el pudor.* [44]

La tentativa tiene que ser estudiada como dispositivo que complementa el tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del código penal, pero que por razones de técnica legislativa se la ubica en la parte general del código con fines de economía, apareciendo subordinada así al tipo de la parte especial, pues se completa el contenido mediante un reenvío a ella[45]. Nuestro código

44 ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, ob. cit., p. 144.
45 CURY URZUA Enrique, ob. cit., p. 27.

penal todavía vigente tiene una fórmula comprensiva de la tentativa o *conato* y del delito frustrado *o fallido,* expresando en su art. 16: "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica". Desde el ámbito de la penalidad su sanción es igual, aunque sabemos que con propiedad el *delito tentado* tiene lugar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva, como en el caso de que fuese descubierto e impedido de ejecutar el disparo mortal, en tanto que habrá *frustración* cuando finaliza su actividad delictiva pero el resultado querido o buscado no se produce, como cuando el agente llega a disparar y no consigue el resultado muerte sino uno menor como sería el de lesiones, esto es que la no producción del resultado no depende de la intención del agente. [46]

No nos queda duda de que la tentativa es un *delito imperfecto* o *incompleto*, porque no se cumple el tipo penal objetivo aunque el tipo penal subjetivo sí se cumple totalmente. Vale decir que estructuralmente la tentativa comporta el ejercicio de una actividad final y un resultado incompleto, que la conducta además de típicamente imperfecta es antijurídica y que al autor se le puede formular un reproche disminuido de culpabilidad con la consiguiente imposición de una pena menor que la que le correspondería por delito perfecto o completo. El Prof. Bettiol[47]. Afirma que la tentativa entraña un peligro de lesión y no una efectiva lesión de un bien jurídico. Nosotros creemos que hay una efectiva lesión al bien jurídico y no solamente el peligro de lesión cuando se consigue el resultado menor que el propuesto por el agente.

La autoría mediata del prof. Claus roxin

Esta tesis fue introducida en 1963 en la dogmática penal por el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, y fue aplicada en el *caso criminal* contra Adolf Eichmann quien fue juzgado y condenado por un Tribunal en Jerusalén en 1968. El Prof. Roxin sigue defendiendo su tesis, y en esta misma línea se ubican entre otros ilustres profesores:

46 BETTIOL Guiseppe, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p.480.

47 BETTIOL Guiseppe, Ob. Cit., p. 480.

Stratenwerth, Schmidhäuser, Wessels, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez, y Enrique Bacigalupo). Podemos sintetizar expresando que de acuerdo con esta teoría tiene lugar la *autoría mediata*, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometen delitos, como por ejemplo homicidios, desaparición forzada de personas, secuestros y torturas. Serán igualmente autores, en calidad de *autores mediatos*, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso tanta responsabilidad como los ejecutores directos o materiales. [48]

En la propuesta del Prof**.** Roxin, tratándose de una organización criminal de estas características, la realización del delito en modo alguno depende de los ejecutores materiales o directos. Estos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el "autor de escritorio" (Schreibtisch täter) como le dicen en Alemania, alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados. Vale decir que mantiene *el dominio del hecho.*

Si el encargado de la ejecución del delito, se resistiere a la ejecución del mismo, esto no conlleva el fracaso de la actividad delictiva (he aquí una primera distinción con la instigación), porque de inmediato otro ocuparía su lugar y ejecutaría el delito, sin que necesariamente el hombre de atrás conozca que hubo un cambio del autor o ejecutor inmediato. El hombre de atrás, controla el resultado típico a través del *aparato organizado de poder*, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. El hombre del escritorio tiene el "dominio" propiamente dicho, y por lo tanto es autor mediato.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos, constituye entonces una tercera forma de autoría mediata, que va más allá de los casos de coacción y de error. Esta tercer forma de autoría mediata, basada en el empleo de un aparato

[48] Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en la *Delincuencia Organizada Trasnacional. La autoría mediata del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin,* Edilexa S.A., Lima, 2011, p. 59-89.

organizado de poder, tiene su piedra de base en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes no dejan de ser, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o en palabras de Roxin y del Tribunal de Jerusalén, engranajes cambiables en la máquina del poder.

Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando emplea sus atribuciones para ejecutar acciones punibles, siendo indiferente si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. Lo decisivo será en todo caso, que pueda conducir la parte de la organización que está bajo su mando, sin tener que dejar al criterio de otros la consumación del delito.

Todos aquellos funcionarios que carezcan del poder de emitir órdenes, o bien aquellos otros que proporcionen los medios para matar, serían sólo cómplices. Del mismo modo, el denunciante ajeno al aparato organizativo sería instigador, pues no influye en el posterior desarrollo de los acontecimientos. Compiten con la postura del Prof. Claus Roxin, la tesis de la coautoría sostenida por el Prof. Gunther Jakobs, y la de la instigación, que sostienen Herzberg y Köhler, así como el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Nuestra posición sobre autoría mediata puede ser revisada en un libro de nuestra autoría, en que expresamos: "**Autor mediato**: Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable (Soler. Ob. Cit. Tomo II, pág. 245), que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico (Cury. Ob. cit., pág. 274). Hay en el **autor mediato** el dominio final del referido acto, apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento. Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta.

El Prof. Reyes Echandía (La Tipicidad, pág. 214), concluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente -o como instrumento- a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justificación o de inculpabilidad. Solución que nos parece apropiada para ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente". [49]

Requisitos de la autoría mediata

Dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual "descienda" sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical), y 2) la intercambiabilidad del ejecutor. [50]

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva con poder de mando autónomo.

Según Roxin, es posible suponer también la autoría mediata en organizaciones criminales no estatales (por ej. mafias) que alcancen a tener una estructura similar y que cumplan con estos dos requisitos.

La teoría de Roxin ha adquirido un gran respaldo por parte del Tribunal Supremo Alemán (BGH), ya que en una sentencia del 26/7/94 empleó esta fórmula de autoría mediata para condenar a tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. por el asesinato de nueve personas entre 1971 y 1989 que quisieron trasponer

[49] Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., Lima Perú, 2009, p. 419 -420.

[50] Cf. Matías BAILONE, *El autor de escritorio y el ejecutor fungible*, en www.alfonsozambrano.com en el link AUTORIA MEDIATA.

el muro de Berlín, víctimas de los disparos de soldados fronterizos que cumplieron las directivas de aquellos funcionarios. [51]

Sobre la importancia de la teoría del Prof. Claus Roxin, se manifiesta el Prof. Helmut Frister, mismo que expresa: "La teoría del dominio del hecho, predominante en la doctrina, ha sido elaborada y fundamentada con mayor detalle después de trabajos previos de algunos autores (entre los que menciona a Welzell y a Gallas) por Claus Roxin. Ella se alza contra la imposibilidad afirmada por la teoría subjetiva, de sopesar objetivamente los aportes al hecho y quiere llevar a cabo la delimitación entre teoría y participación no según la orientación, sino según que un interviniente domine objetivamente la ejecución del hecho o no. Sin embargo acerca de la concreción del concepto de dominio del hecho hay considerables diferencias de opinión…".[52]

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, Claus Roxin, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino *también* del Derecho Penal. En expresiones del profesor Roxin "el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del `Estado Leviatán´. Como instrumentos de protección que brinda el Estado vemos el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley, se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones desproporcionadas". [53]

---

51 Sugerimos revisar el excelente y erudito trabajo monográfico del Prof. Robert ALEXY, publicado en la Revista DOXA 23(2000) de la Universidad de Alicante en España, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal,* p. 197, 230, en que se refiere y comenta la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.

52 FRISTER HELMUT, *ob. Cit. p. 568 y ss.*

53 Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General.* Trad. Diego □ Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

Bibliografia

ALEXY Robert, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. Publicado en la Revista DOXA 23 (2000) de la Universidad de Alicante en España.

BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho Penal,* Temis, Bogotá, 1984.

BAILONE Matías, *El autor de escritorio y el ejecutor fungible*, en www.alfonsozambrano.com en el link AUTORIA MEDIATA.

BETTIOL Guiseppe, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1965.

BODERO Edmundo René, *Derecho Penal Básico,* Disgraf, Quito, 1992.

CEREZO MIR José, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos.* Se puede revisar el documento íntegro en www.alfonsozambrano.com sección Doctrina Penal.

COUSIÑO MAC IVER Luis, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CURY URZUA Enrique, *Tentativa y Delito Frustrado,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

FRISTER Helmut, *Derecho penal. Parte general,* traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

JAKOBS Gûnther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Traducción de Manuel Cancio Melìa y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ra. reimpresión, 1998.

JESCHECK Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal,* Parte General, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASUA Luis, *Tratado de Derecho Penal,* Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970.

MAURACH Reinhart, *Tratado de Derecho Penal,* Ariel, Barcelona, 1962

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Subsecretaría de Desarrollo Normativo, *ANTEPROYECTO DE CODIGO DE GARANTIAS PENALES*, Quito 1ra. Edición, 2009.

NODIER AGUDELO BETANCUR, *La Defensa Putativa*, Colombia, 1990.

POLAINO NAVARRETE Miguel, POLAINO – ORTS Miguel, *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas,* Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004.

RAMIREZ BUSTOS Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General,* Editorial Ariel. S.A., España, 1ra edición, 1984.

REYES Alfonso, *Derecho Penal,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

ROXIN Claus, *Política criminal y reforma del derecho penal,* "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", Temis, Bogotá, 1982.

ROXIN Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Barcelona España, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1992.

ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General.* Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003.

SOLER Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970.

WELZEL Hans, *Derecho Penal. Parte General,* Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General.* 4ta. Edic. Ediar, Buenos Aires, 1985.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* offset Graba, Guayaquil, 1984.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Temas de derecho penal y criminología,* Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Guayaquil, Editorial Offset Graba, 1996.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Práctica Penal,* Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Tomo I de la Biblioteca de Autores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, 2005.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Política Criminal. Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del terrorismo.* Jurista Editores, Lima, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en la *Delincuencia Organizada Trasnacional. La autoría mediata del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin,* Edilexa S.A., Lima, 2011.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, en *Revista de la Universidad De Guayaquil,* 1968.

La Teorìa Del Delito En El Neoconstitucionalismo

Autor: Profesor, Dr. Eduardo Franco Loor, msc.[1]

En esta época el Ecuador se inserta en la corriente teórica moderna denominada neoconstitucionalismo. Luis Prieto Sanchís [2], para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica el Estado neoconstitucional, dice que éste puede ser concebido como *-un cierto tipo de Estado de derecho, ( ) una teoría del derecho ( ) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada-.*

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español [3]que *-es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto*

---

1 Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Superior, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas del Instituto "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil. Es Profesor Principal de la FACSO de la Universidad de Guayaquil, Profesor de la UEES, de la Universidad Tecnológica ECOTEC y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue MAGISTRADO de la III Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Director Regional del CONSEP, Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral, Subsecretario de Bienestar Social del Litoral e Intendente de Policía del Guayas. Ha publicado: "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador" y "Derecho Internacional de la Comunicación Social". Por publicarse: "Fundamentos Teóricos de Derecho Penal Moderno" y "La Culpabilidad Penal y la Teoría de la Imputación Objetiva en el marco del Derecho Penal Ecuatoriano". Ejerce la abogacía y escribe artículos de Derecho..Email: efranco_loor@hotmail.com

2 PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucio*efranco_loor@hotmail.com '. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001.

3 PRIETO SANCHIS, Luis. Op cit.

político bastante bien articulado-. Para nuestro dilecto profesor de la Universidad de la Mancha, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones: de un fuerte contenido normativo y de garantías jurisdiccionales. Entonces solemos hablar de "*constituciones normativas garantizadas".*

Siendo el Ecuador por mandato el Art. 1 de la Constitución de la República 2008, un Estado Constitucional de derechos y de justicia, que es una fase superior al tradicional Estado liberal de Derecho, la visión neoconstitucionalista implica que el sistema normativo en su conjunto debe estar impregnado en su totalidad por los principios y normas constitucionales, es decir que el sistema jurídico normativo no puede entrar en contradicción con las normas de la Constitución.

En este orden de ideas el Derecho Penal ecuatoriano debe ser un Derecho Penal constitucional garantista, lo que significa que la legislación penal debe guardar sindéresis con los principios penales constitucionales. En otras palabras, todo el contenido valorativo, todo el contenido axiológico que representan los principios penales deben sellar y plasmar a la legislación punitiva. Consecuentemente, podemos aseverar, sin ambages que la teoría jurídica del delito, que se estudia en el Derecho General Parte General debe garantizar la defensa y protección de los Derechos Humanos de las partes en conflicto en el drama penal.

Dicho de otro modo, la filosofía del Derecho Penal ecuatoriano, en su aspecto teórico para determinar la responsabilidad penal de un infractor y poderle sancionar con la pena respectiva el cometimiento de un delito, debe construirse sobre la moderna teoría del delito garantista y constitucional

En la medida que el sistema de los derechos humanos fueron evolucionando hacia la universalidad y progresividad constante, la dogmática jurídica constitucional también se fue perfeccionando hacia nuevos paradigmas garantistas y precauteladores de principios en donde el pro homine se centralizó en el marco de un moderno constitucionalismo, hacia la aplicación inmediata de los derechos constituyendo eje fundamental hacia una justicia penal real

y democrática, asegurando un debido proceso que avale un procedimiento justo y digno considerando el derecho a la defensa, los principios in dubio pro reo, el non bis in idem, entre otros, pilares imprescindibles hacia la plena realización de los derechos humanos y de una justicia penal efectiva.

Ahora bien, como todos conocemos la moderna teoría del delito estratifica al hecho punible como un acto típico, antijurídico y culpable, y que merece por ello una pena. Pero debemos definir para enfocar el tema: Qué estudia la teoría jurídica del delito?

Antes de entrar a estudiar la teoría del delito es necesario definir lo que significa delito, Pérez Isidro M. señala que en el Derecho romano, no se hablaba propiamente de delito". "Se atendía más bien al resultado y por eso, se decía noxa, que luego se trasforma en noxia, que significa daño. Después se adoptaron diversas palabras para hablar de delito, en cuanto al hecho en sí, de las cuales predominaron en Roma al final, delicto o delictum y también crimen. En cuanto a la definición del delito se hace un silogismo que plantea el problema pero no lo resuelve; esto es, repite el mismo concepto con diferentes palabras". "El delito es un acto penado por la Ley". El delito es una acción u omisión antijurídica y culpable.

La responsabilidad penal es estrictamente personalísima y de interpretación restringida, sólo está dirigida a quienes sean capaz, de realizar hechos punibles establecidos previamente en la ley. Se encuentra prohibida su aplicación a quienes no han realizado ninguna conducta típicamente antijurídica y culpable.

La teoría del delito, constituye un mecanismo que permite explicar cuando se ha cometido un delito, el cual es, el núcleo central y fundamental de la tesis de la responsabilidad penal. En materia de responsabilidad penal, resulta de gran importancia estudiar la culpabilidad e imputabilidad de un sujeto con madurez y salud mental para comprender los hechos que realizan.

En tal sentido, se dice que hace muchos años se estudiaba al delito como un ente monolítico, el cual sólo se le identificaba con lo

contrario al derecho (lo antijurídico). La teoría del delito "atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto". Esta teoría se va a encargar de estudiar cada delito en particular, y las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Estas partes o elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, así como sus elementos negativos, ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación inimputabilidad, todo esto con el fin de establecer cuándo se le podrá imputar un hecho delictivo a un sujeto. Para determinar la responsabilidad se debe estudiar cada elemento que conforma un todo, tanto positivo y negativo en la teoría del delito y en este sentido tenemos:

1. Los elementos positivos del delito comprenden y configuran la existencia del delito que son: Conductas, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condiciones Objetivas, Punibilidad.

2. Los elementos negativos del delito son aquellos que constituyen la inexistencia del delito: Ausencia de conducta, Ausencia del tipo penal, Causas de Justificación,

Inimputabilidad, Inculpabilidad, Falta de condiciones Objetivas, Excusas absolutorias.

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad.

Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del s. XIX, cuando los docentes del Derecho penal se ven en la necesidad de explicar a sus alumnos de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general (los preceptos del Libro I o equivalente) del código penal. En concreto,

surge en Alemania tras la promulgación del código penal de 1871, y por autores como F.v. Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932)

Muñoz Conde escribe que la Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos[4] Es que hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad .

Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. Muñoz Conde enseña que "la verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias de la Parte General del Derecho Penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., es materia de la Parte Especial" . Por eso, Roxín considera que la dogmática de la Teoría General del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte General, ya que uno de sus cometidos más difíciles que encuentra es la formación y evolución cada vez más fina de un Sistema de Derecho Penal.

La Teoría del delito***, representa una parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, facilitando así la aplicación de la ley penal***. Por ello, la doctrina ha separado sus elementos, categorías o ingredientes en: Acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo que se observa es que indudablemente el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías

[4] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. "Derecho Penal. Parte General". p. 199

que en su origen en el último cuarto del siglo XIX, ya que, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde casi un siglo las categorías básicas del sistema. Por esto, Bacigalupo Zapater sostiene acertadamente, que no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal respecto del que el acuerdo es muy estable. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio. La razón que explica ésto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto –la ley- y un suceso real determinado.

En consecuencia, para este autor, se discute cómo se debe establecer el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar. Por ejemplo, sostiene Bacigalupo, para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, o dicho técnicamente: la tipicidad. ¿Se debe tomar en cuenta sólo el aspecto formal exterior de su comportamiento, es decir, su vinculación causal con un determinado suceso o, por el contrario, es preciso considerar también lo que el autor supo y la dirección de su voluntad. Esta cuestión estuvo en la base de las discusiones que nutrieron la polémica entre finalistas y casualistas que ocuparon el centro de la atención científica en los años 50 y comienzo de los 60. Pero, aún cuando se respondiera esta pregunta en alguno de los sentidos posibles, siempre quedará en pie un segundo problema: ¿Cómo se deben configurar estos elementos del caso que es preciso considerar en la aplicación de la ley penal al caso concreto? ¿Se debe operar con conceptos que recepten el ser, en sentido ontológico, de los elementos del hecho, o, por el contrario, es necesario un proceso de selección de los elementos previamente dados desde algún punto de vista normativo?

Por esto, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, asegura, es posible afirmar que *la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal.* Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la

resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías[5] Para este autor, la teoría del delito es, en primer lugar, el medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente.

El «imputar responsabilidad» significa afirmar de alguien: i) si ha actuado, o con otras palabras si existe un *hecho*; ii) si ese hecho es contrario al Ordenamiento, es decir, *antijurídico*; y iii) finalmente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es *culpable*). En la teoría del delito del Derecho penal encuentran acogida esas tres operaciones. En primer lugar se trata de identificar una acción como hecho, esto es, de poder afirmar de un fenómeno en el que un ser humano se ve inmerso que no es mera naturaleza, sino originada en la libertad. Hablamos entonces, ya no de acción, sino de un hecho. Este hecho se confronta o mide con arreglo a una norma, para dar como resultado que el hecho se ajusta al Ordenamiento o bien lo infringe. Si el hecho se ajusta a lo dispuesto por el Ordenamiento, no es preciso plantearse más en Derecho penal: alguien estaba obligado por la norma a no matar, y no ha matado, luego no hay cuestión alguna. Pero, si en cambio, el hecho infringe lo previsto en el Ordenamiento, hay que atribuírselo o reprochárselo al agente: esto es lo que se llama imputárselo a título de reproche, declarar a su agente culpable del hecho. Se plantean así tres operaciones que definen ya los tres elementos básicos de la teoría del delito. En primer lugar, el poder identificar un hecho. En segundo lugar, que ese hecho sea antijurídico En tercer lugar, que el hecho antijurídico se impute al agente como culpable. Por eso se entiende la definición común de delito como *hecho antijurídico culpable*.

La acción.-

Aunque hay opiniones doctrinarias en contrario, nosotros consideramos a la acción como el primer elemento o categoría del

[5] Enrique Bacigalupo Zapater. op.cit. 194

delito.[6] Una acción, es el fundamento común de todo delito, sin consideración a sus formas de aparición. Sirve de base tanto al delito doloso como al hecho punible culposo. La doctrina jurídico-penal dominante establece de manera indiscutible que sólo las acciones humanas pueden constituir la base fundamental de la responsabilidad penal.

Con lo dicho, es inconcuso que no hay responsabilidad penal en las personas jurídicas toda vez que ellas no cometen delitos en base al principio *"societas delinquere non potest"*[7]. Zaffaroni asegura terminantemente que buena parte de la doctrina considera que no se trata de una cuestión legal, sino que la persona jurídica es *incapaz de acción,* aunque no faltan quienes consideran que ella (el *societas delinquere non potest* o *universitas delinquere nequit)* es sólo incapaz de tipicidad o de culpabilidad y aún de pena. Explica el doctrinario que la tesis de la incapacidad de acción se corresponde con todo concepto de acción que no invente datos que no existen en la realidad, es decir, que no pueda reconocer la existencia de una conducta donde *falta una sustancia psíquica,* y que ésta es la posición correcta desde su punto de vista, pero que de todas maneras no resuelve todos los problemas.

Enseña Zaffaroni que el primer estrato (o paso de análisis) es la *conducta* que también puede llamarse *acción* o *acto*. Es el *sustantivo d*el *delito* que garantiza políticamente la vigencia del *nullun crimen sine conducta*. El concepto de conducta no tiene dos funciones (sistemática y política), sino que el concepto (sustantivo del delito) sistemático,

---

6 Bustos Ramírez, por ejemplo, considera que es la tipicidad y no la acción el primer elemento del delito y lo ubica dentro del tipo penal. Así también Bacigalupo Zapater y los funcionalistas sistémicos encabezados por Jakobs.

7 Hoy se reconoce en el mundo, en el orden de los principios político-criminales, la doctrina dominante que se manifiesta es contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según Mir Puig suele fundarse esta opinión en los *principios de culpabilidad y de personalidad de las penas*, que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente respondan de los hechos delictivos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado. En todo caso, muchos autores se mantienen en la tesis contraria, pero la aceptación es minoritaria en la doctrina y en el derecho penal positivo.

cumple la función política, porque es inevitable que todo concepto jurídico tenga una función política[8].

En resumen, para poder afirmar que una determinada conducta constituye delito, el primer presupuesto que debe concurrir es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente, y como segundo requisito, la conducta debe provenir de una acción humana voluntaria y consciente. Cuando se verifica la ausencia de todo comportamiento humano, ya no será necesario realizar el análisis de los demás elementos dogmáticos integrados en la teoría del Delito; en consecuencia, la lesión de un bien jurídico que no emane de un comportamiento humano es irrelevante para el derecho penal[9].

La doctrina es unánime en afirmar que si la acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, no habrá acción penalmente relevante, cuando justamente falte esa voluntad, por lo que, como lógica consecuencia, para el Derecho penal, no hay acción punible en estos tres casos:

1.-*FUERZA FISICA IRRESISTIBLE.*- La fuerza irresistible es un acto proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Se dice que desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta, de forma que no deje ninguna opción al que la sufre, y que ha de provenir del exterior, de una tercera persona o de fuerzas naturales. En esto Muñoz Conde, asegura que si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, entonces allí no se excluye la acción.

Muñoz Conde señala que la fuerza irresistible es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente, éste opera como una masa mecánica.

---

8 Eugenio Raúl Zaffaroni. "Estructura básica del derecho penal) p. 61.Según este autor estratificada es la teoría del análisis del delito, pero no el delito, porque éste es *siempre una conducta* y ésta es la que precisamente se adjetiva. El análisis se estratifica (procede por partes) y, por ende, para saber si hay *sustantivo* que adjetivar no se toma en cuenta más que lo necesario para hacer realidad el objetivo político de consagrar el *nullum crimen sine conducta.*

9 Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. "Derecho Penal, Parte General" p. 192

2.-*MOVIMIENTOS REFLEJOS.*- Estos no son expresión del psiquismo del sujeto, y por ello, resulta incuestionable la falta de acción. Por ejemplo, las convulsiones epilépticas, no constituyen acción. En estos casos el movimiento no está controlado por la voluntad, ya que los movimientos reflejos son aquellos que no pasan por los centros superiores cerebrales. Allí, como dijimos no hay voluntad, por lo que es una eximente de acción penalmente relevante.

3.- *ESTADOS DE INCONSCIENCIA.*- Aquí también no hay voluntariedad en el accionar del sujeto. Por ejemplo, en los estados hipnóticos, sueño o embriaguez letárgica, el sonambulismo.

¿QUÉ ES EL TIPO PENAL?

Tipo es la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico. Para Maurach, el tipo es en primer término una *acción* legalmente tipificada y por ello el Derecho penal moderno, propio del Estado de Derecho, se sirve para ello de un método que resulta sencillo y goza de la ventaja de proveer de una especial seguridad jurídica: *describe ciertos comportamientos ilícitos típicos* (*contravenciones a la norma*) *como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena*. Esta tipificación *exhaustiva* – no susceptible de extensión y reservada al legislador- de las circunstancias de hecho constitutivas del delito, es el *tipo* penal. Por eso, en propias palabras de Maurach, el moderno Derecho penal del Estado de Derecho está vinculado al tipo: el tipo representa, por una parte, una *limitación* al poder punitivo del Estado (función de garantía) y, por otra, el *fundamento del delito* (función fundamental)[10]

Eugenio Raúl Zaffaroni establece que una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza (la llamada criminalización *primaria)*, y sostiene que para eso las leyes se valen de fórmulas legales que señalan *pragmas*[11] conflictivos (conductas,

[10] Reinhart Maurach. op. cit. p .345 y sgtes.

[11] Para Zaffaroni el término "pragma" es la conducta realmente realizada pero con su resultado y sus circunstancias. Para él, *tipo* es la fórmula legal abstracta y pragma lo particular y concreto

circunstancias y resultados) que amenazan con pena y que se llaman *tipos*, escritos en la parte especial del código penal y en leyes penales especiales (no codificadas). Por ello, ensaya la siguiente definición de tipo penal, de conformidad con su pensamiento que se traduce en que cada vez que el poder crea un nuevo tipo penal, sabe de antemano que la criminalización secundaria se realizará en ínfima medida, y también que ese nuevo tipo abrirá un espacio más para *vigilar a quien el poder quiera,* que generará mayor número de detenciones, prisiones preventivas, allanamientos , interrogatorios y extorsiones a inocentes, y que en general, ampliará el ámbito de selectividad del poder punitivo y de control de toda la población. Piensa por tanto que *"el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica"*.[12]

En definitiva, para Zaffaroni, los tipos son *fórmulas legales* que señalan con cierto grado de abstracción los pragmas conflictivos. "El pragma conflictivo se integra con la conducta y los datos fenoménicos que interesan para la prohibición.-señala Zaffaroni-. Estas fórmulas se llaman *tipos penales* (o *supuestos de hechos legales).* El *pragma conflictivo* que debe existir en el mundo es el *supuesto de hecho fáctico o real*; si el supuesto de hecho fáctico o real se corresponde con el legal (o tipo penal) habrá *tipicidad"*[13]

Para Reyes Echandía[14] el tipo penal es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. Y dice que "la abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dícese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas".

La doctrina ha considerado que el tipo penal tiene Las siguientes funciones en un estado democrático de Derecho:

12 Eugenio Raúl Zaffaroni i otros, *Manual.* pp. 336, 337
13 Eugenio Raúl Zaffaroni. "Estructura básica del Derecho Penal". p.72
14 Alfonso Reyes Echandía. "Tipicidad". p. 7

a. Una *función seleccionadora* de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

b. Una *función de garantía*, en la medida en que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

c. Una *función motivadora* general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos los ciudadanos se abstengan de realizar conducta prohibida.

¿CUALES SON LOS ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL?

La ciencia del Derecho penal moderno los condensa en tres. Mir Puig dice que son: la conducta típica, sus sujetos y sus objetos. La conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva. La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta.

La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la *voluntad* – consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia o culpa- y, a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo, el "ánimo de lucro" en el delito de hurto.

Muñoz Conde argumenta que en todo delito hay una conducta, entendida como comportamiento humano (*acción u omisión)*, que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante. La conducta viene descrita generalmente por un *verbo rector* ("matare","causare a otro una lesión" etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión."Cuando el tipo sólo exige la realización de la acción sin más, estamos ante los *delitos de mera actividad* (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso de *mera inactividad* (omisión pura, por ejemplo omisión del deber de socorro) En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*delitos de*

resultado, que a su vez se diferencian entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro)*[15].

En palabras de Mir Puig, el tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo (quien realiza el tipo), el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena)

Se distingue entre objeto material (u objeto de la acción) y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como "objeto de la acción". Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta). En cambio el objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir al bien objeto de la protección de la ley. Dice Mir que no equivale al objeto material, ejemplo: en el delito de hurto el objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

¿Qué es la antijuridicidad?

El objeto de la teoría de la antijuridicidad es determinar bajo qué condiciones se puede afirmar que una acción típica es además contraria al Derecho, ***lo que presupone que ya ha quedado establecido que el hecho está objetiva y subjetivamente subsumido en un tipo legal***, lo que sólo establece una presunción de ilicitud. Es que la afirmación de que un comportamiento es típico no se deriva necesariamente de su antijuridicidad, pues, la referida presunción cede cuando el derecho contiene una norma que autoriza la comisión de ese hecho. A esas normas se las denomina causas de justificación, por lo que pueden ser definidas como autorizaciones o permisos para realizar un tipo legal. (Righi, 241)

[15] Muñoz Conde. op. cit. p. 260

Consiguientemente, -como opina Esteban Righi- una acción típica sólo es antijurídica cuando no está amparada por ninguna norma jurídica, con lo que antijuridicidad es igual a ausencia de justificación: no puede ser contraria al orden jurídico una acción cuya realización está permitida por el derecho. Así, por ejemplo, quien mata a otro en legítima defensa, realiza un hecho típico porque su conducta se adecúa a la descripción del artículo referido en el código penal, pero sin embargo, no es antijurídica porque ese comportamiento está autorizado por la norma penal constante en el código[16].

En concreto: La antijuridicidad penal requiere necesariamente de la realización de un tipo penal y de que éste no tenga causas de justificación. Mir Puig enseña que las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal (sin que por ello desaparezca su consideración de "mal" aisladamente considerado). Aunque estos bienes son valiosos para el Derecho penal, pueden entrar en conflicto con otros intereses que aquél puede considerar preferentes, en determinadas circunstancias. Esto es lo que sucede en las cusas de justificación en sentido estricto. Así, por ejemplo, la legítima defensa justifica la realización de un tipo penal porque el interés en que el injusto agresor no pueda imponer su actuación antijurídica se considera mayor que el representado por los bienes jurídicos del agresor que el defensor no tenga más remedio que lesionar para repeler la agresión. En todas las causas de justificación, según el parecer de Mir, se requiere tanto la efectiva concurrencia *ex post* de un interés superior (falta de desvalor de resultado), como su apariencia *ex ante* (falta de desvalor de la conducta)[17].

¿Qué es la culpabilidad penal?

Luego de la indagación sobre la *tipicidad* y la *antijuricidad* es posible afirmar que el hecho era *injusto.* Con ello no hemos afirmado, sin embargo, que ese hecho pueda ser *reprochado* al que lo realizó. La exigencia de *culpabilidad* significa que ese hecho puede *atribuirse*

16 Cfr. Esteban Righi. "Derecho penal, parte general" p. 241
17 Santiago Mir Puig. op. cit. p. 175

subjetivamente a su autor, porque él estaba en condiciones de *obrar diversamente.* Antes de llegar, en el análisis, a emitir un juicio sobre la *culpabilidad* del hechor, la información que hemos reunido hasta aquí (a propósito del carácter *injusto* de la conducta) es principalmente *objetiva.* La intención del autor, sus motivos o el grado de su equilibrio psíquico no son considerados, en general, para decidir sobre la *adecuación típica* y sobre la *antijuricidad.* El énfasis aparece puesto en la dañosidad social, en la lesión de los bienes jurídicos tutelados. Con todo, la pregunta sobre la *culpabilidad* no se ha planteado aún. Es sólo en ese plano en el que se suscita el asunto de la *responsabilidad,* de la imputación subjetiva del hecho a su autor. Si el que falsificó las boletas con el propósito de usarlas como si fueran verdaderas, no hacía sino obedecer las órdenes de una organización criminal que lo amenazaba de muerte en caso de negarse a hacerlo, su acto ilícito resultaría seguramente *excusable* por el "miedo insuperable" derivado de la coacción. Así como en la pregunta sobre la *antijuricidad* existen causas que la excluyen (las causas de *justificación),* así también hay causas que excluyen la *culpabilidad* (las causas de *exculpación*)[18].

La ciencia del Derecho penal, ha determinado hasta ahora, que la culpabilidad es concebida como reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Al autor de un delito, de un hecho punible, se le reprocha la realización de una conducta antijurídica cuando podía haberse abstenido de realizarla. Se sostiene, que la posibilidad concreta de obrar de otro modo constituye, pues, el fundamento de la culpabilidad, de acuerdo con esta tesis.

En suma, "si la culpabilidad es entendida como presupuesto –fundamento- de la imposición de la pena, y comporta un juicio de reproche al autor del delito por haber obrado de una determinada manera (es decir, contra el ordenamiento jurídico), significa reconocer que el autor podía haber actuado de un modo distinto en la situación concreta (es decir, según las exigencias del Derecho) y que ha sido libre por consiguiente para tomar la decisión de obrar de uno u otro modo. En resumen, un Derecho penal basado en semejante

[18] Sergio Politoff L. Jean Pierre Matus A y María Cecilia Ramírez G. "Lecciones de Derecho penal chileno, parte general". p. 166 y sgte.

concepción material de la culpabilidad ha tomado tradicionalmente como presupuesto el libre albedrío del ser humano en general, su indeterminismo causal en la realización de sus actos racionales o capacidad de autodeterminación o de obrar de otro modo, o, a lo sumo, de acuerdo con posiciones más modernas, un determinismo relativo y limitado (p. ej., Welzel propondría que el hombre está determinado a lo verdadero y a lo que tiene sentido y valor)"[19].

En la actualidad la doctrina concuerda que la culpabilidad, como categoría o requisito del delito, se conforma de tres elementos: *la imputabilidad del sujeto, su conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad.*

Además, vale recalcar, que en la actualidad el término "culpabilidad", contiene tres significados para el Derecho penal moderno:

1.- "culpabilidad" como elemento o característica (categoría) dogmático del delito.

2.- "culpabilidad" como fundamento esencial del principio de culpabilidad expresado por el aforismo latino *"nulla poena sine culpa".*

3.- "culpabilidad" como elemento legitimador de la pena y del *ius puniendi.*

Por otra parte**, Claus Roxín,** *engloba como teoría de la responsabilidad a la culpabilidad y la necesidad preventiva, ya que considera a ambas como presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal.* Dice que la responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Sostiene objetivamente (de conformidad con la estructura escalonada del delito, por partes concretas de sus elementos constitutivos), que mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad (es decir la culpabilidad)

[19] Carlos María Romeo Casabona. op. cit. p. 194

significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Para Roxín, quien cumple los requisitos que hacen aparecer como "responsable" una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena.

Categoriza Roxín que los presupuestos de la responsabilidad jurídico penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en determinadas formas de peligro y de exceso en la legítima defensa.

Observa Roxín, que la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. "El sujeto actúa culpablemente –dice el autor que comentamos- cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad de preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, ésto no es así en todos los casos.[20]

En el pensamiento del autor alemán, los aspectos preventivos se pueden constatar, de manera más o menos pronunciada, en todas las causas de exculpación (más exactamente: causas de exclusión de la responsabilidad), ó en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad y error de prohibición invencible. Cree Roxín firmemente que sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de responsabilidad jurídicopenal,

[20] Claus Roxín .op. cit. p. 792

puede la dogmática jurídicopenal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo la culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.

Enfoca Roxín que tampoco los efectos protectores del Estado de Derecho del principio de culpabilidad se verían mermados con su teoría de la responsabilidad (culpabilidad y necesidad preventiva)."La pena presupone –afirma Roxín- siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad. La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable,mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible"[21].

En la concepción de la culpabilidad de Roxín, como él mismo lo dice, hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. "Con ello,-asegura Roxín- se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento "con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad."

[21] Ibidem. p. 793

Y después agrega: "Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrán aceptarle el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no del libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber-, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa se le trata como libre. La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas, no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley"[22].

Además Roxín considera que la culpabilidad es un dato mixto empírico –normativo. "Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce –dice Roxín-, (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente –en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista- la posibilidad, deriva de esta constatación, de conducta conforme a derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales. El mismo sólo fundamenta el deber

[22] Ibídem. p. 807 y sgte

jurídicamente penal de responder por la conducta social incorrecta y previene de injerencias más intensas que serían posibles en virtud de un puro derecho preventivo"[23].

Enfatiza Roxín que, por lo demás, este concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho Penal a lo absolutamente indispensable socialmente. Argumenta su opinión en que la paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al derecho mediante prohibiciones y mandatos, y por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, al criterio de este autor, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. "De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho Penal es innecesaria e inadecuada, cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho, resulta infundada por su estado mental o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos".

Por otra parte, **Günther Jakobs**, nos da un concepto funcional normativo de la culpabilidad, y estima que el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. "Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse -dice el prenombrado jurista- conforme a la norma correspondiente y este

[23] Ibídem. p.810

déficit no se puede hacer entendible,sin que afecte a la confianza general en la norma. ***Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad.*** La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al Derecho es, pues, un concepto determinado normativamente"[24]. (La negrilla es mía).

Jakobs sostiene que la misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto. Dice que cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al autor, si injusto y culpabilidad no han sido minimizados mediante una modificación del hecho o mediante sucesos *posteriores* a éste (p.ejem. mediante el desistimiento, en parte también mediante la prescripción) y si la impunidad no se ve determinada por circunstancias situadas *más allá del injusto material*. Recuerda Jakobs que se puede para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Por ello, dice, "con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento. Se trata, pues, de que del círculo de las múltiples condiciones de cualquier acción antijurídica debe poderse señalar un déficit de motivación jurídica en el autor como motivo relevante, si ha de castigársele. El aislamiento de la motivación no jurídica como motivo del conflicto se va llevando a cabo a lo largo de los escalones del delito".

Recuerda Jakobs que en la acción antijurídica consta que falta una motivación jurídica en cuanto a su contenido. Pero con ello aún no se ha determinado que esa falta se base además en un déficit de fidelidad al Derecho (es decir, en una falta de motivación jurídica de la que tenga que responder el autor). "Y es que para el autor puede

[24] Gunther Jakobs. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.". p. 566 y sgte.

ser inaccesible la norma infringida -anota Jakobs-, o inexigible el obedecerla. El motivo para esta distinción entre contenido de la norma y reconocimiento de la norma reside en que el contenido de la misma, como objeto de su reconocimiento, no puede abarcar al mismo tiempo un juicio sobre este reconocimiento (es decir sobre la relación consigo mismo). Por ello la norma presupone la posibilidad de su reconocimiento. Si falta tal reconocimiento, hay injusto. Pero el que este injusto se le pueda achacar a quien actúa injustamente se decide con arreglo a la fidelidad al Derecho y constituye el problema de la culpabilidad"[25].

Opina Jakobs que en la cuestión de la *imputabilidad* de una acción se trata de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al Derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuridicidad de su acción. Para Jakobs en el concepto de culpabilidad penal, importa la determinación de qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y qué factores puede invocar el autor como no disponibles para él.

En concreto, a fin de determinar la culpabilidad expresa que ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuántas cualidades perturbadores del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros –incluso la propia víctima-. Por ello, sostiene Jakobs, que el concepto de culpabilidad "ha de configurarse *funcionalmente*, es decir, como concepto q*ue rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena) para una sociedad de estructura determinada*. El fin de la pena es, según Jakobs, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento)"[26].

En definitiva, en la concepción de Jakobs, la culpabilidad presupone el injusto, que es el comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado. El autor sólo es responsable por

[25] Ibídem p. 581
[26] Ibídem. p. 584

el déficit de motivación jurídica, si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir si es *imputable*. Y es imputable, para Jakobs, una persona definible como un igual. "La igualdad presupone –anota este autor- que los factores que forman, o no impiden, el proceso motivatorio en el autor en sus rasgos esenciales, forman, o impiden, ubicuamente un suceso motivatorio (en el delito de omisión hay que atender a si la motivación hacia la acción de salvación no se produce por condiciones, o es obstaculizada por factores, que se dan ubicuamente). Importa únicamente el género de los factores básicos relevantes para la motivación, no su contenido o intensidad; éstos son evidentemente diversos de individuo a individuo. Dada la situación motivatoria igual en cuanto a su género en sus rasgos esenciales, la infracción de la norma de cualquier autor equiparable, y por ello constituye un ataque a la validez de la norma en relación con cualquiera".

No olvidemos que para Günther Jakobs, el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad, puesto que constituye la objetivación, necesaria para imputar, del defecto de motivación.

Jakobs considera de manera ineludible que el principio de culpabilidad significa que ésta es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Por eso, culpabilidad material, en su opinión, es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad, en su opinión, es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. En Jakobs, el delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante, es decir, considerándola culpable y castigándola.

A la imputabilidad se le denomina *capacidad de culpabilidad* y está determinada por las características del sujeto, que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones, según esa comprensión, en el momento que las realiza.

La imputabilidad *es la capacidad de actuar culpablemente.* Esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea dotado de inteligencia y libertad. La primera implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico. Por eso es frecuente encontrar definida la imputabilidad en función de estos dos componentes como capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. (Rodríguez Devesa)

Como requisitos o características para que el sujeto sea imputable, se citan las siguientes:

a) *La madurez mental:* implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad.

b) *La salud mental:* permite al individuo establecer debidamente la relaciones que requieren los juicios necesarios para comprender y dirigir la conducta (en caso de ausencia se da la inimputabilidad por falta de salud mental);

c) Que el individuo actúe poseyendo conciencia suficiente en el momento que lo hace (si ella no alcanza el nivel mínimo necesario para la correcta formulación de los juicios referidos, se da la inimputabilidad por inconsciencia.

Tales requisitos son fundamento de los juicios que el propio autor tiene que formular para que su conducta pueda ser enjuiciada desde el punto de vista de la reprochabilidad (el juicio de criminalidad de hecho y de la selección del modo de actuar para que coincida con esa comprensión.).

En suma podemos decir que la **c**ulpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos prohibitivos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. “Quien carece de

esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente – anota Muñoz Conde- bien por sufrir trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de imputabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos."[27]

En la doctrina de la ciencia jurídica- penal, hay una gran aceptación mayoritaria para considerar a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad. Sin embargo, es importante señalar que Enrique Bacigalupo, considera que la voz "imputabilidad" es una terminología tradicional poco práctica, porque no señala el elemento que realmente importa, sino el problema, en forma muy general, que se quiere resolver. Cree que debe reemplazarse esta terminología por la de "capacidad de motivación" o "capacidad de culpabilidad" y al hacerlo se lograría un mayor acercamiento al núcleo del problema dentro de la sistemática moderna. Para Bacigalupo, la terminología tradicional quiere hacer referencia con ello a las condiciones para la imputación subjetiva de un hecho determinado, es decir, a la atribución de una acción a un sujeto como su acción.

Bacigalupo enseña que la cuestión de la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente normativa y que no debe confundirse, como una cuestión médica o psiquiátrica, aunque sea necesario determinar algunos aspectos mediante la ayuda de conceptos médicos.

En criterio dogmático de Bacigalupo, la capacidad de motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, que requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.[28]

El profesor don José Cerezo Mir establece que la culpabilidad, en el aspecto material, consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es

27 Francisco Muñoz Conde. op. cit. p. 365
28 Enrique Bacigalupo. op. cit. p. 422 y sgte.

decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico; y dice que por ello la culpabilidad , en primer lugar, supone, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biosíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento, por lo que la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad es por ello, un presupuesto de la culpabilidad.[29]

Por lo general, la legislación penal considera que ninguna persona puede ser castigada por un hecho previsto como delito en la ley, si en el momento en que le ha cometido, no era imputable. Es decir imputable es quién posee la capacidad de entender y de querer. Por ello Franceso Antolisei expresa que la capacidad de entender no es la simple actitud del sujeto para conocer lo que se desarrolla fuera de él, sino la capacidad de hacerse cargo del valor social del acto que realiza. Dice que no es necesario que el individuo se halle en situación de juzgar que su acción es contraria a la ley, sino que basta con que pueda comprender genéricamente que contradice las exigencias de la vida comunitaria.[30]. En cambio, para este autor italiano, la capacidad de querer significa la actitud de la persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos, y más precisamente, facultad de querer aquello que a juicio del sujeto debe de hacerse.

Sostiene Antolisei, que para que exista imputabilidad es preciso que el concurso de una y otra capacidad: faltando una sola, el sujeto ya no es imputable. Además agrega, que "la capacidad de entender y de querer según el concepto de la ley, falta en dos categorías de individuos: en quienes no tienen un suficiente desarrollo intelectual y en quienes se hallan afectados por graves anomalías síquicas. El contenido sustancial de la imputabilidad, por tanto, se encuentra en la madurez psíquica y en la salud mental"[31].

---

29 José Cerezo Mir. "Obras Completas. Tomo I, Derecho Penal. Parte General" Ara Editores. Lima, 2006 p. 891

30 Francesco Antolisei. "Manual del Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, 1960. p. 439

31 Ibidem. p. 440

El tratadista Hans – Heinrich Jescheck, manifiesta que la capacidad de culpabilidad constituye el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad y únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre de graves perturbaciones psíquicas, posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico – penal. Indica el autor en referencia, que el concepto de capacidad de culpabilidad (imputabilidad) apunta, "en primer lugar"a la edad.

Antes de alcanzar la madurez biológica reflejada en la edad, o no puede en ningún modo formularse un reproche de culpabilidad (minoría penal), o bien este requiere la constatación de que el autor ha alcanzado un grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad que justifica medir la actitud hacia el Derecho actualizada en su hecho con arreglo a baremos adecuados a la juventud, pero dotados ya de carácter jurídico – penal (mayoría penal condicionada). La capacidad de culpabilidad se halla, además, en relación con la salud psíquico – mental del autor, por lo que debe negarse cuando se dan graves manifestaciones de disminución de la misma"[32].

Claus Roxín, aduce que el legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico penal, normalmente es imputable y que por eso no regula –al contrario que en el caso de los adolescentes- la imputabilidad, sino su falta excepcional: La incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad[33].

En concepción de Eugenio Raúl Zaffaroni, el delito requiere determinada capacidad psíquica del agente cada vez que en uno de sus niveles analíticos se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo: es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, hay una incapacidad psíquica tan profunda que elimina directamente la conducta (involuntabilidad); la culpabilidad exige capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad, con lo que

[32] Hans –Heinrich Jescheck. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Vol I. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1981, p. 596

[33] Claus Roxin. "Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito" Thompson Civitas. 2003, pág. 822- 823

se completa el panorama general de la capacidad psíquica del delito; por lo que, ésta, es decir, la capacidad psíquica del delito abarca la voluntabilidad, la capacidad psíquica del dolo y la capacidad psíquica de culpabilidad. Esta última es la capacidad del actor para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecúe su conducta a esta comprensión. Por lo tanto, la capacidad psíquica de culpabilidad es una condición del autor, en tanto que la imputabilidad sería la característica que esa condición le agrega a su conducta típica y antijurídica (injusto). Imputar significa poner a cargo y, por ende, imputabilidad es la posibilidad que tiene la acción de ser puesta a cargo del actor, por lo que, imputable es la conducta que sólo se puede poner a cargo del autor cuando éste tiene capacidad psíquica para comprender su antijuridicidad y para adecuar su comportamiento a esa comprensión[34].

Veamos cómo teoriza el magistrado argentino sobre el Derecho Penal y la Imputabilidad:

"Es posible reconocer que en una futura sociedad, sin poder punitivo ejercido bajo el manto de la psiquiatría y con un grado de espacio social o de pluralismo mucho mayor que el actual, sería admisible un concepto político de imputabilidad, que quizá permitiese reubicar a ésta en la punibilidad, con un sentido por completo diferente del que en su época con el positivismo y el neoidealismo. No obstante, el discurso jurídico-penal (derecho penal) debe ser construido como un instrumento de reducción del poder punitivo para uso de las agencias jurídicas *en esta sociedad y con el poder punitivo como hecho de poder en la forma en que está configurado.* Por ende, frente a un poder punitivo altísimamente selectivo, que recae sobre los más vulnerables, se impone excluir de su ámbito a quienes se hallan en el extremo de vulnerabilidad por su condición patológica y que, de ser dejados en sus manos o seleccionados por un criterio sólo político, su más probable destino sería la prisionización y su consiguiente aniquilamiento físico. Para ello, el concepto de imputabilidad, si bien es político como todo concepto penal, debe ser construido sin prescindir del límite óntico que le impone la existencia innegable de la psicopatología

[34] Eugenio Raul Zaffraroni. Alejandro Plagia y Alejandro Slokar. "Derecho Penal. Parte General". Ediar. Buenos Aires, 2000, p. 657 y 658

como realidad del mundo. *El concepto político de imputabilidad, pues, debe ser construido con respeto al dato óntico de la patología y de las alteraciones no patológicas de la comprensión y del comportamiento, aunque para ello deba hacerse cargo de la dificultad crítica que importa reconocer y depurar los elementos represivos y controladores o punitivos del propio discurso de las ciencias de la conducta."*[35]

Agregando Zaffaroni: "para ello debe tenerse en cuenta que: (a) El poder punitivo no se ejerce sólo por las agencias del sistema penal ni únicamente con discurso punitivo manifiesto, pero cualquiera sea la forma que asuma, el derecho no puede habilitarlo ilimitadamente ni fuera de las pautas de mínima racionalidad en ningún caso, sea sobre una persona capaz o sobre una incapaz, (b) En la realidad existen situaciones en que las condiciones psíquicas de la persona, vinculadas o no a la psicopatología, hacen que nadie pueda reprocharle razonablemente que no se haya comportado conforme al derecho, (c) Esas situaciones se esclarecen con elementos proporcionados por las ciencias de la conducta, que suelen estar cargados de componentes controladores represivos, que deben ser depurados por obra del derecho penal al incorporarlos, del mismo modo en que éste depura su propio discurso, (d) El derecho penal debe contener tanto el poder punitivo que ejercen las agencias del sistema penal como el que pretenden ejercer las agencias de la salud; respecto de las primeras debe evitar que estas personas que se hallan en el extremo de vulnerabilidad al poder punitivo sean aniquiladas por éste; respecto de las segundas debe incorporar las mismas reglas de mínima racionalidad a cualquier manifestación punitiva, (e) La ley penal no es un instrumento simbólico; si bien es obvio que cumple alguna función simbólica entre muchas otras, no se puede ejercer poder punitivo *para simbolizar,* porque eso estaría violando el respeto a la persona como fin en sí mismo.

Este objetivo simbólico no puede perseguirse para señalar que al estado no le gusta que la gente consuma ciertos tóxicos o se suicide o autolesione, pero tampoco para simbolizar que los pacientes psiquiátricos son ciudadanos a costa de criminalizar a una legión de enfermos y encerrarlos en las prisiones, donde el régimen institucional y el resto de los propios prisioneros acabaría masacrándolos, (f) Existe una realidad

[35] Ibídem. p. 663

de poder que hace que una considerable cantidad de personas adopte comportamientos que los hacen mucho más vulnerables que al resto y, por ende, debe preservárselos hasta donde sea posible de un poder punitivo que los aniquilaría, sin que esto implique someterlos a otro ilimitado o peor, o ejercer sobre ellos tutela alguna, (g) Los pacientes psiquiátricos deben ser ampliamente escuchados por los jueces en el proceso penal y posteriormente, en especial cada vez que sea necesario discutir su capacidad jurídica, (h) Por muy respetable que sea el deseo de alguien por participar en un ritual de reincorporación y por hallar cauce a la expiación de su culpa real o satisfacción a su culpa inconsciente, no se puede asignar esa función al sistema penal que, de ese modo, adquiriría un discurso de legitimación ya ensayado, sino reconocer que ese objetivo debería ser alcanzado mediante una adecuada terapia respetuosa de la dignidad, que le permita sublimar o canalizar en forma constructiva estasnecesidades y tendencias".[36]

Y a continuación añade que: "Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la imputabilidad es uno de los aspectos más delicados de la teoría del delito. No es extraño que quien pretenda resumir el saber jurídico-penal acerca de la imputabilidad, se enfrente con una desconcertante disparidad conceptual y sistemática (a cada uno de los conceptos corresponde una ubicación), sin contar con algunas incoherencias entre el concepto y la ubicación correspondiente (o con inexplicables retoques al concepto en aras a una ubicación previamente decidua), y también con una enojosa lucha de corporaciones cuyos discursos han demostrado –por desgracia, demasiadas veces a lo largo de la historia más o menos recientesu capacidad competitiva represiva"[37].

En suma, Zaffaroni asegura que "*la imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión*. En la calificación de la acción constituye pues, un requisito negativo que se traduce en una característica positiva que, aunada a la ausencia de error y sumado al otro requisito negativo de ausencia de otra situación constelacional constrictora, arroja como saldo la ausencia de reductores

[36] Ibídem págs. 663 y 664
[37] Ibídem p.663 y 664

que puedan operar sobre el ámbito de autodeterminación del agente, lo que equivale a afirmar la efectiva posibilidad de reproche o culpabilidad por el acto. *Dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la acción a esa comprensión, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad por un lado, y de la ausencia de situación constelacional reductora o constrictora por otro, esto es, en la culpabilidad*" [38].

En otro orden de cosas, en las personas adultas hay un método de constatación de la inimputabilidad, siendo éste el biológicopsicológico. Expresa Roxín, en su tratado fundamental: "Derecho Penal" que la base del mismo es la idea de que primero habrían de ser constatados determinados estados orgánicos ("biológicos") , y que a continuación se habría de examinar si estaba excluida por ellos la capacidad "psicológica" de comprensión o de inhibición"[39]

Roxín argumenta que en los estados de conexión biológicos-psicológicos se encuentran:

a. El trastorno psíquico patológico que se deben a causas corporales orgánicas, y pertenecen a ella las psicosis exógenas .Expresa que encajan aquí, las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación, a las que pertenecen, según la concepción más reciente, también los estados de embriaguez producidos por alcohol u otros medios; las psicosis por infección (como la parálisis progresiva), las dolencias convulsivas orgánico cerebrales (epilepsia) y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico cerebral (arteriosclerosis cerebral y atrofia cerebral). También, la meningitis cerebral, los tumores cerebrales o las afecciones metabólicas del cerebro pueden conducir a trastornos psíquicos patológicos.

b. El trastorno profundo de la conciencia. Pertenecen a este grupo trastornos de conciencia v.gr. debidos a agotamiento, exceso de

[38] Ibídem p. 664
[39] Claus Roxín op. cit. p. 823

fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados poshipnóticos y sobre todo también determinadas formas de estado pasional. Estos estados de la conciencia deben ser "profundos"

c. La oligofrenia. Esta es una "debilidad intelectual congénita sin causa demostrable". Tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia, encaja por tanto ya en el elemento del "trastorno psíquico patológico" ; con mayor razón rige lo anterior para el debilitamiento mental debido a procesos orgánico cerebrales patológicos posteriores .La oligofrenia es una anomalía síquica

Advierte Claus Roxín que "sólo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya la existencia de una "acción" en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. La distinción no siempre es fácil de hallar, particularmente en los supuestos de estados pasionales intensos y de la embriaguez sin sentido, pero tampoco en los estados hipnóticos y poshipnóticos, y depende también de qué concepto de "acción" se adopte" Para Roxín la "acción" humana es una manifestación de la personalidad, y en los casos citados anteriormente, no se produce una exclusión de la capacidad de acción, sino sólo de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Ahora bien, BUSTOS RAMIREZ conecta la categoría de la culpabilidad con el principio de culpabilidad en su aspecto de imputabilidad. Dice que el problema de la culpabilidad gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es, como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. Expresa: "Se trata, como señala la Constitución de "la dignidad de la persona" y de "los derechos inviolables que le son inherentes". Luego la discusión sobre la imputabilidad no se puede dar en términos naturalísticos o simplemente de una mixtura de estos elementos con otros de carácter valorativos. La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión a resolver desde un punto de vista político jurídico".

Percy García Cavero, en su obra Lecciones de Derecho Penal, dice:"la inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal, no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal. Los supuestos de esta causa de exclusión de la culpabilidad se ordenan en dos grupos. Por un lado, está el caso de menores de edad, a quienes se les excluye de culpabilidad debido a que no tienen la suficiente madurez como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social (artículo 20, inciso 2 del Código penal). Debe quedar claro que la imputabilidad penal por razón de la edad constituye una condición determinada normativamente, por lo que no depende de situaciones particulares. En este sentido, la imputación penal igualmente decaerá aún cuando en el caso concreto, el menor de edad sea consciente de la lesividad social de su comportamiento. Mientras no se tenga la mayoría de edad, no hay manera de sustentar la imputación penal"

Ahora bien, según Bustos Ramírez, la imputabilidad no es sino un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico y por eso el juicio de imputabilidad siempre es individual y concretado a una situación determinada. Por el contrario, según este actor, la inimputabilidad es un juicio de compatibilidad de la conciencia social del sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico.

Dice Bustos que la consideración de la minoría de edad como causa de inimputabilidad reside precisamente en la consideración de que las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por tanto, sancionar el hecho por el realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad. La declaración de imputabilidad implica establecer mayores garantías al sujeto, no disminuirla. Y es que en el Derecho Penal de Menores, como sostiene Juan Bustos Ramírez, ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de

las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterio técnico y no formalistas por escritos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin prejuicio, desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales.

Por estas razones nos oponemos rotundamente a lo fijado en el artículo 30 del anteproyecto de Código Orgánico Integral Penal que establece que: "las y los adolecentes en conflicto con la ley penal que hubieren cumplido 16 años de edad, al momento de cometer un infracción penal, establecida en este libro, será imputable penalmente. Y la razón es muy sencilla toda vez que se violentaría las disposiciones constitucionales garantistas a favor de los adolescentes.

Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y, como tal, su objetivo básico es garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, especialmente, cuando estos pertenecen a un grupo de atención prioritaria, como sucede con los niños, niñas y adolecentes. Sin embargo, si un adolecente infringe la Ley penal, el estado le da una respuesta que limita, e incluso viola e impide, el ejercicio de sus derechos. ¿Pero, quiénes son los adolecentes que infringen la ley, o mejor, quiénes son los adolescentes a los que el sistema juzga, detiene, encarcela? Basta darse cuenta una vuelta por cualquier Centro de Internamiento para Adolescentes del país, para comprobar que estos adolescentes son aquellos a quienes el Estado ha excluido de la posibilidad de ejercer sus derechos. Así, a un problema de exclusión social, que se expresa en el "delito juvenil", el Estado responde con la exclusión penal, somete, pues, a los adolecentes, a una doble forma de exclusión. O, a través de la exclusión, busca rehabilitarlos socialmente. A ellos, precisamente: a los que nunca han estado HABILITADOS.

Ahora bien, como hemos dicho la imputabilidad como "la capacidad de comprensión y autodeterminación, como capacidad de motivación o motivación normal, como consecuencia se ha sostenido que el niño es inimputable por carecer de capacidad de comprensión y autodeterminación, de motivación o por ser motivable en forma

anormal o disminuida" , debido a su situación de desarrollo en que se encuentra y debido al medio donde se desarrolla.

Pues en un país como el nuestro, donde la educación y el acceso a los medios de comunicación sólo es de algunos privilegiados, no se puede decir que todos los adolescente puedan motivarse adecuadamente, tanto en el conocimiento de la norma penal y el respeto a la misma. Es decir un menor se encuentra en situación de desventaja de motivarse con respecto a otro adolescente y mayor aún respecto a un adulto, debido a los medios proporcionados por el Estado, a la propia edad y experiencia, sea en uno y otro caso, esto no significa que haya un criterio discriminatorio entre adolescentes y entre éstos y los adultos, sino un criterio de protección integral al menor de edad, ya que el sistema de justicia penal juvenil tiene un rol tutelar y de protección al menor, al que debe reconocer todos sus derechos como persona, pero tomando en cuenta que está en proceso de desarrollo y por lo tanto no se le puede exigir suficiente motivación sin tomar en cuenta las posibilidades de motivación y las circunstancias que lo rodearon. Es decir, no puede responder como adulto sino como quién ha sido capaz de motivarse por la norma como adolescente y como tal habrá que exigírsele, no teniendo la pena que se le aplique un carácter totalmente distinto del sistema penal para adultos, el cual es el rehabilitar al adolescente.

Por lo tanto, el adolescente es inimputable debido a que no es capaz de autodeterminarse y motivarse por el derecho, igual que un adulto, pues el menor debido a su proceso de desarrollo y formación y a que no recibe lo necesario – la mayoría de adolescentes infractores - su capacidad de motivación puede ser anormal o disminuida. Sin que ésto quiera decir que "la motivación suficiente del adolescente no se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo, sino básicamente a sus posibilidades de motivación, teniendo en cuenta las prestaciones positivas que la sociedad debe realizar para el ejercicio pleno de sus derechos, y es motivado por la norma en la medida que tiene no la capacidad, sino la posibilidad de conocerla, esencialmente mediante el sistema educativo" . Ello no significa que aceptar ésto, sea

disminuir el respeto y reconocimiento a su calidad de persona sujeta a derechos y el desconocimiento de sus derechos y garantías.

El adolescente es inimputable, pero debido a que con su conducta habría incurrido en un tipo penal debe merecer una respuesta por el ente estatal, pues éste es quién tiene el deber de brindar lo necesario e indispensable para que el menor se desarrolle, por lo que dentro de un proceso donde las garantías deben ser incluso mayores que las de un adulto, debe determinarse su responsabilidad en el hecho y ser merecedor de una pena (como ya lo hemos dicho) pero de diferente dimensión y naturaleza que la de un adulto, como son las medidas de protección o socioeducativas que ha previsto el Código de los Niños y Adolescentes, y atendiendo a las circunstancias en que se incurrió en el ilícito, lo cual servirá para la determinación de la pena a establecerse; a efectos de eliminar la desviación de su educación y conducta, y rectificado pueda ser un sujeto de bien para la sociedad, pero ésto no quiere decir que se aplique el autoritarismo de la doctrina de la situación irregular, sino las garantías y respeto de sus derechos conforme lo proclama la doctrina de la protección integral.

Entonces, el adolescente es un inimputable debido a que carece de capacidad suficiente para determinarse, pero es penalmente responsable debido a que su conducta tiene como respuesta una pena, no igual que la de un adulto y no dentro del sistema penal, sino dentro de un sistema paralelo, tomando únicamente del primero los elementos constitutivos de cada tipo penal, para saber si el adolescente ha incurrido en los mismos y se ha configurado algún tipo penal. Y verificar qué circunstancias lo motivaron a realizar dicha conducta, para efectos de la imposición de la pena. El menor es un inimputable por su condición de menor, pero responsable dentro de un sistema paralelo al de adultos. Imputabilidad que debe ser entendida como inaplicación de las penas para adultos.

Dentro del contexto internacional, en 1948 se adopta la Declaración de los Derechos Humanos por la ONU. En 1959, se adopta por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño. 20 años después se proclama el Año Internacional del Niño y, después de incontables

esfuerzos, en la tercera década del nacimiento de la Declaración, en 1989, la ONU presenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Es evidente que en los instrumentos internacionales de contenido proteccionista, deja sentado, el principio universal del Interés superior del Niño, que en la actualidad resulta de fundamental importancia.

La Convención de 1989, es el primer tratado internacional que considera al niño como sujeto de derechos y no como objeto pasivo del derecho a ser protegido. Además, se trata de un documento jurídicamente vinculante para los Estados partes, a partir de ahí empiezan a cambiar los ordenamientos jurídicos específicos del mundo.

El proceso para la conceptualización de los Derechos del Niño ha pasado por múltiples etapas históricas y socioculturales y la conceptualización actual del adolescente infractor, no ha llegado a serlo sin la interacción entre control socio penal de la infancia y sus derechos inherentes. Cada país se ha movido de acuerdo a un planteamiento global, acorde, de alguna forma o de otra, a la Convención citada y al planteamiento socio penal del adolescente infractor.

Por otra parte, el hecho de que las legislaciones del mundo actual estén reformadas o reformándose en el reconocimiento de los Niños como agentes activos en la posesión de sus Derechos, obedece especialmente a la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y obedece a ese ordenamiento, porque su existencia es precisamente vinculante.

En el caso de los adolescentes infractores, las interacciones existentes tienen, entre muchísimos otros, los antecedentes de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) (14/12/90); la Declaración de los Derechos del Niño. (20/11/59) La propia Convención sobre los Derechos del Niño (1989); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (02/04/91) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985).

LA DOCTRINA DE ROXÍN Y DE JAKOBS.-

Roxín, sostiene en El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, por consiguiente, las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. Sin embargo, a partir de aquí, toman caminos muy distintos que con el trascurso de los años se han alejado todavía más.

"En lo que sigue – puntualiza Roxín- quiero presentar las propuestas sistemáticas, que, tanto en Alemania como a nivel internacional han encontrado una especial resonancia: el primero es el sistema fundamentado político-criminalmente que yo mismo he desarrollado, el otro, es el elaborado por mi colega de Bonn, JAKOBS, el concepto del Derecho penal orientado a la teoría de sistemas. Pese a que ambas teorías, en lo que a sus consecuencias se refiere, se han dado a conocer con detalle en Japón, hasta donde alcanzo, no han sido todavía objeto en la doctrina del Derecho penal japonés de una presentación conjunta y acabada. Posiblemente ésto obedezca a que ambos autores únicamente han logrado presentar sus ideas tal y como hoy las conocemos, tras un largo desarrollo. En mi exposición parto de las últimas versiones de ambos sistemas. El hecho de que no pueda ocuparme de las particularidades y lo haga únicamente de las ideas fundamentales es consecuencia inevitable de la limitación de tiempo de mi conferencia."

Para Roxín, el punto de partida es que el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone. La función del Derecho penal y el fin de la pena a imponer no son lo mismo, puesto que el Derecho penal se dirige con sus preceptos interpelando y ofreciendo protección a todos los ciudadanos. La pena

concreta, por el contrario, afecta primariamente sólo al delincuente y frente a la comunidad únicamente tiene efectos mediatos.

Y se pregunta Roxín:

¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia.

Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de *Contrato social* que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por ejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad.

Llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídico son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales, una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles.

Siguiendo esta idea, la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el derecho penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta.

El Derecho penal, como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídicociviles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales, no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

Para Roxín, en su concepción político-criminal de injusto consiste en que nos acaba llevando a la teoría de la imputación objetiva, que es hoy un elemento fundamental de la teoría general jurídico-penal, según asevera. "Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, sólo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídicos penalmente protegidos, debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos, en un resultado lesivo para un bien jurídico. Por ejemplo, quien como conductor no observa las reglas jurídicamente preestablecidas del tráfico, crea un riesgo no permitido para la vida y la integridad física de los otros participantes en el tráfico. Si de ese modo se produce un accidente mortal, dicho riesgo se ha realizado y lo sucedido se le imputa al conductor como una acción homicida."

Según Roxín, "la teoría de la imputación objetiva no se agota en el resumen esquemático según el cual la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido. Al contrario, ésta ha sido desarrollada extensivamente por la ciencia alemana hacia un sistema de imputación general, en el que criterios como creación del riesgo, disminución del riesgo, riesgo permitido, fin de la protección de la prohibición de creación de riesgos y realización del riesgo, se

conforman a su vez como elementos teóricos independientes. El hecho de que la contribución a la autolesión responsable o a la autopuesta en peligro responsable no sea imputable, también se sigue de los fundamentos de esta teoría, pues la contribución a una autolesión no supone lesión alguna de bienes jurídicos ajenos."

Con respecto a la categoría de la Culpabilidad, para Roxín, ésta se deriva de los fines de la imposición individual de la pena y precisa, de una ampliación en aras a acoger puntos de vista preventivos, puesto que la sanción depende no únicamente de la culpabilidad, sino también de las necesidades preventivas.

Dice Roxín: "Mi punto de partida es que el fin de la pena sólo puede ser preventivo, esto es, la pena sólo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos. Dado que el Derecho penal es un instrumento de ordenación y control social, éste puede únicamente perseguir fines sociales. Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de la pena fueran independientes de las necesidades sociales no encontraría legitimación alguna. Así pues, la pena debe perseguir fines preventivos, tanto especiales como generales. Debe estar configurada de la mejor forma posible con vistas a que el reo no vuelva a delinquir, lo que se consigue más fácilmente mediante una ejecución penal que se esmere en la reinserción jurídico-penal del autor, esto es, en su resocialización. No obstante, la pena debe influir también sobre la colectividad, fomentando su conciencia jurídica y mostrándole las consecuencias de las conductas punibles."

Roxín piensa que esta concepción de la pena orientada a la prevención, en un doble sentido experimenta no obstante una limitación decisiva, dado que, según su opinión y la absolutamente dominante en Alemania, toda pena encuentra su límite en la culpabilidad del autor. Quien actúa sin culpabilidad no puede ser castigado (ya sea, por ejemplo, por padecer el sujeto una enfermedad mental o por encontrarse aquél inmerso en un error de prohibición invencible) y tampoco puede la magnitud de la pena sobrepasar la medida de la culpabilidad. El principio conocido como "principio de culpabilidad" forma parte de los mismos fundamentos del Derecho penal alemán y

según el *BVerfG*14 emanaría de la garantía de la dignidad humana, que está consagrada en la Ley Fundamental, Constitución alemana (art. 1).

Según Claus Roxín, " el principio de culpabilidad cumple con lo que llevan a cabo la teoría del bien jurídico y de la imputación objetiva en la categoría del injusto: establece un límite a la potestad estatal de castigar y conserva frente a los intereses de seguridad del Estado y en favor del ciudadano un espacio adecuado de libertad personal. En la medida en que la pena se corresponda con su culpabilidad, el ciudadano puede estar seguro de que si es inocente no va a ser penado y de que, aún no siéndolo, no va a ser penado de forma más severa de lo que se corresponde con su culpabilidad."

Nos recuerda el profesor Roxín que desde un punto de vista filosófico el principio de culpabilidad se fundamenta en la doctrina de KANT, según la cual el Estado no puede instrumentalizar a sus ciudadanos como objetos al servicio de los fines estatales, sino que debe tratarlos como personas, como sujetos en Derecho. De aquí se deriva que toda persona pueda únicamente ser responsabilizada por el Derecho penal según la medida de su responsabilidad. Por el contrario, la consecuencia adicional de la doctrina kantiana de que la pena sólo puede ser entendida como retribución a la culpabilidad, no la comparto por los argumentos ya señalados. La insistencia en el principio de culpabilidad no es en absoluto algo evidente –el Derecho penal inglés, por ejemplo, desconoce el principio de culpabilidad-, pero en mi opinión, de acuerdo con los principios de un Estado de Derecho, resulta indispensable."

"Cuando la pena se hace depender de su necesidad preventiva, -alega Roxín- así como de la culpabilidad del autor y su medida, se establece una doble limitación a la pena. Ésta no puede superar el umbral de la culpabilidad, pero tampoco sobrepasar lo preventivamente necesario. Así las cosas, la pena puede, por ejemplo, cuando es deseable por razones de resocialización, mantenerse por debajo del umbral de la culpabilidad, o incluso se puede renunciar a ella por completo, cuando dicha pena no sea preventivamente necesaria.

Bajo mi punto de vista, algunas de las así llamadas causas de exculpación establecidas en el Código penal alemán, deben ser interpretadas no como situaciones en las que falta la culpabilidad, sino como casos en los que no existe la necesidad preventiva de sanción penal. Cuando, por ejemplo, alguien salva su vida o su salud a costa de otro, o cuando se excede por la ofuscación, el miedo o el pánico en la defensa frente a un ataque, de acuerdo con el Derecho penal alemán, resta impune (§§ 35, 33 StGB). Esto se basa, en contra de la doctrina mayoritaria, no en que haya actuado sin culpabilidad, pues el ser humano puede y debe también resistir peligros. No obstante, el legislador renuncia a una pena, porque estos autores no precisan de resocialización y porque ante este tipo de situaciones extremas la población es indulgente con la fragilidad humana, de modo que no existe una necesidad preventivo general de la sanción penal."

Para Roxín, "la categoría del delito posterior al injusto, llamada "culpabilidad", en realidad no se compone solo de la culpabilidad, sino de un segundo requisito adicional: la necesidad preventiva de sanción. Por ello, denomino a la categoría "responsabilidad" y la hago dependiente de la misma manera de los dos elementos, de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción".

La teoría del delito de Roxín, según sus propias palabras, se diferencia de las anteriores épocas del desarrollo del sistema, especialmente en que la sistematización no se sigue de criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino de los fines político-criminalmente determinados y que desde esta perspectiva, el injusto se amplía mediante la teoría de la imputación objetiva, como la culpabilidad lo hace mediante la introducción de necesidades preventivas de castigo hasta derivar en una teoría de responsabilidad

Dice Roxín en su trabajo "EL NUEVO DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN ALEMANIA" (Indret,Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Octubre de 2012) (*Este artículo se corresponde con el discurso pronunciado por el Prof. Claus Roxin el 30.5.2009 con motivo del 60 aniversario de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal en Tokio, a invitación de su miembro permanente, el Prof. Makoto Ida. En el mismo, el Prof. Roxin*

presenta de forma crítica los rasgos fundamentales de los dos desarrollos del sistema jurídico-penal post-finalistas que mayor repercusión internacional han alcanzado. El primero es el sistema por él mismo desarrollado y fundamentado político-criminalmente, el segundo, el elaborado por el Prof. Jakobs, basado en la teoría de sistemas.), (COPIO TEXTUALMENTE):

"4. La concepción del Derecho penal de Jakobs basada en la teoría de sistemas

Entre los recientes esfuerzos por lograr una nueva orientación del sistema del Derecho penal, la doctrina de JAKOBS ha hallado también un importante eco internacional, especialmente en Latinoamérica. Tal doctrina parte, al igual que hago yo, de un principio normativo: "La dogmática penal de corte ontológico quiebra y, en verdad, de forma más radical de lo que nunca se ha constatado conscientemente", se lee ya en el prólogo de la primera edición de su tratado. Pero mientras yo baso mi sistema en finalidades político-criminales, JAKOBS, renunciando a ello, ve el fin del Derecho penal únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de sistemas. No puedo abordar esta teoría en sus particularidades, pero deseo presentar tres de sus consecuencias especialmente importantes, todas ellas mucho más radicales que las propuestas que yo he formulado. A ellas conectaré mis críticas.

4.1. Descripción

a) Daños a la vigencia de la norma en lugar de lesión de bienes jurídicos

El primer fundamento de la dogmática penal sostenida por JAKOBS afirma que la misión del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma. Un artículo de JAKOBS publicado en Japón contiene el programático título: "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» y en el mismo se sostiene con firmeza la segunda alternativa. De acuerdo con esta concepción, el autor afirma "la no vigencia de la norma para el caso en cuestión", mientras la pena expresa "la insignificancia de esa afirmación" y con ello confirma la

vigencia de la norma. La "prestación del Derecho penal" consiste para JAKOBS en "contradecir, a su vez, la contradicción de las normas que reflejan la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social" y ello con independencia de cualquier efecto empírico en la realidad social: "en particular la confirmación de la identidad no es empíricamente aprehensible, pues ésta no es consecuencia del proceso, sino su significado. Plásticamente se formula en el citado trabajo japonés: "sociedad es desde el punto de vista de la teoría de sistemas… comunicación. Lo social por ejemplo en un homicidio no es la lesión del cuerpo de la víctima o la eliminación de su conciencia, sino la afirmación objetivizada y concluyentemente contenida en el hecho de no tener el deber de respetar el cuerpo o la conciencia… Mediante esa afirmación se pone en cuestión la norma: delito es desobediencia de la norma". Y de la forma más resumida posible: "El hecho es daño a la vigencia de la norma; la pena es su contrarrestación". Se trata aquí, en expresión de SCHÜNEMANN, de un "normativismo libre de empiria": para el Derecho penal un homicidio no consiste en la aniquilación de la vida humana, sino en la desatención de la norma. El daño consiste en esa desatención y no en la destrucción de la vida.

b) El rechazo de un injusto sin culpabilidad

La teoría del delito como daño a la vigencia de la norma conduce a una segunda tesis que es sostenida con creciente intensidad por JAKOBS y sus discípulos: la renuncia a la distinción entre injusto y culpabilidad. Si de lo único que se trata en el delito es de desautorización de la vigencia de la norma, éste presupone un autor que actúa culpablemente. El hecho del enfermo mental, por ejemplo, no supondría una perturbación de la vigencia de la norma, sino una consecuencia "del ser humano como ser natural…, no como un participante competente en la comunicación que dice cosas con sentido". En la misma línea se han manifestado sus discípulos. LESCH dice lo siguiente: "El injusto penal es la propia culpabilidad" y "la culpabilidad es el injusto penal". Y para PAWLIK, "Bajo el dominio de un concepto de delito, en el que en un primer plano se encuentra la

contradicción por parte del autor de la voluntad general, no hay sitio alguno para un injusto no culpable como categoría general del delito".

c) La determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales

La tercera novedad central de la concepción del delito de JAKOBS reside en que su noción de culpabilidad, a la que -de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas- equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general. Él solo permitiría una disculpa (*Entschuldigung*), cuando el conflicto resuelto mediante la infracción de una norma, pudiera ser resuelto de una manera distinta al castigo penal. JAKOBS aclara esto último a través de un ejemplo al que ya se ha aludido antes en multitud de ocasiones: "Así, únicamente cabría plantearse la exculpación de los delincuentes sexuales, cuando la medicina hubiera conseguido presentar fórmulas para su tratamiento." Según su opinión, la escasa capacidad de comportarse conforme a Derecho de un delincuente habitual tampoco aminoraría su culpabilidad, porque no podría tolerarse el que "la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia" En resumen, lo anterior significa que: "La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que sea funcional y solo puede faltar cuando existe la posibilidad de abordar el conflicto de otra manera." Todavía en su última publicación que data del año 2008 afirma, "que en el juicio de culpabilidad solo se individualiza (esto es, se exculpa o incluso se atenúa), cuando no se daña la función de ordenación de la norma." En pocas palabras: la incapacidad de culpabilidad solo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventivo general que a ello se oponga."

4.2. Crítica

Estas osadas tesis no dejan demasiado margen para la dogmática del Derecho penal tradicional. No obstante, debo admitir que no puedo estar de acuerdo con ninguna de las tres tesis aquí descritas de tal concepción sistemática.

a) El delito como daño a la vigencia de la norma en lugar de como lesión de un bien jurídico

En primer lugar, en lo que a la comprensión del delito como daño a la vigencia de la norma se refiere, no puedo estar de acuerdo ni con la tesis de que el hecho típico estaría suficientemente caracterizado como ataque a la vigencia de la norma, ni con la idea de que un castigo sólo sirve a la confirmación de la vigencia de la norma y de que ese fin se consigue en todo caso simplemente a través de la mera imposición del castigo. El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. Un hecho no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico. Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real, no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico.

Incluso cuando los delitos son idóneos para desestabilizar la confianza normativa de los ciudadanos –lo que sin embargo no resulta decisivo para JAKOBS-, los daños jurídico penalmente relevantes no residen en el desconcierto (*Verunsicherung*) de los ciudadanos, sino en el concreto perjuicio a la víctima y a su bien jurídico-penalmente protegido: esto es, en la destrucción de la vida humana o en la lesión a la integridad corporal, del derecho a la autodeterminación sexual, en la propiedad, etc.

En pocas palabras: cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado, se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho Penal.

Lo dicho vale igualmente para la concepción de la pena en la teoría de JAKOBS. Si ésta únicamente tiene sentido en la medida en que viene a confirmar la vigencia de la norma que el autor a través de su pública contradicción cuestionó, cabe preguntarse por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento. Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción

de manera igualmente clara. JAKOBS había atribuido inicialmente a la pena la función de "ejercicio en la fidelidad al Derecho" y con ello le otorgaba a la pena una función preventivo-general. Gracias a ésto, JAKOBS obtuvo una gran repercusión. El hecho de que posteriormente abandonara este punto de vista y quisiera en su lugar atribuirle a la pena tan solo una función simbólica,en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado. Posiblemente ha sido PUPPE quien ha mostrado un rechazo más categórico: "Una sociedad que no se compromete para lograr, al menos parcialmente, la observancia fáctica de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula."

JAKOBS ha cedido parcialmente ante esta crítica y se ha formulado a sí mismo la cuestión: "¿Por qué se elige precisamente el infligir dolor como símbolo y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?" Su respuesta es que la confirmación de la norma, si es que debe ser "patrón de conductas", tendría que "estar sustentada cognitivamente", esto es, no podría ser demasiado probable el que… nos convirtiéramos en víctimas de un delito. Por ejemplo, nadie llevará a cabo un paseo nocturno en solitario a través de un parque con total tranquilidad,por el mero hecho de que no *debe* en modo alguno ser robado o incluso apaleado, sino que, muy al contrario, para que emprenda ese paseo, debe poder también asumir que con una alta probabilidad no *va a ser* tratado de esa forma." Esto culmina en la tesis resumida siguiente: "El dolor sirve a la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, así como la contradicción frente al cuestionamiento de la vigencia a través del delito es su significado."

Sin embargo, la función cognitiva de la pena -que va más allá de la confirmación normativa- es entendida exclusivamente como compensación retributiva de la culpa. En su última publicación. JAKOBS sigue afirmando que solo se legitima aquella pena, "que equilibra los daños que específicamente ha causado el autor responsable

de la infracción de la norma y nada más". No se trata de impedir que el infractor de la norma cometa otros hechos, tampoco de disipar la tendencia de otras personas a la infracción de normas…" Y en la ya citada publicación japonesa, afirma que con la imposición de la pena "se conseguiría siempre el fin de la pena: La configuración de la sociedad está confirmada: el que además se den efectos psíquico-individuales o psicológico-sociales –intimidación, ejercicio de la fidelidad al Derecho u otros adicionales- no es, para el fin de la pena, esencial."

En mi opinión, aquí subsiste todavía, también en la última versión de la concepción del fin la pena de JAKOBS, una contradicción insalvable. Pues, la suposición de que a través de la mera adición merecida de "dolor penal" las normas conservan su "función de patrón de conductas" y los hechos delictivos pueden ser evitados, contradice el estado del conocimiento en la criminología. Si JAKOBS no considera que la resocialización, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, el aseguramiento y la intimidación conforman las genuinas funciones del Derecho penal, siguiendo con su ejemplo, no podrá salir a pasear tranquilamente por el parque municipal. Y con ello, el Derecho penal no habría alcanzado su fin.

Además, personalmente advierto todavía una segunda contradicción en la concepción global de JAKOBS. Si para él la pretensión de la pena no se limita a la confirmación simbólica de la vigencia de la norma, sino que, sobre todo, se trata del aseguramiento cognitivo y de garantizar a través del Derecho penal una vida libre de peligros en sociedad, resulta que la tarea última del Derecho penal es precisamente la que según su opinión no debería ser, esto es, la protección de bienes jurídicos. Con ello, el antagonismo entre el cumplimiento de las normas y la protección de bienes jurídicos se desvanece. Así pues, mediante este nuevo giro de la teoría de JAKOBS, veo confirmada mi propia concepción.

b) ¿Supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad?

Tampoco puedo estar de acuerdo con la supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad que JAKOBS y su escuela proponen. En la

primavera de 1966, en unas conferencias en Japón, WELZEL afirmó lo siguiente: "Veo en la descomposición del delito en los tres elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones." Ahora, este avance debería ser revertido.

A lo anterior, en primer lugar, cabe objetar que aún asumiendo la premisa según la cual el hecho típico sería exclusivamente lesión de la vigencia de la norma y la vigencia de la norma sólo podría ser dañada a través de un comportamiento culpable, la consecuencia de que no existiría un injusto no culpable resulta igualmente débil.

Pero incluso dejando también al margen esto último, con la identificación del injusto y la culpabilidad se equiparan cuestiones materiales esencialmente dispares. Una cosa es que un comportamiento esté prohibido bajo pena como lesión de un bien jurídico y otra muy distinta que la infracción de esa prohibición esté castigada con pena en todos los casos. La prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse conforme a Derecho y por esa razón debe separase de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento. Por lo tanto, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente. El Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello.

La tesis según la cual no existe un injusto no culpable contraviene además de múltiples formas la ley.

El Código penal alemán distingue claramente entre hechos, que son "no antijurídicos" (§ 32, 34 StGB) y otros, que son cometidos "sin culpabilidad" (§ 17, 20 StGB). Frente a los ataques no culpables cabe

defenderse, frente los ataques conforme a Derecho no (§ 32 StGB). Aquellos que niegan la posibilidad de un injusto no culpable no pueden refutar esto último y con ello se confirma lo acertado de la distinción que niegan. Al mismo tiempo, el hecho de que las reglas sobre medidas de seguridad se conecten con el injusto y las penas con la culpabilidad, hace ineludible la división entre ambos niveles del delito. Del mismo modo, la regulación de la teoría de la culpabilidad –según la cual en caso de ausencia inevitable de comprensión de la ilicitud se excluye la culpabilidad- presupone la distinción entre injusto y culpabilidad, pues el legislador parte de la base de que en estos casos el autor ha realizado un injusto penal.

La separación entre injusto y culpabilidad tiene además en el Derecho vigente un gran valor explicativo, pues de ella resultan una multitud de resultados prácticos. La tesis de que no existe un injusto no culpable, por el contrario, no aporta ventaja práctica alguna y destruye la claridad lograda por el legislador a través de la expresa separación entre injusto y culpabilidad.

c) ¿La atribución de culpabilidad desde la perspectiva de la orientación a los fines?

La tercera tesis nuclear de JAKOBS, según la cual la culpabilidad no se determinaría a partir de las capacidades individuales del autor, sino en función de los mandatos legislativos conforme a finalidades, no la comparto. Ambos estamos de acuerdo en que aun dándose la culpabilidad es todavía posible una exculpación (una exclusión de la responsabilidad en mi uso del lenguaje), cuando razones preventivas faculten una renuncia a la pena. Pero JAKOBS pretende también castigar allí donde el autor no tenía ninguna posibilidad de comportarse conforme a Derecho, pero de acuerdo con el sentido de las funciones de ordenación la norma todavía es "útil" (*Zweckvoll*).

Le he objetado a JAKOBS desde hace tiempo que con ello precisamente se consigue aquello que el Derecho penal debería evitar: que la pena no se haga depender de circunstancias que radican en el autor, sino de necesidades socialmente afirmadas. Esto conduciría a una instrumentalización del sujeto que violaría la dignidad humana. En

este punto JAKOBS ha replicado lo siguiente: "Cuando nuevamente se aduce contra la concepción aquí presentada que una comprensión como ésta de la culpabilidad, supondría la instrumentalización del ciudadano penado, se pasa con ello por alto que se trata solo de una descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que expone con claridad en el mejor de los casos una instrumentalización desde antaño existente."

De hecho, de acuerdo con el Derecho vigente una instrumentalización como la descrita no puede acaecer. Y de hecho, tampoco tiene lugar, pues el *BVerfG* controla enérgicamente que el principio de culpabilidad sea observado de manera estricta por todos los tribunales.

Quien atribuye la culpabilidad al autor según las necesidades sociales, en vez de hacerlo según las capacidades personales, sacrifica con ello una de las barreras fundamentales que se oponen al ejercicio estatal de violencia en interés de la libertad del ciudadano. Y este sacrificio es además innecesario, porque en los extraordinarios casos en los que el derecho de injerencia estatal como consecuencia de las obligadas necesidades de protección se impone al principio de culpabilidad (por ejemplo, en los casos de internamiento de enfermos mentales peligrosos), son de aplicación reglas legalmente preestablecidas como el internamiento en un hospital psiquiátrico.

5. PANORAMA

Con ésto llego al final de mi exposición. Me he ocupado con cierto detalle de las contribuciones formuladas por JAKOBS y por mí mismo al desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, pues son las dos únicas concepciones del delito post-finalistas influyentes en la discusión internacional. No lo he hecho tampoco a modo de informe neutral, sino a través de una discusión crítica. Pues, cuando se pretenden comprender las actuales discusiones en Alemania, se debe poder comprender como las distintas posiciones se enfrentan a modo de réplica y contrarréplica. Es muy deseable que también la ciencia del Derecho penal japonesa tome

parte en esta disputa y quizá se encuentren en mi exposición algunos puntos de vista a los que para ello asirse.

No quiero ocultar que en los últimos tiempos han aparecido también algunos jóvenes autores con novedosos diseños del sistema. Así, Tonio WALTER ha presentado en el año 2006 el así llamado "sistema postfinalista", en el que igualmente se rechaza un injusto sin culpabilidad y se asigna a los fundamentos de exclusión de la responsabilidad (así los llamo yo) una categoría propia, como "reglas de oportunidad" al margen del injusto culpable. SINN ha intentado desarrollar en el año 2007 un sistema del delito sobre el fundamento de las teorías del poder sociológicas. Así, todo comportamiento delictivo se interpreta como un abuso de poder. Sostiene también la tesis de que no existiría ningún injusto no culpable, puesto que solo un hombre que actúa culpablemente podría cometer un injusto en la medida en que abusase de su poder.

Estos son, por principio, intentos deseables de avanzar hacia nuevos mundos de la dogmática. Sin embargo, considero las tesis de ambos autores –como mínimo problemáticas.

Así, por ejemplo, WALTER apoya su negativa al injusto independiente de la culpabilidad sobre la base de que "un inimputable no podría cometer un injusto, las manifestaciones de un enfermo mental significan para el Derecho lo mismo que el sol y la lluvia", pero en ese caso, esto es completamente incompatible con el hecho de que el Derecho conecta las consecuencias arriba suficientemente explicadas con acciones contrarias a Derecho no culpables, mientras que el sol y la lluvia no traen consigo ninguna consecuencia jurídica. E igualmente, el que, tal y como quiere SINN, todas las formas de manifestación de comportamientos punibles –por ejemplo, también la imprudencia inconsciente- se expliquen como abusos de poder, se me hace difícil de aceptar.

Igualmente debe negarse que no puedan darse abusos de poder no culpables. Una tiranía, lo sigue siendo aun cuando el tirano sea un demente. Aquí, por cuestiones de espacio, no puedo seguir analizando

todos estos aspectos. De todos modos, tampoco resulta necesario, pues la crítica a ambas obras en Alemania, hasta el momento, se muestra contraria y en cualquier caso, no han alcanzado todavía influencia a nivel internacional.

Lo que nos deparará el futuro está por verse. Pero toda mi esperanza reside en que, en un trabajo conjunto con nuestros colegas japoneses, pero también con otros profesores de Derecho penal de todo el mundo, alcancemos con el paso del tiempo una dogmática del Derecho penal internacional que suponga una aportación esencial en favor de un Derecho universal común y contribuir así al entendimiento entre los pueblos."

La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

Sumario: I. Introducción. II. La "joya legal" española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica. III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescíndase de ella, *sic et simpliciter*. IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son clara y ostensiblemente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. V. Equiparación de la

---

* **Abreviaturas utilizadas:** *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *GA* = Goltdammer's Archiv; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; LRJAPPC = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *Schönke/Schröder*^{28ª} = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK* I^{5ª} = Systematischer Kommentar zum Strafgesetbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; *StV* = Strafverteidiger; *wistra* = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; *ZschR* = Zeitschrift für schweizerische Recht; *ZIS* = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com; *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil. VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. VII. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. VIII. Conclusiones. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN

1. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una carrera emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia, y además martirizante en general para la mayor parte de la ciudadanía, y en particular para el saber jurídico pensante[1], el legislador español[2] se decidió en 2010 a favor del extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad "penal" de las personas jurídicas. En efecto, asumiendo y practicando algo así como el rol de un hechicero de vudú haitiano, por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el legislador español quiso dotar a las personas jurídicas de un espíritu que, como el de los humanos, tendría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones jurídico-penalmente relevantes, y quiso transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que el legislador supone que comete ella misma.

---

1 Téngase en cuenta que todo saber tiene ciertamente una "intencionalidad", pero como expone y advierte *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 266 ss., el saber está a menudo fuertemente condicionado y limitado por el poder, y en concreto, dentro del saber jurídico-penal, hay que distinguir al racional del irracional y, en definitiva, al que "piensa" del que "no piensa"; según *Zaffaroni*, loc. cit., p. 266, "el *saber para poder* no es un *pensar*", y el saber jurídico-penal que "no piensa" es aquél que elabora sus productos al margen de "la pregunta ontológica y antropológica" y que a continuación los "racionaliza" (p. 269).

2 Quien con su perseverancia competitiva para ganar la carrera, alcanzará la cabeza con toda probabilidad con la aprobación del Proyecto de reforma del Código penal actualmente en tramitación parlamentaria (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley nº 66-1, de 4 de octubre de 2013), iniciará a continuación su escapada del gran pelotón hacia la meta, y finalmente se coronará victorioso con su anunciada liquidación del vigente modelo de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Con esta positivación legal de un pretendido —y sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de agrupaciones que, como recientemente lo caracteriza con precisión y genialmente *Bernd Schünemann*, no puede ser imaginado más que como un "zombi político-criminal"[3], el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente rigurosa doctrina española, abiertamente contraria a semejante constructo[4], y también a la extranjera del más alto nivel científico en nuestro sistema jurídico continental, a cuyo afianzamiento epistemológico ha contribuido de un modo decisivo *Bernd Schünemann* con multitud de argumentos que viene desarrollando desde hace tiempo con el más elevado y refinado rigor lógico material y formal en la construcción jurídica[5], que aún en el presente enriquece con importantes precisiones y matices[6], y en definitiva, con argumentos críticos con una carga de racionalidad tal, que los dota de una fuerza mucho más que suficiente para hacerlos irrebatibles y también de una firmeza que los sostiene como sólidos muros de contención de la simple e insubstancial doxología de nuestro tiempo, entregada a la mera opinión libre sin fundamento, ni apoyo

---

3 Véase el reciente artículo de *Schünemann*, publicado en ZIS 1/2014, con el título "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie".

4 Véase el juicio de *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 14: "contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídico penal (española)". Sobre mi postura al respecto, véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; *el mismo*, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 s. *el mismo*, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; *el mismo*, Lecciones[4ª] 2012, pp. 216 ss.; *el mismo*, Actuar I 1985, p. 8.

5 Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, Véase *Schünemann* Unterlassungsdelikte 1971, pp. 39 y 41; *el mismo*, FS Klug 1983, pp. 169 ss.; *el mismo*, FS Roxin 2001, pp. 23 ss.; y *el mismo*, Ontologismo y normativismo 2000, pp. 654 ss., y 660 ss. Sobre mi postura metodológica, no coincidente en todo, pero muy próxima a la de Schünemann, véase *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; *el mismo*, RECPC 06-07 (2004), pp. 4 ss., 8 ss. ; *el mismo*, Prólogo a Mª Ángeles Rueda Martín 2001, pp. 22 ss.; *el mismo*, Horizonte 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; *el mismo*, Adecuación social 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

6 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 1 ss.; *el mismo*, Verfassungswidrigkeit 2013, y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, *el mismo,* Unternehmenskriminalität 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; *el mismo*, wistra 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); *el mismo*, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas pp. 565 ss.); *el mismo*, Deutsche Wiedervereinigung III 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; *el mismo*, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; *el mismo,* Constitución europea 2006, pp. 151 ss.; *el mismo*, LK I[12ª] 2006, pp. 1841 ss.; *el mismo*, FS Tiedemann, 2008, pp. 429 ss.; *el mismo*, GA 2013, pp. 193 ss.

algunos en el saber jurídico válido e indeclinable[7], y que como él mismo ya denunció hace dos décadas, erosiona despiadadamente a la Ciencia del Derecho penal y acelera su entropía[8]. Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el *minimum minimorum* del saber jurídico.

II. La "joya legal" española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones que declaran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecen las correspondientes "penas" aplicables a ellas y fijan reglas específicas para la aplicación y determinación de éstas. El nuevo art. 31 bis declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, define al menos algunos de los elementos constitutivos del "supuesto de hecho" determinante de aquélla, y finalmente, enumera determinadas circunstancias que podrán atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica[9]. Si a la

[7] Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase *Gimbernat*, Ensayos 1999, p. 375; véase además *Alejandro Nieto* El Derecho y el revés 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia sobre el camino emprendido en la Ciencia jurídica, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como éstas: la producción de pensamiento —dice *Alj. Nieto*— tiene "un enemigo letal: la prisa", pues "antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo", pero hoy "en esta etapa veloz", se puede pasar "en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro" (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por Nieto en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli (1900-1958)* a algún discípulo suyo, de que *"no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa"*. Todo esto es tan importante y trascendente, que lo repetiré más adelante en otro contexto de este trabajo.

[8] Véase *Schünemann* GA 1995, pp. 221 s., 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); en sentido similar, sobre el daño que ocasiona el pensamiento tópico a la Ciencia jurídico penal, véase *Gimbernat* ADPCP 1992, p. 833; *el mismo,* Estudios[3ª] 1990, pp. 158 ss.; y sobre los peligros políticos de todo esto, véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s..

[9] Según el mencionado art. 31 bis: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta

persona jurídica se la hace penalmente responsable por la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que a ella se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización. Mas como ésto es simplemente imposible —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad—, el legislador español ha introducido un catálogo de penas específicas para las personas jurídicas cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y de derechos de los que son

---

de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito, que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho[10]. Puesto que por la misma naturaleza de las cosas, ni el fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas, pueden ser los mismos que los de la auténticas penas en sentido material, en el Art. 66 bis se han introducido unas reglas y criterios específicos para su determinación[11]. Finalmente, en el apartado 2 del art. 130

[10] El apartado 7 añadido al art. 32 CP establece que: "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

[11] Art. 66 bis CP: En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para

CP, se excluye la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable[12].

2. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida —demandada— así por numerosos instrumentos internacionales[13]. Pero ésta —sin la menor duda— infundada y fraudulenta motivación[14], que junto al argumento del Derecho comparado también se ha querido esgrimir y ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión[15], puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aún suponiendo que fuera verdad y cierta —que como queda dicho, no lo es— ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como la pretendida, es frontalmente contraria a la razón y al Derecho, ya que ninguna decisión irracional

---

la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad illegal.

12 Según el art. 130.2 CP: La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica,cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

13 Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, *BOE* nº 152, de 23 de junio de 2010.

14 Al respecto, véanse las argumentadas desvirtuaciones de la misma formuladas por *Fernández Teruelo*, RDP (31) 2010, pp. 45 ss. y por *Octavio de Toledo* ADPCP 2009, pp. 109 ss., éste último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo *Ortiz de Urbina* Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.

15 Antes de la reforma, véase por ejemplo sobre recomendaciones de organismos internacionales *Zugaldía* CPC (11) 1980, pp. 70 ss.; *el mismo*, CPC (53) 1994, pp. 617 ss.

de uno mismo puede justificarse, ni ampararse de ningún modo en el argumento de que eso mismo es lo que hacen otros, porque ésto, evidentemente, para nada elimina ni mitiga la irracionalidad de quienes ya antes han procedido de ese modo[16]. En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es más bien el contenido y el sentido de la decisión misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que ha tomado, ya desde su punto de partida, una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulado y dejando como hitos a constructos conceptuales a los que pretende dar apariencia jurídico-*penal*, pero que carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de esa naturaleza, toda vez que del análisis de la materia elaborada, y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta que no puede obtenerse ni una sola partícula de materia prima real con naturaleza jurídico-*penal*, y porque —dicho de otro modo— de los substratos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de sus constructos, resulta que no puede ser destilada ni obtenida ni siquiera *una sola gota* de fluido jurídico-*penal*, pues todo el que se obtiene es uno más bien de naturaleza civil o administrativa (no sancionadora).

III. PERO ¿QUÉ PODRÍA IMPEDIR LA TRANSUBSTANCIACIÓN Y LA TRANSFIGURACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN UN SUJETO JURÍDICOPENAL? ¿LA DOGMÁTICA?: SÍ, PERO COMO LA DOGMÁTICA ESTÁ EQUIVOCADA, ENTONCES PRESCÍNDASE DE ELLA, *SIC ET SIMPLICITER*.

1. Qué oscuros e inconfesables —o simplemente a la conciencia no aflorados— motivos impulsan a la disparatada invención jurídica de una responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta es una cuestión que aquí tiene que quedar imprejuzgada[17]. La cuestión importante

[16] En sentido similar, *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 12; *el mismo*, Verfassungswidrigkeit, pp. 18 s.

[17] *Nietzsche* contrapone la "invención" (*Erfindung*) en cuanto ruptura histórica, al "origen" (*Ursprung*) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, *Nietzsche* sostiene con razón, en contra de *Schopenhauer*, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe

aquí es: ¿cómo puede llegarse a tan "milagrosa" transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? A los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a semejante pregunta les parece obvia: porque —así lo dicen— quienes la negamos, primero, seguimos un método incorrecto y equivocado; y, segundo, porque al negarla y proponer otras soluciones, "jugamos con las etiquetas". Nadie ha sido tan explícito al respecto como *Zugaldía*, al criticar mis tesis contrarias a la responsabilidad de la persona jurídica tanto en el orden penal como también en el sancionador administrativo. En contra de ésto, para él —como sin duda también para todo el que explícita o implícitamente vaya en su misma dirección extraviada— parece que para llegar a fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica "todo debe valer". Creo que ni *Feyerabend* se atrevería a tanto. Veámoslo.

2. *a)* Según *Zugaldía*, mi rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería sólo la consecuencia de que, en su contundente

ver nada más que una fabricación o invención debida a *oscuras relaciones de poder*; véase *Nieztsche*, Fröhliche Wissenschaft 1982, nº 99 (pp. 112 ss.), nº 151 (p. 151), nº 353 (pp. 234 s.); también *Foucault* Verdad 1980, pp. 20 ss., al comentar el concepto nietzscheniano de invención, advierte que toda invención "posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable" (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por *Bernd Schünemann*. Según él, la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que *Schünemann* compara con "una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería", porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, "se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta", todo lo cual sería posible porque, según concluye *Schünemann*, "la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella", y porque "no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles"; véase *Schünemann* GA 5/1995, p. 221 s. = ADPCP 1996, pp. 209 s.

afirmación, *no es metodológicamente correcto* "considerar que existe un *único* concepto válido y verdadero de acción (ni) un *único* concepto válido y verdadero de culpabilidad"; porque —dice— es cierto que "tales concepciones son —lógicamente— *posibles*, pero no excluyen ni mucho menos *otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad"[18]. Pero mis errores metodológicos no se agotarían en ésto, pues según *Zugaldía*, aún incurriría en otro más que consistiría en que inicialmente yo me habría preguntado "por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad *ya dado —y exclusivamente válido— para las personas físicas*", y esto, *sic et simpliciter*, sería erróneo porque así "la pregunta está mal formulada", ya que a partir de semejante planteamiento de la cuestión, "la respuesta será inexorablemente negativa"[19]. Así pues —concluye *Zugaldía*— esta "suma de sendas metodológicamente incorrectas", por supuesto, "no puede llevar, en última instancia, más que a la obtención de conclusiones equivocadas"[20].

b) Pero es que en su "avistamiento" de mi tesis, *Zugaldía* detecta aún otro defecto, que de ser cierto, a quienes negamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos tendría que forzar a renunciar definitivamente a dicha negativa. Ahora se trata de la cuestión —que no puede desvincularse del método— del "etiquetamiento" de los conceptos. Según entiende él, yo también habría naufragado y fracasado en ésto, o si se quiere decir de otro modo, pareciera que yo no conozco el lenguaje, ni la taxonomía ni los códigos de nomenclatura jurídicos, lo cuál significaría *a sensu contrario* que él sí los conoce y que los domina. Pues según *Zugaldía*, al negar yo primero toda posibilidad de que la persona jurídica pueda ser un sujeto responsable tanto criminalmente como en todo y en cualquier orden sancionador, y al acabar empero proponiendo después todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador para ellas, para las cuales incluso evito cuidadosamente los términos "pena" y "sanción"

18 Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 621. Ya con ésto, *Zugaldía* ignora que la realidad de la que se habla es como es independientemente de cómo se la exprese lógicamente. En definitiva, desconoce la abismal diferencia que existe entre la Lógica formal y la material.

19 Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, pp. 621 s.

20 Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 622.

en sentido estricto[21], con ésto último estaría yo "jugando con las etiquetas", porque en opinión de *Zugaldía*, después de afirmar yo que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", en realidad termino imponiéndoles "absolutamente de todo", y esto, en definitiva, sería algo que podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas"[22].

c) Naturalmente, si un método es incorrecto y lleva a conclusiones equivocadas, entonces lo que cabe esperar de quien así lo percibe no puede ser consecuentemente nada más que buscar otro —para él, quizá *"el"* único y definitivo— método "correcto", porque sólo éste, y precisamente por su corrección, podrá y tendrá que llevar a las conclusiones correctas, es decir: ¡justamente a las mismas que por ya estar pensadas *a priori* como queridas a toda costa en una supuestamente "bien formulada" pregunta inicial!, se van a deducir luego inexorablemente, pero ¡ahora ya como "demostradas" *a posteriori*! gracias al método correcto que se encontró porque la pregunta inicial se formuló "bien". Así pues, quienes no aceptamos, sino que rechazamos

[21] Porque yo, contra lo que parece suponer o insinuar *Zugaldía*, sí creo conocer la taxonomía y la nomenclatura jurídicas, y por eso no frivolizo con tan decisivo y trascendente modo de adquirir y de comunicar conocimiento y, en consecuencia, ni se me ocurriría decir que es "propio" de un sujeto, el hecho que ha realizado "otro" sujeto distinto. Vamos, que creo que tengo muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

[22] Véase *Zugaldía*, CPC (53) 1994, p. 622; véase también, en sentido parecido, *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 19 s., y especialmente nota 10 en p. 20, donde a mí y a otros autores que razonan del mismo modo que yo, nos atribuye haber caído en el ¡"mal del nominalismo"!. Pero con esto, a *Zugaldía* —y también a Nieto— le queda pendiente, sin embargo, como cuestión decisiva la de pronunciarse —pero razonadamente, es decir, con argumentos de la Ciencia jurídica, y no con simples afirmaciones— acerca de si también estarán jugando con las etiquetas todos quienes, por ejemplo, llamen consecuencias *civiles* a la indemnización del daño o a la devolución del enriquecimiento injusto, y también a todos quienes llamen medidas de coacción directa administrativa, por ejemplo, a la retirada de la vía pública de un animal peligroso que es propiedad de una persona, a los comisos y requisas, a las intervenciones administrativas de empresas o, en general, a todas las potestades administrativas ablatorias. Si *Zugaldía*, en lugar de limitarse a hacer meras y simples afirmaciones, hubiera entrado en debate y tratado así de rebatir mis extensos y detallados argumentos —lo que no ha hecho en lo más mínimo—, entonces en lugar de atribuirme lo que yo no digo en absoluto, lo que tendría que haber tratado de rebatir es lo que yo realmente digo junto con la más rigurosa y seria doctrina, a saber: que a la persona jurídica *no* se le puede imponer absolutamente nada de naturaleza *penal o sancionadora*, y sí, por el contrario, "todo" lo que tenga naturaleza civil o administrativa. No alcanzo a ver ni a lo lejos —y esto es un verdadero enigma— qué delicia podrían encontrar en mi tesis los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

contundentemente las conclusiones de *Zugaldía*, obramos así porque no hemos visto o no nos hemos percatado del método correcto que, sin embargo, al parecer, él sí ha encontrado y ahora nos quiere dar a conocer. Este método "correcto" sería uno que tendría que partir naturalmente de la pregunta distinta y "bien formulada" relativa a "si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas", y que cuando se haga operativo permita "elaborar un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas"[23]. Así pues, el método correcto que ahora *Zugaldía* nos da a conocer, y el cual nos invita a seguir, es el que permite construir los mencionados conceptos y, de la mano de éstos, llegar luego hasta donde ya en el principio él quería y se había propuesto llegar a toda costa, es decir, a poder cargar a la persona jurídica de una responsabilidad *criminal* y a cargarle las penas correspondientes[24]. Pero ¿en qué se concreta dicho método "correcto"? En un primer momento, *Zugaldía* encontró al parecer *dos* posibles versiones correctas del método porque a su parecer operarían con "mejor criterio" que los que utilizamos el método, que él tacha de incorrecto, a saber: la seguida por *Jakobs*, que mediante una construcción puramente "normativa" habría logrado producir unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica; y otro distinto, que es el que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que

23 Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, p. 622.

24 Como *Zugaldía* ya había propuesto inicialmente de *lege ferenda* en un primer trabajo de 1980, véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, *passim*. Con posterioridad a éste y al citado en notas anteriores, y con motivo de la introducción en el CP 1995, de un sistema de "consecuencias accesorias", especialmente para las personas jurídicas en el art. 129, *Zugaldía* quiso ver realizada su propuesta ya de *lege lata* en ese momento, si bien para salvar el obstáculo terminológico que le planteaba aquella denominación legal, tuvo que llevar a cabo ciertas interpretaciones trascendentes al sentido gramatical; véase *Zugaldía*, PJ (46) 1997, pp. 332 ss.; *el mismo*, en Cobo (dir.) ComCP IV, pp. 1053 y ss.; *el mismo*, LH Valle 2001, pp. 896 ss.; *el mismo*, Vigencia 2001, pp. 252 ss. Se adhirió a las interpretaciones de Zugaldía, *Silvina Bacigalupo* Responsabilidad 2001, pp. 284 ss.; *la misma*, en Curso, pp. 71 ss.; *la misma*, en *Bajo/S. Bacigalupo*, Derecho penal económico 2001, nota 33 de p. 152; véase también *Zúñiga Rodríguez* Bases 2003, p. 213, si bien esta autora, a diferencia de los anteriores, sólo reivindicó la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 de *lege ferenda*. Finalmente, con la introducción en el CP vigente de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de las correspondientes penas por la L.O. 5/2010, ahora *nominalmente*, *Zugaldía* cree que se ha realizado ya de un modo pleno su propuesta; véase *Zugaldía* La Ley penal (76) 2010, pp. 5 ss.; *el mismo*, Responsabilidad 2013, *passim*.

consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos*, pero *en paralelo* a los de la persona física[25].

3. *a)* Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las "percepciones" y afirmaciones de *Zugaldía*, resulta cuando menos impactante su categórica doble afirmación de contrarios, es decir, por un lado, que los unos —entre los que me encuentro yo— no formulamos bien la pregunta inicial, y por eso desarrollamos luego un método incorrecto que lleva a conclusiones equivocadas, y por otro lado, que los otros —entre los que se encuentra él— sí saben formularla bien, y por eso con un "mejor criterio" encuentran luego el método correcto que lleva a las conclusiones correctas. Si esto fuera así como lo ve *Zugaldía*, desde luego quienes rechazamos de plano el inconcebible constructo que él quiere edificar, tal vez debiéramos plantearnos seriamente renunciar a tratar de —y ni siquiera intentar— producir conocimiento jurídico, pues ¿qué clase de conocimiento podríamos producir y aportar quienes seguimos un método incorrecto porque no formulamos bien las preguntas iniciales sobre los problemas a tratar? Y esto, consecuentemente, no sólo me lo tendría que plantear yo, sino que al incurrir en los mismos vicios, también deberían hacerlo todos y cada uno de los gigantes y modélicos juristas y filósofos que haré desfilar a lo largo de este escrito con sus opiniones radicalmente contrarias al inconcebible y perverso constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que ya hace tiempo que *Zugaldía* nos lo había advertido: si la Dogmática se opone a este proyecto de convertir a la persona jurídica en sujeto jurídico-penal, entonces, "peor" para ella"[26], porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro[27].

b) En el tiempo subsiguiente a la publicación de las científicamente insostenibles e inadmisibles "percepciones" y descalificaciones de *Zugaldía*, me he vuelto a ocupar parcialmente de cuestiones relativas al tratamiento de la persona jurídica en el Derecho penal[28], pero durante

25 Véase *Zugaldía* CPC (53) 1994, pp. 622 ss.
26 Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 87.
27 Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 86.
28 El artículo en que sustenté la tesis de la irresponsabilidad de la persona jurídica en cualquier orden jurídico de tipo sancionador, apareció publicado en AP (39) 1993, pp. 583 ss., y

todo este largo período, por diversos motivos, he considerado que darles expresamente la respuesta contundente de que son acreedoras era innecesario porque en mi opinión, y después de una primera reflexión y ponderación sobre ellas, resultaba claramente perceptible que ellas mismas ya eran portadoras —es decir, intrínsecamente— de su propia inconsistencia objetiva y, con ésta, también de su propia autodescalificación. Pero hoy día, las circunstancias ya no son las mismas que hace una década, y las actuales sí hacen ya necesaria aquella respuesta contundente por exigencias científicas, ya que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece estar imponiendo sus disparatados enunciados y contribuyendo así de un modo notable a la aceleración de la entropía de la Ciencia jurídico-penal, iniciada ya hace unas tres décadas, y precisamente en lo que concierne al método en su doble aspecto del tratamiento del objeto del conocimiento y de los procedimientos prácticos de la investigación, tal y como han denunciado ya varios eximios juristas que con su modélico trabajo se han ganado el más elevado prestigio y autoridad en la comunidad científica. Y es que lo que en algún momento comenzó como un presagio, hoy se ha tornado ya en una realidad práctica que domina: se desprecia la lenta y trabajosa formación en el saber jurídico más elevado, se ignoran los textos y fuentes de conocimiento más relevantes y éstos son reemplazados por todo tipo de opiniones y de comentarios apresurados, frívolos y sin fundamento alguno, y en fin, se ha desatendido y despreciado definitivamente la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli (1900-1958)* a un discípulo suyo, de que "no me importa que usted piense despacio*, sino que publique*

las "percepciones" de Zugaldía son, como se ve, de 1994. Después de la publicación de éstas, me he ocupado particularmente de la cuestión de las "consecuencias accesorias" previstas para personas jurídicas en el art. 129 CP, en Consecuencias 1996, pp. 437 ss. y 456 ss.; en Lecciones[1ª] 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en Lecciones[2ª] 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en Lecciones[3ª] 2004, pp. 469 ss. y 512 ss.; en RPCP (17) 2005, pp. 195 ss. y 234 ss.; en Tratado 2006, pp. 536 ss. y 576 ss.; en Homenaje a Klaus Tiedemann 2011, pp. 159 ss., 168 ss., 176 ss.; y finalmente, ya después de la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP y concordantes introducidos por la LO 5/2010, sosteniendo que pese a la denominación de las consecuencias jurídicas previstas para las personas jurídicas como "penas", ello no modifica en nada su naturaleza material de "consecuencias accesorias", en Lecciones[4ª] 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

más rápido de lo que piensa"[29]. Que la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un exponente especialmente significativo de todo esto, se mostrará hasta la saciedad en el curso de este trabajo.

IV. Los vicios —en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son claramente manifiestos— de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo

1. *a)* Para evitar malentendidos, quiero dejar aclarado ya ahora, que los argumentos metodológicos muy severos y contundentes que voy a desarrollar aquí contra la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tienen por objeto ninguna opinión ni tesis particular de ningún autor individual, sino exclusivamente los contenidos y el modo de producción del "discurso", es decir —y como bien he aprendido de *Michel Foucault*— con absoluta independencia de quién o de quiénes sean el o los "sujetos" particulares que hablan en el o adentro del discurso de una manera *determinada y singular*. En fin, y dicho de otro modo tal vez más claro y fácil de entender: que lo único que importa aquí es "lo que" se dice, y no "quien" lo dice, y por esto, que lo que se aprueba o reprueba es "lo que" se dice y para nada a "quien" lo dice, porque sólo ésto puede merecer el valor de crítica objetiva, racional y científica[30]. Por lo demás, y parafraseando a *Welzel*,

[29] Como explica *Foucault* Discurso[2ª] 1980, p. 22, en la producción de cualquier discurso, a veces tiene lugar el hecho de que "bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros". Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase *Gimbernat* Ensayos 1999, p. 375. Véanse de nuevo las opiniones al respecto de *Alejandro Nieto* y de *Schünemann* ya reproducidas *supra* en las notas 7 y 17 respectivamente.

[30] Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de *Foucault*, y así trato de hacerlo, se ha de tratar de analizar el significado y la materialidad objetivos o externos de los discursos, esto es, los acontecimientos, objetos y enunciados discursivos, su funcionamiento real *objetivo* y *material*, y, por ello, sus interconexiones, sus rechazos, sus contradicciones, exclusiones, inclusiones, etc., con independencia de *quién* los ha dicho. *Foucault* dice al respecto: "como yo no me intereso por los autores sino *por el funcionamiento de los enunciados* poco importa quién lo dijo o cuándo"; véase *Foucault* Verdad 1980, p. 138 (cursiva mía). A mayor abundamiento, entiendo, también

de ningún modo se trata de proponer ni defender ningún método ni unos principios jurídicos de corrección y de validez "inmutables", sino que de lo que trata es más bien de que "la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*"[31]. Por esto, en principio parto de la premisa de que casi todas las obras y creaciones del espíritu y del pensamiento humanos desarrolladas en el marco de lo socialmente adecuado y a partir de unos valores de referencia básicos y fundamentales compartidos por la comunidad, como es el caso de la producción de doctrina jurídica, siempre tienen valor en cuanto que nunca suele darse el caso de que no aporten algún conocimiento útil por mínimo que sea éste. Por esto creo que ningún rechazo ni discrepancia de una idea, de una tesis o de una doctrina formuladas en el marco de aquellos valores deben ni pueden pretender ni aspirar —ello sería absurdo e irracional— a invalidarla totalmente y en lo absoluto, pues también de las ideas o razonamientos que no se comparten, el que discrepa de ellas tiene que saber extraer los contenidos valiosos de que, sin duda, tienen que estar cargadas las propuestas que sólo no se comparten en *una cierta medida* y no en lo absoluto.

b) Y así, mi rechazo severo y contundente de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí desarrollaré,

---

con *Foucault*, que un enunciado es un acontecimiento que no se agota en las palabras que lo expresan ni en su sentido, pues entre otras cosas está ligado no sólo con las situaciones que lo provocan y con las consecuencias que produce, sino también con enunciados que lo preceden y que lo siguen; véase, *Foucault* L'archeologie 1969, pp. 40 s. Además, hay que aislar los enunciados de la lengua y del pensamiento para desvincularlos de sus conexiones psicológicas, como por ejemplo de la intención del autor, de la forma de su intelecto, del rigor de su pensamiento, de los temas que le obsesionan, del proyecto que guía su existencia, etc., para a continuación poder captar en él *otras* formas de regularidad y otras conexiones: relaciones de unos enunciados con otros aunque no sean del mismo autor, relaciones entre grupos de enunciados incluso aunque no se refieran al mismo dominio o campo formal, relaciones entre grupos de enunciados con acontecimientos de ordenes distintos, como el técnico, económico, político, etc.; en suma, al *enunciado* hay que "hacerle libre para describir *en él y fuera de él* juegos de relaciones"; *cfr. Foucault* L'archèologie 1969, p. 41 (cursiva mía). Ahora bien, pese a todo esto, hay que tener en cuenta que, como advierte *Foucault*, es inevitable que haya terrenos como la literatura, la filosofía y la ciencia, en que "la atribución a un autor es indispensable"; véase *Foucault* Discurso2ª 1980, p. 25. Lo que, de todos modos, no modifica en nada que la crítica tenga como objeto exclusivamente a los *enunciados* del autor, y de ningún modo *al autor* de los enunciados.

31 Véase *Welzel*, Introducción 1971, p. 267.

para nada me impide reconocer y aceptar como muy valiosas a muchas de las aportaciones debidas a ella ni incorporarlas a mi propia Dogmática con las adaptaciones exigidas por ésta, como por lo demás ya he hecho y dado pruebas claras de ello. En efecto, pues como puede comprobarse, en mis ya conocidas construcciones doctrinales sobre la "responsabilidad" y tratamiento de la persona jurídica a consecuencia de los delitos e infracciones cometidos por quienes actúan para ella, acepto y utilizo un buen número de conceptos *materiales* y de estructuras de *imputación* coincidentes en parte con los que maneja la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los considero en principio como empírica y valorativamente correctos, y también como instrumentos de política jurídica válidos y útiles para la lucha contra la criminalidad empresarial. Y así, por ejemplo, al concepto material del "defecto de organización", debido en lo esencial a *Klaus Tiedemann*[32], le he dado el valor de substrato —y de base y sostén— del juicio de "peligrosidad objetiva de la cosa", que en mi construcción doctrinal constituye lo esencial del supuesto de hecho de toda posible consecuencia jurídica aplicable a las personas jurídicas por razón —o derivada— de la comisión de un delito[33]. De la doctrina de las personas jurídicas he tomado también —y desarrollado, aunque de un modo incompleto y no exhaustivo— distintos criterios de determinación del "hecho de conexión" y de "imputación" a la persona jurídica del hecho específico que puede justificar su "responsabilidad" y la aplicación a ella de la consecuencia jurídica típica de esa clase y forma de responsabilidad (en ningún caso penal ni sancionatoria)[34]. También me he hecho eco de la acertada observación de *Zugaldía*, quien anticipándose a *Jakobs*, advirtió con razón que la necesidad de establecer reacciones jurídicas contra la propia persona jurídica deriva, entre otros motivos, del hecho de que debe

32 Véase *Tiedemann* NJW 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, *Brender* Verbandstäterschaft 1989, pp. 110 ss.

33 Véase *Gracia Martín* Responsabilidad 1986, pp. 104 s., aquí sin vincular aún la peligrosidad objetiva de la cosa, en el caso de la persona jurídica, al defecto de organización de ésta, pero vinculando y concretando ya la peligrosidad objetiva de la persona jurídica con el defecto de organización, véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 68 y 70 s.; *el mismo*, Consecuencias 1996, pp. 457, 459 y 462; *el mismo*, Tratado 2006, pp. 584 s.; y *el mismo*, Lecciones[4ª] 2012, pp. 219 ss., aquí incluso de *lege data* en relación con el supuesto de hecho regulado en el art. 31 bis y concordantes introducidos en el CP por la L.O. 5/2010.

34 Véase, extensamente, *Gracia Martín* Tratado 2006, pp. 580 ss.

fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para las personas físicas que actúan en el ejercicio de competencias sólo fragmentarias o parciales en un contexto que organiza otro, pues esta circunstancia real dificulta considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales[35]. Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso —porque sin duda lo merecen— sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas elaboraciones doctrinales debidas a la producción de *Carlos Gómez-Jara* en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para construir un concepto —no obstante imposible— de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones[36]. En definitiva, que mi absoluto y radical rechazo de la responsabilidad de la persona jurídica y de que las consecuencias jurídicas que le sean aplicables tengan naturaleza "penal", para nada me impide acoger "ideas" y "conceptos" de la doctrina rechazada y asumirlos como válidos y correctos para la construcción de los supuestos de hecho de la responsabilidad *civil, puramente administrativa o en el orden policial o coercitivo administrativo* de la persona jurídica por la comisión de hechos delictivos de las personas físicas que actúan para ella. En este mismo sentido, y como se verá con más detalle en su momento, *Alejandro Nieto* ha advertido y fundamentado con razón que lo que la mayor parte de la doctrina presume y cree que es una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*[37].

2. *a)* Contra lo que parece suponer *Zugaldía*, hay que decir ya que el objeto de su crítica se lo ha creado e inventado él mismo, y de

---

35 Véase *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 85; cfr. la idea similar de *Jakobs*, en GS Armin Kaufmann 1989, pp. 271 ss.; y véanse también las consideraciones de *Marxen* JZ 1988, pp. 287 ss. y de *Schünemann* Unternehmenskriminalität 1979, pp. 22 ss.; *el mismo*, wistra 1982, pp. 42 s. (= ADPCP 1988, pp. 531 ss.); *el mismo*, Jornadas 1992, p. 38; asimismo, véase *Gracia Martín* AP (16) 1993, pp. 214 s.

36 Véase *Gracia Martín* Diccionario 2008, p. 811.

37 Véase el acertado criterio de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421); véase en el mismo sentido, *Gómez Martín* Falsa alarma 2012, p. 383.

este modo que al no existir tal objeto, su crítica —para decirlo con las bellas e impactantes expresiones heideggerianas y sartreanas— se queda sólo en el "nadear a la nada"[38]. Contra lo que dice *Zugaldía* hay que responder ya que por supuesto que la pregunta inicial que formulamos no es la de si pueden determinarse conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica *a partir de los ya preestablecidos para la persona física*, pues ésta sería evidentemente una pregunta analítica que ya contendría la respuesta negativa que solo habría que derivar de ella tautológicamente. Muy al contrario, y esto tendría que verse como una obviedad, la pregunta que inicialmente me formulo es precisamente la misma que *Zugaldía* dice que es la "correcta", es decir, la de "si pueden formularse conceptos de acción y de culpabilidad *para la persona jurídica distintos de los preestablecidos para la persona física*". Esto no puede estar más claro en mi trabajo cuando lo que planteo expresamente en el punto de partida es precisamente "si entre las posibles respuestas jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento y, en su caso, por la imposición de penas *a la propia persona jurídica*"[39], es decir, un interrogante sin respuesta aún conocida en ese momento y que, por eso mismo, me lleva a continuación a proseguir en busca de ella y a proponer como primer paso de esa búsqueda tener que "determinar cuáles son los elementos estructurales de la realidad de la persona jurídica", porque únicamente "si dichos elementos son susceptibles de recibir las valoraciones del Derecho penal podrá fundamentarse la imposición de las consecuencias jurídicas de éste a la persona jurídica"[40]. Pero lo que *Zugaldía* pasa completamente por alto es que lo que ha ocurrido es que tras el minucioso y *metódico* análisis efectuado, lo que ha resultado es que en el sustrato real de la persona jurídica, no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones, y que así ha quedado contestada precisamente la pregunta inicialmente correcta,

38 Véase *Martin Heidegger*, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión "la nada nadea" (*Das Nichts nichtet*); posteriormente —la conferencia de Heidegger es de 1929— *Jean Paul Sartre*, L'Être et le Nèant, Ed. Gallimard, Paris, 1943, p. 58, utiliza la misma expresión en francés (*le nèant néantisse*).

39 Véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, p. 37.

40 Véase *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, p. 38.

sólo que lo ha sido en el sentido de que *no se puede construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales*, y por añadidura —lógicamente— que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún una pena.

b) Lo que acabo de decir, tal vez suscite la tentación de oponerle que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si he llegado a tales resultados, la razón no puede ser otra —así podría decirse— que durante todo el proceso de mi análisis, las herramientas de que me he servido han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y que por eso no he podido ver a ninguna acción, ni culpabilidad de la persona jurídica. Una pretendida objeción como ésta, sin embargo, carecería de todo rigor y de la mínima seriedad, pues con ella sería precisamente el que la hiciera quien volvería de un modo circular al punto inicial, es decir, a plantear otra vez la misma objeción inicial de que si se niega la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es porque se piensa sólo en unos conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos únicamente para la persona física. Pero si después de lo dicho aquí se volviera a formular esta "misma" objeción con vuelta al mismo y tergiversado punto inicial de la crítica, como sucede en el baile circular de la sardana, entonces ya no quedaría otro remedio que descubrir y mostrar la falta de seriedad y de rigor de la vuelta a la misma objeción que ya ha sido contestada. En primer lugar, porque el juego de herramientas para el análisis que utilizamos quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica, no es tan pobre como el que parece suponer *Zugaldía*, ya que aquél no comprende sólo a los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física, sino que también hace operar como herramientas del análisis a todo el patrimonio de conceptos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y administrativo, y por si esto fuera poco, también a las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y la material y los principios del habla racional. En fin, que quienes negamos a la persona jurídica toda y la mínima subjetividad jurídico-penal, si llegamos a

tal conclusión es precisamente porque sólo eso, y nada más, es lo que puede derivarse de un análisis efectuado con todo aquél copioso y rico instrumentario metódico que, sin embargo, es el que es ignorado y está completamente ausente en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Voy a explicar todo ésto ahora de un modo global, porque los detalles irán concretándose más adelante cada uno en el momento oportuno de este trabajo.

c) También en el discurso de la doctrina jurídica tiene que ser válido que quien afirma algo tiene por eso solo la carga de la prueba, por no decir una "obligación" de probar, impuesta por el rigor científico. De este modo, quien afirma que no es metodológicamente correcto partir de los conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos para la persona física, no puede quedarse en esta simple afirmación, sino que tiene la carga de probar personalmente —y debe exigírsele que lo haga— primero que *existe la posibilidad* de prescindir de aquellos conceptos preestablecidos, y si lograra probarlo, entonces a continuación tendrá que probar y demostrar que con la materia distinta que se encuentra y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, es posible no obstante formar unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de *esa* materia *distinta*, pero probarlo —y ésto tendría que ser obvio— no en un sentido vulgar o en uno poético metafórico, sino en uno técnico y científico. Pues si bien en un sentido vulgar no supone ningún uso incorrecto del lenguaje (vulgar), ni da lugar a ninguna desorientación ni desconcierto en la comunicación, hablar y decir por ejemplo que un tornado ha "actuado" violenta y destructivamente y que él ha tenido la "culpa" y ha sido el "culpable" y el "responsable" de los daños que ha causado[41], pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal, y proponer aplicar una pena al tornado como consecuencia, sí sería ya un disparate tan formidable como todos los que derivaban del delirio del ingenioso hidalgo Alonso de Quijano, o como el traído a colación en relación con el tema que nos ocupa por *Schünemann*, del Rey persa Jerjes, quien según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una

41 Véase *Nino* Introducción 1984, pp. 184 ss.

parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque (por medio de la acción de) un temporal (fue el culpable de que éste) destruyera el puente que había construido para paso de sus ejércitos[42].

3. Anticipando en relación con lo que acabo de decir algo que en el momento oportuno será tratado con mayor detalle, también tengo que expresar ya mi más radical y enérgico rechazo a las opiniones de quienes, como *Zugaldía o Nieto Martín*, quieren ver en la negación de la responsabilidad penal de la persona jurídica un simple "juego de etiquetas"[43] o el "mal del nominalismo"[44]. Estos autores, presuponen erróneamente que quienes rechazamos la naturaleza "penal" de todo lo que concierne a la persona jurídica, incurrimos en los dos graves vicios de que adolece precisamente la doctrina de la que ellos participan. Sin perjuicio de volver a esto con más detalle en su momento, el primer vicio de dicha doctrina consiste en su ignorancia o desprecio y falta de respeto a la imprescindible taxonomia jurídica y a sus precisos códigos de nomenclatura, que por medio de claras y precisas *diferencias* nominales —si se quiere por medio de *diferentes* etiquetas— clasifica con sus nombres propios y no fungibles a la multitud de figuras jurídicas existentes en virtud de las diferencias de *materia* y de *substancia* de las cosas y de los fenómenos reales a los que remite el nombre propio de cada una. No se puede llamar gigante a un molino de viento, toro bravo a uno castrado, compraventa a una donación, y en fin tampoco acción ni culpabilidad a nada de lo que sólo metafóricamente puede denominarse "actividad" de la persona jurídica. Contra lo que quiere decir y hacer ver *Zugaldía*, es absolutamente falso que yo haya dicho en ninguna parte que a la persona jurídica no se le pueda aplicar nada y que luego termine proponiendo aplicarle absolutamente todo, pues lo cierto y correcto, como pone claramente de manifiesto una superficial lectura de mis propuestas, es que lo que yo sostengo es, primero que a la persona jurídica no se le puede aplicar absolutamente *nada* que tenga naturaleza *penal* y que, en cambio, sí se le puede aplicar *todo* lo que tenga naturaleza *civil* o *administrativa policial y coercitiva*[45].

42 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 2 s.
43 Así *Zugaldía*, CPC (53) 1994, p. 622
44 Así *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.
45 Cfr. *supra* nota 22.

Por eso, también aquí la crítica de *Zugaldía* se queda en un "nadear de la nada". Más desafortunados si cabe son la percepción y el juicio de *Nieto Martín* sobre la misma cuestión. Según este autor, aquí estaríamos ante un "debate puramente nominal" porque —así lo dice *Nieto*— cuando se deja de llamar "pena" a la consecuencia jurídica y se la "denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesoria, etc., *los obstáculos se esfuman*"[46]. Pero esto no es así en absoluto. Cuando se llama a algo con un nombre propio y determinado es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual, por eso mismo, se lo tiene que denominar con otro nombre propio y distinto. Ignoro si *Nieto* daría aprobado al estudiante o al opositor a la judicatura que en un examen u oposición, llamaran pena a lo que es realmente una medida de seguridad o una reparación del daño; yo desde luego que no. Cuando se habla de "pena" se piensa en algo substancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de "medida de seguridad", lo mismo que también se piensa en un objeto substancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de "reparación, restitución o indemnización", y también cuando se habla de "consecuencia accesoria"[47]. Pero es que este vicio semántico, lleva irremisiblemente a un segundo vicio que es su consecuencia, y que consiste en ignorar o en pasar por alto y no respetar de un modo inadmisible para el pensamiento y para la construcción jurídicos, la elemental y fundamental exigencia, tan acertada y brillantemente explicada por *Engisch*, de que entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de toda proposición jurídica, debe existir una perfecta correspondencia estructural y

46 Así *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, p. 19.

47 Sobre todo esto, véase por ahora sólo *Bottke* Assoziationsprävention 1995, pp. 10 ss., donde enfatiza con razón en la importancia de la terminología en relación con los "fundamentos" del análisis "conceptual" de los *diferentes* tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la *diferente* finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además *Bottke* LH Roxin 1977, pp. 43 ss., donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, según los casos, *y de acuerdo con su terminología*, podrán ser consecuencias *condictivas*, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter *restitutorio*, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias "consistentes en la producción de costes", en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter *retributivo* de la culpabilidad o *preventivo* de la peligrosidad.

funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, y ello por cierto en relación con cualquier ámbito del Derecho y no sólo en el penal[48]. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales —es decir, reales y no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas— se le quiere asociar luego una "pena" como consecuencia jurídica. Es, pues, la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no la de quienes la rechazamos, la que realmente juega arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a lo que carece de la mínima substancia para poder serlo[49]. Así pues, quienes afirman como *Zugaldía*, que somos los demás quienes jugamos con las etiquetas, siendo así que son ellos quienes no sólo hacen ese juego de un modo ostensible, sino que más allá de esto incluso ponen en una relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas, deberían reflexionar sobre que con esto solo proceden a un ejercicio de lo que en psicoanálisis se conoce desde *Freud* como "proyección", es decir, a una atribución de las propias deficiencias a quienes no las tienen en absoluto.

4. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular "penas" y también sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas la reglas de la construcción jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomia y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá, también quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las opiniones que al respecto han vertido tantos grandes juristas que han

48 Véase *Engisch* Einführung[7] 1977, pp. 33, 119 s.

49 Cfr. a continuación en el siguiente párrafo 4. las severas críticas de *Schünemann* a este inadmisible proceder de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

legado un saber jurídico —que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente— con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico, en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran *Kelsen*. Éste asimila a determinadas concepciones de la persona jurídica con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican o desdoblan —con precisión: hipostasian— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia[50], y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que "la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un 'alma' a los objetos de la naturaleza"[51]. El gran civilista italiano *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una "hipótesis fantástica de un artista del Derecho"[52]. Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español *Alejandro Nieto*, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios tales como que así se da "un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción"[53], o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples "artilugios"[54] y "fórmulas habilidosas teóricamente

50 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 109.

51 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 127; véase también *Kelsen* Teoría pura 1979, p. 187.

52 Cita tomada de *Lacruz/Delgado*, Elementos I-2º 2010, p. 267 (*Ferrara* se refería obviamente a la construcción de *Gierke*); véase también *Kelsen* Teoría pura 1979, p. 187, donde habla de la "metáfora antropomórfica" que "conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente".

53 Así, literalmente, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador5ª 2012, p. 398.

54 También así *Alejandro Nieto* Derecho sancionador5ª 2012, p. 402, refiriéndose literalmente a "los artilugios que está utilizando la jurisprudencia", y p. 427: "con este sencillo artilugio ya tienen un culpable"; *Nieto* se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in*

vulnerables"[55] con las que, en definitiva, se termina recurriendo a "una especie de hipocresía"[56]. Por su parte *Schünemann* no ha ahorrado descalificaciones tan contundentes como severas respecto del modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan, sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del *quaternio terminorum*, pues una acción y una culpabilidad "imputadas" no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad[57]. La construcción de conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según *Schünemann*, sería una completa *arbitrariedad*, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las "reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional"[58]. Y en cuanto a la denominación de "pena" a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte *Schünemann* que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales[59].

5. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un *minimum minimorum* que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan disparatado que no podría ser objeto

eligendo y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad, véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss.

55 Así *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 427.

56 Así, literalmente, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 427 (se refiere Nieto a la hipocresía de llamar "culpabilidad" a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

57 Véase *Schünemann* LK[12ª] 2006, comentario previo al § 25 nº 23, p. 1840; *el mismo* ZIS 1/2014, p. 4; en el mismo sentido *Roxin* AT I[4ª] 2006, § 8 C nº 63, p. 264.

58 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

59 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 15.

de ningún debate serio[60], sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por *Schünemann* de tildar al Derecho penal de agrupaciones como "zombi político-criminal"[61], yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y, con esto, para poder hacer de ella un sujeto idóneo para soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales.

6. La respuesta a la pregunta planteada acerca de cómo la doctrina que quiere hacer penalmente responsable a la persona jurídica logra transfigurar a ésta en sujeto jurídico-penal, se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera en su afán de producir semejante transubstanciación de aquélla. De estos modos advierten explícita o implícitamente las epistemológica y científicamente rigurosas y, como no podría ser de otro modo, también severas descalificaciones de la más alta doctrina que, como ya se ha visto, se resumen en que para fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ignora o pasa por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, se recurre a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente se cuelga luego a los productos que se han elaborado así arbitrariamente los nombres o las etiquetas —acción, culpabilidad, pena— que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable[62].

---

60 Así *Kelsen* Teoría general 1995, p. 114: "no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos"; véase además *Kelsen* Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

61 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 1 y 18.

62 Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo, *Kelsen* Teoría general 1995, pp. 109 ss.: "hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas" (p. 111); *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264: "la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana";

7. *a)* Según los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica, por una parte el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural[63]. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora "otra" teoría del delito análoga o paralela a la de la persona física con "las mismas" categorías dogmáticas, pero "revisándolas" para "adaptar" o para "modular" sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el modo de actuar peculiares de la persona jurídica[64]. En todo caso —se dice— la Dogmática jurídica —es decir, el saber jurídico— no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces "peor para ella"[65], porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal[66].

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad

Lacruz/Delgado Elementos I-2ª 2010, pp. 267 ss.: a las personas jurídicas "les faltan la conciencia y voluntad en sentido sicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación", ya que éstas son "facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres" (p. 268).

63 Véase en este sentido, *Vogel* StV 7/2012, p. 428.

64 Así *Cramer/Heine*, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 nº 129 = *Heine*, en la 28ª ed., 2010; *Zugaldía* CPC (11) 1980, pp. 86 s.; *el mismo*, CPC (53) 1994, pp. 620 s.

65 Así, lisa y contundentemente, y sin más, *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 87.

66 Véase en este sentido, *Vogel* StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, p. 17: "la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador"; y ya antes *Zugaldía* CPC (11) 1980, p. 86, donde propuso —¡*sic et simpliciter*!— "prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro".

penal de las personas jurídicas, debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del cual podría dotar a un ente —la persona jurídica— de las "mismas", pero a la vez sorprendentemente "distintas" (¡) capacidades —de acción y de culpabilidad— que, sin embargo, sólo y exclusivamente posee "otro" ente absolutamente "diferente" a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina líquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo "mismo" y lo "otro" que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado *Michel Foucault*, constituye la referencia y la guía de la episteme y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible "orden de las cosas"[67]. A excepción de la *analogía*, todas las demás "figuras de la semejanza" (epistemológicas) constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común. La *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su "proximidad", por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. La *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como "imitándose" los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. La *analogía*, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la "identidad" de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el "mismo" efecto del corte de uñas[68]. Así pues, debería verse como algo que desborda la evidencia, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas *jurídicas* no puede establecer ninguna semejanza, ni paralelismo jurídicos entre la persona jurídica y la natural *per analogiam*, sino que por el contrario, todas las que liga y describe no pueden ser vistas más que como

67 Sobre ello véase *Foucault* Mots 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss.

68 Sobre todas estas figuras de la semejanza, a la que aún habría que añadir la de la "simpatía", véase *Foucault* Mots 1966, pp. 32 ss.

puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara *Arthur Kaufmann* con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente *la analogía* es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues "sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento"[69]. Por otra parte, como advierte *Foucault* "los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto"[70], y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto[71]. Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a "otro" o a "otros" objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al *Derecho penal*, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador *pueda* crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y llamar "penas" a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como —y esto es ya más grave— la doctrina que avala semejante extravío legislativo —extravío que lo es nada menos que con respecto

69 Véase *Arthur Kaufmann* Analogie[2ª] 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, *Schünemann,* Unterlassungsdelikte 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar —en su caso la acción y la omisión— exista una "comunidad" [sic.; identidad] previa"; y en general, *Schünemann* FS-Arthur Kaufmann 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase *Gracia Martín* Delitos 1993, pp. 78 ss.; *el mismo*, Comisión por omisión 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, *el mismo* Prólogo 2013, pp. 23 ss.

70 Véase *Foucault* L'archèologie 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

71 Pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policiacas; y es que simplemente: "no son los mismos locos"; véase *Foucault* L'archèologie 1969, pp. 45 s.

al *Derecho*[72]—, incurren en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de la expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo *mismo* de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y *mismo* nombre para denominar a objetos completamente *diferentes*, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden "penal" y en cualquiera otro orden "sancionador", especialmente en el administrativo. Ya *Francis Bacon* advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente "un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza"[73]. En contra de la insostenible e inadmisible habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte *Schünemann* con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar a una violación clara de la "prohibición de la arbitrariedad", toda vez que de ésta forman parte "(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica,

[72] Pues como enseguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se le puede reconocer el carácter de *Derecho*, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el Derecho.

[73] Véase el resumen que hace *Foucault* del pensamiento de *F. Bacon* en su Novum organum de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio Bacon y de la glosa de Foucault sobre ellos. Según *Foucault* Mots 1966, p. 65), la crítica de la semejanza en Bacon concierne "a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas", de modo que no serían más que "los *ídolos de la caverna* y los del *teatro*" los que nos harían "creer que las cosas se asemejan entre sí", pues —y esta es cita textual de Bacon, *loc. cit.*, pp. 65 s.— "el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud". Pero ésto —ahora según interpreta *Foucault*, loc. cit., p. 66— no son más que "*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu" y "a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*, y" —concluye *Foucault* advirtiendo— "sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse 'penetrante' y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza". Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes"[74]. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es *el mismo*, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será "otro" completamente diferente que debe tener también "otro" nombre propio y distinto[75]. Por esto, empeñarse en continuar llamando al concepto que *realmente* se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas, las cuales, en definitiva, tendrán que llevar a graves errores del pensamiento y del conocimiento[76], pues toda "contaminación semántica" induce a errores en el razonamiento (lógicos)[77] y en el conocimiento y comprensión de las cosas, porque si "la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo", entonces "toda errónea nomenclatura es también un error sobre las cosas"78. En este sentido se pronuncia también *Alejandro Nieto* respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder

74 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

75 Véase en este sentido *Schünemann* Unterlassungsdelikte 1971, p. 37: "con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*" (cursivas del mismo autor).

76 Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase *Schünemann*, Unternehmenskriminalität 1979, pp. 234 s.; y más recientemente, *el mismo* FS-Tiedemann 2008, 431 ss.; *el mismo*, GA 2013, p. 200; *el mismo*, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

77 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 11 y también en Verfassungswidrigkeit 2014, p. 15.

78 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 15.

a éste toda substancia[79]. Pero así, dice con razón *Alejandro Nieto*, la culpabilidad "se ha desvanecido como el humo"[80] y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la "culpabilidad", porque —así lo explica con este símil de su genialidad— "si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare"[81].

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política y jurídicamente* inadmisible, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad, daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político[82]. Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y así como tal lo imponga. El positivismo jurídico —al menos el extremo— es, sin embargo, incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él, éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido[83]. En un Estado de *Derecho* empero es inadmisible identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido[84]. La legislación es ante todo un instrumento político de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales[85]. Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una

79 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 416.

80 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 398

81 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 416 (subrayado mío).

82 Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase *Legaz* Filosofía del Derecho[4ª] 1975, pp. 651 ss.: "la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad … (y) presupone el concepto del Derecho" (p. 651).

83 Véase en este sentido *Welzel* Introducción 1977, p. 259.

84 En este sentido, véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 4 ss.

85 Cfr. sobre este complejo problema *Engisch* Konkretisierung 1953, *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según *Engisch* "se da también concreción como determinación en el plano de la *legislación*, allí donde 'ideas abstractas' o 'planes inconcretos' pretendan alcanzar la 'forma concreta' de normas jurídicas" (p. 77).

verdadera y auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*[86]. No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de a dónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el *Derecho* en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una "instancia superior" que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del *legislador* penal[87], y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos *de Derecho* o si son, por el contrario, algo distinto, es decir, actos de *no-Derecho*[88], o para decirlo con *Zaffaroni*, si son realmente actos del Estado de *Derecho* o si, por el contrario, no son más que actos *antijurídicos* de fuerza y de coacción del Estado de *policía*[89]. De este modo, el *Derecho* penal se tiene que concebir y entender como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios

86 Véase en sentido parecido *Schünemann*, Unterlassungsdelikte 1971, p. 40: "el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos *valores básicos* preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la *evidencia* de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando aquí con Maihofer— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el *Derecho penal* de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos … *no alcanzan a crear Derecho*" (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

87 Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, *García de Enterría* Curso I[15ª] 2011, p. 38: "el Derecho no es un producto de la 'voluntad del Estado', sino una función de la comunidad … que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos". El art. 103.1 CE 1978 distingue claramente entre *ley* y *Derecho* como instancias a las que debe someterse la actividad de la Administración, y los arts. 1.1, 9.1 y 96.1 remiten al "ordenamiento jurídico", es decir, al Derecho, como instancia superior a la que deben someterse todos los poderes públicos, y por tanto, también el legislador; véase *García de Enterría* Curso I[15ª] 2011, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase *Benda* Estado social 2001, pp. 498 ss.

88 Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, *Würtenberger* Geistige Situation[2ª] 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano —y esto sí lo comparto sin reserva— como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del *Derecho* como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

89 Véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

y reglas corresponde al "saber" jurídico-penal, el *Derecho* penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal[90], esto es, como dice *Welzel* en general, con "la *explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., 'autonomía privada' y 'propiedad privada', 'culpa y pena', 'principio de escuchar a las dos partes', 'pluralismo de partidos', 'Estado de Derecho', etc."[91]. Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues a parte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra todo iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le quieren atribuir[92], no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social*[93], y el cometido de la Ciencia del Derecho es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones, en principios y en reglas *concretos* para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el del punitivo, conforme *debe ser* en Derecho. Por lo demás, en el presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales

90 En este sentido véase amplia e insistentemente *Zaffaroni* PG[2ª] 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar *Schünemann* FS-Herzberg 2008, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es "el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder" (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal "incluso tiene que hacer las veces de la legislación" (p. 49).

91 Así *Welzel* Introducción 1971, p. 193, añadiendo que "la dogmática jurídica aisla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad"; véase también *Engisch* Konkretisierung 1953, pp. 231 ss.

92 Véase *Gracia Martín* RECPC 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

93 Véase *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 215 ss., 224 ss.-; y más recientemente *el mismo*, GA 6/2010, pp. 344 s. = RDPC 3ª época (3) 2010, pp. 60 s.

y económicos de los individuos y de los grupos de individuos[94]. Los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho[95]. Ningún concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore para la persona jurídica, puede ser más que una invención cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho[96]. Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas "sancionadoras" para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho y, por esto, *inconstitucional*. Frente a la creencia de *Nieto Martín*, de que no pueda mantenerse "seriamente" que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución[97], hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de "seriedad", por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente

94 Véase, en este sentido, *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, p. 102, quien propone "la construcción del *tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas* (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes)", y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo *Paredes Castañón*, Justificación 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de *Díez Ripollés* Racionalidad 2003, *passim*, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad *ética* de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de *juridicidad* y, por tanto, de *validez* de las leyes penales. Además, *Ferrajoli* Derecho y razón[5ª] 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el "derecho ilegítimo", pp. 868 ss.; *el mismo*, Derechos y garantías[2ª] 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

95 Véase en este sentido *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que "el *nullum crimen sine conducta* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones"; véase además *Ferrajoli* Derecho y razón[5ª] 2001, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); *Díez Ripollés*, Racionalidad 2003, pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); *Paredes Castañón* Justificación 2013, pp. 298 s. y 304 ss.

96 Véase por todos *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: "los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante".

97 Véase *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, pp. 17 y 102 ss.

inconstitucional figura de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas acompañada de *sanciones* para ellas[98].

8. *a)* La imposible transformación de lo "otro" y "diferente" (la persona jurídica) en lo "mismo" de un ente completamente distinto (la persona natural), o el establecimiento también imposible de un paralelismo penal entre ambos, como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y desprecia al *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda[99] y si, por añadidura, se esquiva a toda crítica fundada en dicho saber, ignorándola y no entrando en debate con ella, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios[100] o tratando

98 Véase en este sentido *Schünemann*, ZIS 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también *Mir Puig* Bases constitucionales 2011, pp. 127 s.

99 En el sentido que indica *Foucault* Discurso[2ª] 1980, pp. 22 y 44, de que "bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros" (p. 22), y así "los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también *se ignoran o se excluyen*" (p. 44). En este sentido parece apuntar *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, "una involución monumental en nuestra cultura jurídica".

100 Al respecto, véase *Schünemann*, en Constitución europea 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero "el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia" (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a "ignorar la crítica y posiciones de los opositores", que "la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es … en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos" (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de *Gómez-Jara*, pues este autor *sí* se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase *Gómez-Jara* Culpabilidad 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que "representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial" (p. 77).

de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— *Alejandro Nieto*, invocando la famosa frase de *von Kirchmann*, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas, solo puede emprenderse si se "envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica"[101] y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho[102]. Y en efecto, sólo si se prescinde de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes sin haber comprobado que éstos dicen más bien y categóricamente justo lo *contrario* de lo que se les atribuye.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del *quaternio terminorum* que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisible afirmar —como lo hacen entre otros *Zugaldía* y *Gómez Tomillo*— que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias substanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo

101 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 404 s.
102 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 421 s.

en el Derecho penal[103]. Sin embargo, sólo con una toma de razón superficial del estado del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo, sean verdaderas sanciones. De esto me ocuparé de inmediato, pero antes veamos lo que dice al respecto la teoría general del Derecho que también es ignorada escandalosamente por la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

c) En la teoría general del Derecho, *Kelsen* no puede ser más claro y explícito. Según él, "no se puede negar en serio que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*", y "cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*"[104]. Pero es que contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, ¡*por el hecho propio*![105], hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente *todo* aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna

---

103 Véase *Zugladía*, Responsabilidad 2013, pp. 16 ss.: "admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal" (p. 17); *Gómez Tomillo* Introducción 2010, p. 32: "si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal"; en el mismo sentido, *el mismo*, Derecho sancionador 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también *Nieto Martín* Responsabilidad 2008, p. 17: "si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal".

104 Véase *Kelsen* Teoría general 1995, p. 114 (cursivas mías); *Kelsen* Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

105 Así, véase sólo *Zugaldía*, Responsabilidad 2013, pp. 64 ss.

excepción, nada más que algo jurídicamente *imputado*[106], y además con la importante comprobación de que *nada* de lo que puede serle imputado a una persona jurídica, tiene ni el mínimo parecido con una "acción" en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional[107]. Y así, como dice de nuevo *Kelsen*, "referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma", pero "ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*"[108]. No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción[109]. Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica *Kelsen*, "al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el 'derecho del Estado' u orden jurídico nacional, *regula la conducta de individuos*" y por esto, continúa *Kelsen*, "los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como 'órganos' de la misma", y en definitiva "declarar que el 'derecho del Estado' da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*"[110].

---

106 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 125: "es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta"; según *Kelsen* (loc. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es *siempre* y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria.

107 Véanse las descalificaciones de Schünemann en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.

108 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 116 (cursivas mías).

109 Así, véase sólo *Zugaldía* Responsabilidad 2013, pp. 61 s.

110 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además *Kelsen*, Teoría pura 1975, pp. 185 s.

V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil

1. Pese a que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites y a determinados efectos[111], a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público[112], también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la esfera real u ontológica, es decir, en sus *seres existenciales tangibles*[113]. Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, a las personas jurídicas "les faltan la conciencia y voluntad en sentido sicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación", ya que éstas son "facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres"[114]. Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los substratos *reales* de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo —y prescindiendo ahora de lo nada afortunados

---

111 Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos "entre parientes", el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 268; *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

112 Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, pp. 138-175; y más resumidamente *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, pp. 260 ss.

113 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 267.

114 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 268.

que son[115]— entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros corporales de la segunda[116], no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas "semejanzas", sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse *per convenientia et aemulatio*, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales *idénticos* —simplemente porque no existe ninguno— de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía*[117], y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho[118]. Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una *pura* atribución de capacidad *jurídica* por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso *técnico-jurídico*, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad *jurídica* no es, pues, ninguna cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de la *atribución* a él de la condición de sujeto

115 *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por Gierke como una "hipótesis fantástica de un artista del Derecho"; cita tomada de *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, p. 267.

116 Así, antes de su cambio de opinión al respecto, *Jakobs* AT[2ª] 1991, p. 149, el nivelar en un supraconcepto de "sistema" a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del *common law*, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, p. 427, con referencias.

117 Sobre las "figuras de la semejanza" (epistemológicas), cfr. *supra* IV.7 *b*).

118 Véase *Arthur Kaufmann* Analogie[2ª] 1982, *passim*, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que "su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir"; véase también *Schünemann* Unterlassungsdelikte 1971, pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método analógico a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase *Schünemann* FS-Arthur Kaufmann, 1993, *passim*.

jurídico por el Derecho[119], esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena[120], o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones; más allá de esto, la persona —toda persona, también la natural— no es nada más que un *objeto* del Derecho[121].

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de *Kelsen*, "la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No es una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes", y *"en este sentido"* —concluye *Kelsen*— "la llamada persona física es una persona *jurídica*"[122]. La denominación "persona *jurídica*" es en realidad un pleonasmo, pues no hay más persona que la jurídica[123]. La persona es solo y nada más que un *centro de imputación objetiva* de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente *normativos*; un centro de imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de

119 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 267.

120 Véase *H.J. Wolff* Verwaltungsrecht I8ª 1971, p. 196.

121 Véase *Armin Kaufmann* Normentheorie 1954, p. 127: en relación con el "deber" en el sentido de que algo "tiene que" tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, "la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor —en este sentido siempre es objeto—, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio", de modo que "el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes".

122 Véase *Kelsen*, Teoría pura 1979, p. 184 (cursivas mías); véase también *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 111 ss.: "la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes" (p. 111). El concepto de "persona" desvinculado del ser humano (individuo) que define *Jakobs* —"destino de expectativas normativas correspondientes a roles"— no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de Kelsen y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase *Jakobs* Sociedad 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además *Jakobs* Idea de la normativización 2003, pp. 69 s.; *el mismo*, Obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a Jakobs, *Pawlik* GA 1998, p. 369.

123 Véase *Kelsen* Teoría general 1995, p. 113.

riesgos, de daños y de perjuicios[124]. Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir *equiparar* y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial[125], pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a *todos*, sino *sólo* a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente, sino también *funcionalmente*. En definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de —y para el que no cuentan para nada— los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera *Kelsen*, "si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como 'jurídica'"[126]. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogas a las específicamente humanas en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que por lo dicho, únicamente puede verse como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva[127].

---

124 Véase, en este sentido, por ejemplo, *H.J. Wolff* Verwaltungsrecht I[8ª] 1971, pp. 194, 201 ss.; *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, p. 259; *Gracia Martín* Actuar I 1985, p. 8; *el mismo*, Personas jurídicas 1996, p. 40.

125 Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, pp. 177 ss.), y como advierten *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, p. 259, "algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una *obra*", como sería el caso de "el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo".

126 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 113.

127 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, pp. 267 s.

3. Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que permita ya su equiparación *per analogiam*, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real "supraindividual" pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con *Federico de Castro* que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad "se reduce de hecho a una querella terminológica"[128], entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, "la persona jurídica, en suma, participa de la ficción y de la realidad"[129]. La persona jurídica es, por una parte, una figura o entelequia jurídica[130] y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella "contiene un substrato real" a partir del cual "aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico", y por esto "debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello"[131]. El *quid* preexistente de la persona jurídica es —como observan *Lacruz/Delgado*— "una realidad *sociológica*, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.", y la puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza "en cuanto 'unidad de eficacia'; en cuanto

128 Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.
129 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 267.
130 Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.
131 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 267.

factor activo en el acaecer social"[132]. De este modo la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte *Federico de Castro*, recordando a *Florentino*, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona* (*fungitur*) en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más[133]. Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el "reconocimiento" por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y —para que pueda hacerla efectiva— en la translación *sólo* de la *subjetividad jurídica* de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra —inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada— similitud entre ambas[134]. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por *Lacruz/Delgado*[135], las personas jurídicas "sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los *instrumentos* o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento".

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación jurídicas de la persona jurídica a la natural —sólo en cuanto "sujetos de derecho", y en nada más—, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica —en comparación y a semejanza de la natural— "actualiza" en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer social y el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles

132 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 268; véase también *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264; y para la doctrina alemana, véase *Larenz* ATBR6ª 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal *Luzón Peña* LPG2ª 2012, p. 152: "la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social".

133 Véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264, y en sentido parecido *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, pp. 267 s.

134 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 264.

135 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2ª 2010, p. 268.

sean éstos— en tal acontecer, y en última instancia, determinar lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las *consecuencias jurídicas* que, en tanto que *posibles*, puedan derivar de los efectos y del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto "centro de imputación jurídica" o "sujeto jurídicamente imputable". A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la "actividad" que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la "persona jurídica" y de la "empresa" indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra[136]. Pues la persona jurídica es el *sujeto* jurídico *titular* de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los "objetos" que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como "empresa", siendo entonces precisamente ésta la que constituye el objeto que se imputa a la persona jurídica como sujeto de derecho y a los efectos jurídicos correspondientes[137].

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[138], cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica

136 Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de *Gómez-Jara*, La culpabilidad penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las *personas jurídicas*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

137 Véase, en este sentido, *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 8 s.: "El titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] 'empresa'", pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, *el mismo*. en FS-Tiedemann 2008, pp. 439 s. (corchete mío).

138 En el mismo sentido, contundentemente, *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también *Zaffaroni* PG^{2ª} 2002, pp. 426 s.; *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5ª} 2012, pp. 404 s. y 421 s.

de conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos[139], y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los enunciados jurídicos fundamentales que aún

[139] Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos *eo ipso* en conceptos jurídicos. Como advierte *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría "una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad" (p. 386) y porque si "toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos", ya que si dejara de hacerlo, entonces "caería en la ilusión o en la alucinación", y esto "equivaldría a inventar el mundo mismo", dando lugar a "un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político" (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos *sociales* en la construcción de los conceptos jurídicos, véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 22 ss., porque de lo contrario, se "terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo" (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que "la *ilusión de solución de gravísimos problemas sociales* que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia" y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, "puesto que la ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*" (p. 24, las cursivas son del propio *Zaffaroni*). Además, véase en sentido parecido *Schünemann*, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 36 ss.: "como en la formación jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo *sectores* de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente *ajustados a la realidad* (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho"), y de tal modo que "la *consecuencia jurídica* se deduzca directamente de la *observación* del substrato" (p. 38, las cursivas son del propio *Schünemann*). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en *Gracia Martín* Personas jurídicas 1996, pp. 55 ss.: "un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta" (p. 56), y *Gracia Martín* Fundamentos 2006, pp. 79 ss.: "si la materia configurada por los datos ónticos emergentes … fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado" (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora *R. Schmitt* FS Lange 1976, p. 885; *Stratenwerth* FS R. Schmitt 1992, pp. 300 ss.; *Schünemann* ZIS 1/2014, pp. 14 s.

hoy conservan toda su validez[140], tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho[141], y en particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de este sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica,ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* —nunca *propios*— que, por esto mismo, solo le pueden ser jurídicamente *imputados*. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa "objetivamente" a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo[142], pero en ningún caso se le imputa *la voluntad* —ni siquiera la negocial— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican *Lacruz/Delgado* "no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad", pues "es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*"[143]. Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos —los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero—, las voluntades del representado y del representante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato real de que ambas sean y permanezcan "autónomas desde el punto de vista estructural", y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que "aporta la voluntad de contenido" que es la "más ostensible", porque es la "dirigida a

---

140 Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de *von Kirchmann*, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se "envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica" (p. 404).

141 Así, respecto de la construcción de la "responsabilidad" de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421).

142 Véase *Lacruz/Delgado*, Elementos I-3[3ª] 2005, p. 274.

143 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, p. 281.

determinar el contenido efectual del negocio"[144], mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*[145]. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad *civil* incluso por los daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios"[146]. Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza *civil*, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una responsabilidad de tipo *objetivo* y *por el hecho ajeno*[147] que en ningún caso tiene ni podría tener su *fundamento* ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho[148], las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que lo tiene, como lo explica *Kelsen*, en la *relación jurídica* existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal[149].

144 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-3ª 2005, p. 281.

145 Véase *Lacruz/Delgado* Elementos I-3ª 2005, p. 286.

146 Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

147 Véase, por ejemplo, *Santos Briz* Responsabilidad civil 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; *Gracia Martín* Responsabilidad 1986, pp. 108 ss.; *Alastuey* Tratado 2006, pp. 635 ss.; *Lacruz/Luna* Elementos I-2ª 1990, pp. 275 s.; *Lacruz/Rivero* Elementos II-2ª 2009, pp. 502 ss.

148 Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la prueba evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar "penal", materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter *civil* o la *administrativo no sancionadora*; en el mismo sentido, véase *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705 de 29 Sep. 2011, pp. 12 ss.

149 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 80 ss.: "el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición de la sanción", mientras que "*responsable* de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aún

VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de *Zugaldía* y de *Gómez Tomillo*, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador *administrativo*. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LRJAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que "podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los mismos". Es cierto también que por *alguna* doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas[150], pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en

cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos *no sea su conducta propia*, sino la *relación jurídica* que tienen con el autor" (pp. 80 s.); de este modo "cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (…) *no es su conducta*, sino *su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos" (p. 81); y en todo caso, "la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*" (p. 82); además, véase *Kelsen* Teoría pura 1979, pp. 189 ss., y en el mismo sentido, y en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, *Lacruz/Rivero* Elementos II-2ª 2009, pp. 500 y 502 ss.

150 Véase, por ejemplo, *Montoro Puerto* Infracción 1965, pp. 143 y ss.; *Gómez Tomillo* Derecho sancionador 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase, por ejemplo, *Del Rey Guanter* Potestad sancionadora 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; *García Blasco* Infracciones 1989, pp. 57 ss.; y para el

mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria[151]. Por otro lado, dentro de la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a las construcciones dogmáticas y a los conceptos realmente formulados[152]. En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, *niega* con la mayor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que *todo* Derecho *sancionador* sin una sola excepción, y en particular el llamado administrativo, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal[153], porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*)[154] en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos

ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase *Pérez Royo* Delitos 1986, pp. 280 ss. y *Zornoza* Sistema 1992, pp. 181 ss.

151 Véase sobre todo *Gracia Martín* Personas jurídicas 1986, pp. 45, 48 s., 69 ss.; *el mismo*, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; *el mismo*, Lecciones[4ª] 2012, pp. 216 ss.; *Fuster Asencio*, Procedimiento sancionador 2001, p. 106; *Navarro Cardoso* Infracción administrativa 2001, p. 67; y en el mismo sentido, *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido *Meini Méndez*, Responsabilidad 1999, p. 141.

152 Véase, por ejemplo, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 421 ss.: "en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la *responsabilidad civil*" (loc. cit., p. 421, subrayado mío).

153 Así la doctrina mayoritaria, *véase* por todos *Cerezo Mir* PG I[6ª] 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho *administrativo* sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160.

154 En el mismo sentido *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

que debemos a *Otto Mayer*[155]. Las sanciones administrativas deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y *sin la mínima flexibilización*, no sólo en razón de la *identidad* material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*)[156], sino también por exigencias ético-políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder —en mi opinión originariamente *judicial*— delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en este ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción, y también que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, *salvaje*, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla[157]. Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas, compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace *Gómez Tomillo* del concepto de acción de *Roxin* "como manifestación de la personalidad" para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible[158]. Ya el mismo *Roxin* rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque "dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas"[159]. Pero dado que en la edición de la Parte General de *Roxin* que cita *Gómez Tomillo* —la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994—, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría "que esperar a ver cómo sigue

155 Véase *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht 1ª 1924, pp. 213 ss.

156 En el mismo sentido *Zaffaroni* PG2ª 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

157 Sobre ello, en general, véase *Zaffaroni* PG2ª 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del "Derecho" sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de *Alejandro Nieto* Derecho sancionador5ª 2012, pp. 26 ss.

158 Véase *Gómez Tomilllo* Introducción 2010, pp. 47 s.

159 Véase *Roxin* AT I4ª 2006, § 8 C nº 59, p. 262.

evolucionando la discusión"[160], el autor español cree poder deducir de esto que *Roxin* dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que a la vista de tal evolución de la discusión, pudiera llegar a aceptar en el futuro la capacidad de acción de la persona jurídica[161]. Esta interpretación de *Gómez Tomillo* es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de "manifestación de la personalidad" de *Roxin* podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 *Roxin* continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión[162]. Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como "manifestación de la personalidad" no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón *Luzón Peña*, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como "manifestación externa activa o pasiva de una voluntad"[163]. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a *Gómez Tomillo* le sorprende[164], y cree que es una contradicción, que pese a que *Roxin* considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar "sanciones" sin necesidad de la concurrencia de una acción[165]. Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco —esto aún menos— para ver contradicción alguna en la postura de *Roxin*. En primer lugar, porque *Roxin* sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OWiG no es más que una "consecuencia accesoria"[166], y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finalidad propiamente

160 Véase *Roxin* PG I[2ª] 1997, § 8 nº 56c *in fine*, p. 260.
161 Véase *Gómez Tomillo* Introducción 2010, p. 48.
162 Véase *Roxin* AT I[4ª] 2006, § 8 C nº 59, p. 262 y § 8 C nº 63, p. 263.
163 Véase *Luzón Peña*, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.
164 Véase *Gómez Tomillo* Introducción 2010, pp. 48 s. y nota 76.
165 Véase *Roxin* AT I[4ª] 2006,, § 2 O nº 133, p. 59 y § 8 C nº 60, p. 263.
166 Véase *Roxin* AT I[4ª] 2006,, § 8 C nº 60, p. 263.

"sancionadoras", por lo cual la realización de una acción —aunque haya tenido lugar— no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.)[167]. Pero es que, en segundo lugar, si bien *Roxin* no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la "responsabilidad" —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opiniones de *Zugaldía* y de *Gómez Tomillo* sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular *Gómez Tomillo*, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa —y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos— que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y que considera consecuentemente que la responsabilidad de aquélla es una de tipo "objetivo". Y la rechaza, por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una "inaceptable afección del principio de proporcionalidad" y podría también "plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad"[168], y por otro lado, porque así "se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo"[169]. Estos argumentos de *Gómez Tomillo*, sin embargo, son sumamente

[167] Sobre todo esto, véase ampliamente *Gracia Martín*, Personas jurídicas 1996, pp. 69 ss.; *el mismo*, en Tratado 2006, pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; *el mismo*, en Lecciones[4ª] 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo *Robles Planas* Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s. y 12 ss.

[168] Véase *Gómez Tomillo*, Introducción 2010, p. 99.

[169] Véase *Gómez Tomillo*, Introducción 2010, p. 100.

desafortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado *Schünemann*, según ya se vio más atrás[170], es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que —justo al revés de lo que cree *Gómez Tomillo*— *sí* vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por *Gómez Tomillo*, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al *Derecho civil*, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda *debe ser*. Y si aquí *sí* que tiene *Gómez Tomillo* toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo "objetivo" estricta y exclusivamente *civil* —y en su caso, también administrativa "no sancionadora"—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de "genial", ha afirmado el magnífico y brillante joven colega *Víctor Gómez Martín*, "existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la *oveja* de una suerte de *responsabilidad civil derivada de delito* y, en parte, la de una especie de sistemas de *medidas de seguridad interdictivas* para sociedades peligrosas"[171]. Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa —es que no hay otra posible— de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas[172], advierte *Alejandro Nieto* que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: *a)* a no poder sancionar nunca a una persona jurídica[173]; *b)* a tener que "modular" el principio y el concepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona

170 Vid. *supra* nota 98.
171 Véase *Gómez Martín* Falsa alarma 2012, p. 383 (cursivas mías).
172 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5ª} 2012, pp. 391, 402.
173 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador^{5ª} 2012, pp. 393 y 414.

jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio[174]; y *c)* a negar la vigencia del principio de culpabilidad en este ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva[175]. La primera de las alternativas no parece viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación[176]. Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las "modulaciones" del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia, y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad[177], pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los resultados de la modulación, en ellos empero —en palabras de *Alejandro Nieto*— no cabe ver nada más que "juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho"[178].

174 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 393.

175 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

176 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 395 ss. y 414.

177 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 398, pues se recurre al "*deus ex machina* de la 'modulación' de la culpabilidad", pero luego "a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción", pues "si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes", es decir, que "lo único que se hace —aquí viene el salto— es 'trasladarla' [*sic*] desde una persona física a una persona jurídica", y así de tal modo que la culpabilidad "se ha desvanecido como el humo".

178 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del "atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia" (p. 338); literalmente de "los artilugios que está utilizando la jurisprudencia" (p. 402), y de que "con este sencillo artilugio ya tienen un culpable" (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss. y cfr. *supra* en IV.4., las descalificaciones que dirige *Nieto* a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

5. *a)* Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, *Alejandro Nieto* se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la "responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social"[179]. Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la "responsabilidad" de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, "de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción*", o bien, y para expresarlo "en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino 'el que puede pagar'"[180]. Pero — pregunta— "¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico rigurosamente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?"[181]. A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que *Alejandro Nieto* piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad "objetiva" derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas, pueda ser tachada por algunos "de inadmisible herejía constitucional"[182], y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente *sí* se lo tendrá que tachar de herejía o de algo peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone *Alejandro Nieto* no debiera

179 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

180 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 402.

181 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a "imputaciones arbitrarias" que fuerzan a "colgar a alguien el título de culpable".

182 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 426.

verse una de naturaleza *sancionadora*, sino más bien una plural con estructuras del Derecho *civil* y del *administrativo coercitivo* e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias[183], pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de *Víctor Gómez Martín*, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como seres humanos, sino como "personas"— en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados del Derecho civil y del administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que *Alejandro Nieto* atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica[184], pero sí —y esto es lo decisivo—que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien *civil* que sancionadora o punitiva[185]. Por

183 Como vengo sosteniendo desde hace años; véase *Gracia Martín*, Responsabilidad 1986, pp. 103 ss.; véase además *supra* nota 168.

184 Aunque en el desarrollo de su tesis *Alejandro Nieto* habla constantemente de "infracción" y de "sanción", en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una "*difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción*"; véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 351.

185 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 421 s., donde apela a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona *Nieto* (loc. cit., p. 42), son de naturaleza civil: "*a) ex lege* (la propiedad del vehículo si no aparece el conductor infractor), *b) ex culpa* (*in vigilando, in eligendo, in conservando*), *c) ex contractu* (contrato de seguro de responsabilidad), *d) ex bono* (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)". Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, *Lacruz/Delgado* Elementos I-2[6ª] 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, *Lacruz/Rivero* Elementos II-2[4ª] 2009, pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa *in vigilando, in eligendo, in educando*; el riesgo empresarial y el principio *cuius comoda, eius est periculum*; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, véase *Alastuey* Tratado 2006, pp. 633 ss., quien enumera

otra parte, el eje de la construcción de *Alejandro Nieto* lo constituye la importante —pero tan ignorada— distinción de la teoría general del Derecho entre "culpabilidad" y "responsabilidad"[186]. "Esto que parece tan elemental a los juristas" —dice— "se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad"[187]. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, a *Gómez Tomillo*, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar con argumentos científicamente rigurosos a esta importante distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a continuación.

VII. Acción (infracción), culpabilidad y responsabilidad

1. Efectivamente, como ha dicho *Alejandro Nieto*, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre "culpabilidad" y "responsabilidad", formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho[188], y aceptada y normalmente operativa

como títulos de imputación objetiva la culpa *in vigilando* (p. 634), la *in eligendo* (p. 636), el principio *cuius comoda, eius incommoda* (p. 638) y la propiedad "susceptible de crear riesgos" (p. 640).

186 Sobre ella, por ahora, véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre "deuda" y "responsabilidad"; véase al respecto *Díez Picazo* Fundamentos 1970, 329 s.

187 En este sentido *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 422.

188 Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 75 ss.; véase también *Nino* Introducción[2ª] 1984, pp. 184 ss.

en diferentes ámbitos jurídicos específicos[189]. Mientras que el término "responsabilidad" es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados[190], el concepto de "culpabilidad" tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual[191]

189 Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad *civil* del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de *Bonnard* Infractions intentionelles 1978, pp. 12 ss. y *Cartier* Responsabilité du chef d'entreprise 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de *Pettoello Mantovani Responsabilità per fatto altrui* 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase *Gracia Martín* Actuar I 1985, pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, *Gracia Martín* Diccionario 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido *Alastuey* Tratado 2006, pp. 632 s.; también *Silva Sánchez/Ortiz de Urbina* InDret 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

190 Sobre la amplitud de significados del término "responsabilidad", véase por ejemplo *Nino*, Introducción[2ª], 1984, pp. 184 ss.

191 A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a "otros" criterios para fundamentarla y explicarla, *Gómez-Jara* Culpabilidad 2005, pp. 83 s., afirma y pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica —para él de la empresa— mediante el recurso también a "otros" argumentos distintos del poder actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la "invención" de un nuevo fundamento porque —según él— lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir "*el mismo camino* emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual" (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de *Gómez-Jara* no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen en todo caso por objeto a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente *humanas*, como por ejemplo, y, dada la evidencia de ello, sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la "motivabilidad" por la amenaza de la pena formulado por *Gimbernat* Estudios[3ª] 1990, pp. 175 ss., o con el de la "capacidad de motivación normal por las normas jurídicas", de *Mir Puig* Estado social 1994, pp. 85 ss. y PG[9ª] 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende *Gómez-Jara*, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente "inventado" y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal

de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, *Gómez-Jara* Culpabilidad 2005, pp. 85 s., quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la "prevención general positiva", y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la "compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento" (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como "culpabilidad" lo que así llega a formular y a "denominar" como tal *Gómez-Jara*. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la "culpabilidad" de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en Culpabilidad 2005, pp. 296 ss.), no hay motivo alguno para poner en duda que *Gómez-Jara* tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la "organización empresarial" y su concreto entendimiento de la "prevención general positiva", pero sea cual sea dicho criterio, lo que sí puede y debe, al menos, ser puesto en duda es —a mi juicio, debe negarse rotundamente— que lo que *Gómez-Jara* construye y quiere presentar como culpabilidad y con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la "culpabilidad". Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de "culpabilidad" a la "libertad de organización de la empresa", que *Gómez-Jara* (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el "equivalente funcional" de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. *Gómez-Jara* parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la "persona" comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda propiedad humana porque todas se han abstraido de él (lug. cit., pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser etendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como está ya no puede presentarse ni como culpabilidad ni tampoco como "equivalente funcional" de ésta. De "equivalente" funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de "otro distinto", tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un "sustitutivo" funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una "equivalencia" funcional entre dos concreciones singulares de un "mismo" objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la "persona", tendrá que ser la "misma" para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede presentarse como un dato de la persona jurídica que sea equivalente funcional de algún otro distinto de la persona física. Dicho de otro modo: lo que hace *Gómez-Jara* es vaciar completamente la culpabilidad de la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la "culpabilidad" de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentado en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de "culpabilidad" ya respecto de la persona natural (en sentido similar, véase sólo *Roxin* AT I[4ª] 2006 p. 867 nº 35, quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: "así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad"), y

a causa de algo hecho *por él mismo* o que está presente *en él mismo* y *porque* las condiciones y la razones del juicio están dadas también *en él mismo*; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la *autoría del hecho propio* y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisible— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto[192]; de aquí deriva *eo ipso* que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad —la pena— tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente[193].

2. De los diferentes significados que tiene el término "responsabilidad", interesa aquí el de "responder" de las posibles "consecuencias" de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél "que 'responde' de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)"[194]. Mientras que la culpabilidad, como se ha

resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Mas allá de esto, aún hay que decir que el concpepto de "equivalente funcional" ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan como "equivalentes". Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos "equivalentes" sean los mismos, sino que pueden ser completamente distintos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma *función* de *fundamentar* y de ser *presupuesto* cada una de *su* respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como "equivalente", y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilidad con respecto a la peligrosidad, véase *Zaffaroni* PG[2ª] 2002, pp. 659 s.

192 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 82: "la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste".

193 Véase, por ejemplo, *Mir Puig* RECPC 06-01 (2004), p. 9: "el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho".

194 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 426.

dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho[195]. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro[196]. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por ello, siempre objetiva[197] o, como la llama *Kelsen*, absoluta[198], pues se traduce y concreta en una "obligación" que la ley le *imputa* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la "persona". Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser necesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una "persona". Como advierte *Alejandro Nieto*, "se es responsable porque así lo declara la ley"[199], y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como "el autor material directo"[200]. En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aún a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la "responsabilidad" del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente *subjetivo* anclado en la

195 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 77 ss.; *Nino* Introducción[2ª] 1984, pp. 187 ss.; *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 414 ss.; *Gracia Martín* Diccionario 2008, pp. 818 ss.; *el mismo*, Lecciones[4ª] 2012, p. 218.

196 Véase, por todos, *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

197 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, pp. 402, 416 y 425; *Nino* Introducción[2ª] 1984, p. 190.

198 Véase *Kelsen*, Teoría general 1995, p. 82.

199 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 419.

200 Véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador[5ª] 2012, p. 427.

culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de "imputación" ni de "transferencia" a ningún otro sujeto, y otro momento *objetivo* respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la "persona", es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar "obligaciones" que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de "persona", es decir, como sujeto capaz de "imputación jurídica"[201]. Pero precisamente aquí, en lo que se refiere a este momento *objetivo* de la "responsabilidad" cuyas consecuencias específicas son susceptibles de transferencia o de imputación a un sujeto distinto del que ha realizado el hecho determinante, ya no estamos dentro de ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en los ámbitos del Derecho civil o del Derecho administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la doctrina española *Gómez-Jara*, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la "persona"[202], sino única y exclusivamente el ser humano empírico[203]. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el "sujeto de la acción" y el "sujeto de la imputación"[204]. Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como acabo de explicar, también se tienen que distinguir entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos

201 Cfr. sobre todo esto *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.
202 Véase *Gómez-Jara* Culpabilidad 2005, pp. 219 ss.
203 Véase *Gracia Martín* Horizonte 2006, pp. 214 ss.
204 Véase al respecto, especialmente, la exposición de *Seiler* Strafrechtliche Massnahmen1967, pp. 50 ss.

y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción. Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los *efectos* objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa[205], pero en ningún caso podrá serle imputada la voluntad de la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible[206]. En este sentido, ya *Frank* advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente[207]. *Nagler*, por su parte, sostuvo que "las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado" sino que "se desdoblan en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia". De esto resulta, según *Nagler*, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) "en cuanto órganos de la vida jurídica ajena", sino "en su ser por sí mismos", y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente "al representante en cuanto individuo que actúa"[208]. Y *Rodríguez Mourullo*, en nuestra doctrina, advierte con razón, que "no es que la persona jurídica 'concluya' por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos", y como "el fenómeno de la representación" –prosigue *Rodríguez Mourullo*– "no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien

---

205 Véase *Gracia Martín,* Actuar I 1985, pp. 8 s., 11.

206 En Derecho penal "sujeto de la imputación es el hombre, *si y en la medida en que actúa responsablemente*", como afirma acertadamente *Maiwald* ZStW 1966, p. 54; y en el mismo sentido *Hardwig* Zurechnung 1957, pp. 117 s.

207 Véase *Frank* ZStW 1917, p. 31.

208 Véase *Nagler* Teilnahme 1903, p. 55.

cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena"[209].

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tiene que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las *acciones reales* de sus órganos y representantes[210]. Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de "imputación" a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la "responsabilidad" misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón y por el único fundamento de la *relación jurídica* existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción, y en ningún caso ni de modo alguno en razón de ninguna supuesta acción ni de ninguna supuesta culpabilidad propias de la persona jurídica que ni existen ni es posible construir si se respetan las reglas del pensamiento racional. La responsabilidad de la persona jurídica, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé hace ahora casi 20 años, y muy particularmente me reafirmo del modo más contundente y absoluto frente a las aquí ya rechazadas como completamente infundadas e insostenibles críticas de *Zugaldía*, sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen.

VIII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la "responsabilidad" es multívoca y no sólo en lo estrictamente

209 Véase *Rodríguez Mourullo* PG I, pp. 228 ss.
210 En el mismo sentido *Kelsen*, Teoría general 1995, pp. 79, 81 y 82.

semántico[211], pues incluso en el sentido estricto explicado de cargar con las consecuencias de un hecho y de tener que soportarlas, también se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, etc[212]. Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los *fundamentos* de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán *Joachim Vogel*[213], la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia[214]. Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder producir los efectos que se pretendan con él, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados ni con el modo de construcción del concepto, ni tampoco —esto mucho menos— con un etiquetamiento del realmente construido con una denominación inapropiada y hostil con la realidad subyacente a la que remite[215]. Como todo saber,

211 Véase *Nino* Introducción2ª 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

212 Véase *Nino* Introducción2ª 1984, pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase *Alejandro Nieto* Derecho sancionador5ª 2012, pp. 378 ss.

213 Véase *Vogel* StV 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) "etiquetamiento" de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho *simbólico* determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es *una y la misma* (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños".

214 Véase *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4.

215 Véase en este sentido *Zaffaroni* PG2ª 2002, p. 387: "no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo", y p. 415: "se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*" (cursivas del mismo autor citado); también *Schünemann*, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 36 ss.

también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para hacer posible identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además también por sus nombres no fungibles de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura— a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y distinguirlos —incluso de sus similares— para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar así los objetivos —por ejemplo políticocriminales— que se pretendan con cada uno. Pues como, recordando a Henkel, aleccionara hace ya algún tiempo *Enrique Gimbernat*[216], *qui bene distinguit, bene iudicat*, y es obvio que no distingue bien, y por ello que tampoco juzga bien quien, ya sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica, aumentando así la confusión y el desconcierto en la comunicación porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado[217].

2. Como ya se vio más atrás, mi estimado colega *Zugaldía* quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi rechazo de la responsabilidad penal de éstas, yo acabo proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador, y que esto, en su opinión, podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas", toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, "jugando con las etiquetas"— que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", con mi propuesta "se les termina(ría) imponiendo absolutamente de todo"[218]. Pero como tiene que resultar de todo

216 Véase *Gimbernat* Estudios[3ª] 1990, p. 217.

217 Véase de nuevo *Schünemann* ZIS 1/2014, p. 4: "se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.".

218 Véase *Zugaldía*, CPC (53) 1994, p. 622, si bien ahora, para *Zugaldía*, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en "un alarde de logomaquia"; véase *Zugaldía* Responsabilidad 2013, p. 61.

lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter "jurídicopenal", y por lo ya razonado y documentado aquí de un modo más que suficiente por ahora, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo y ha tenido que quedar claramente aún más desvirtuado con lo que se ha razonado aquí, a saber: que es sólo y precisamente la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo muy particular *Zugaldía*, y no quienes la rechazamos, la que realmente cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas[219]. Por otra parte, y como también se vio, *Zugaldía* afirmó también en su crítica que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto[220]. Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pues es evidente que mi juicio al respecto sería absolutamente positivo incluso dentro del margen de duda socrática que debe quedarle siempre a quien pretenda alcanzar algún conocimiento racional con una pretensión de mínima verdad. Pero lo que sí puedo afirmar, dado que esto ya no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago en ningún caso, porque así me lo enseñaron los grandes e insuperables maestros directos o indirectos de los que he aprendido lo poco que sé, es ni prescindir del *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios a mis tesis siempre que éstos no tengan un carácter superficial. Así, pues, espero que mi apreciado colega *Zugaldía* responda a las contraobjeciones que aquí he formulado a sus reparos respecto de mi método, y también que responda a cuestiones respecto de las que en el transcurso de más de 20 años aún no ha dicho absolutamente nada que pueda ser asimilado por la Ciencia jurídica, como por ejemplo en qué consisten la acción y

[219] Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que para la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que en definitiva importa es colgar la etiqueta de lo "penal", esto es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo ha confesado algún caracterizado defensor de la misma, como es el caso de *Vogel* en la cita que he hecho de su opinión *supra* en nota 213.

[220] Véase *Zugaldía*, CPC (53) 1994, pp. 621 s.

la culpabilidad *propias* de la persona jurídica, qué es lo que él entiende por norma de determinación y cómo la persona jurídica infringe esta especie de normas, en qué consisten el dolo y la imprudencia de una persona jurídica, etc., etc. Pero frente a la tacha de la incorrección que *Zugaldía* le cuelga a mi método, de momento me conformo —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir y de aplicar uno muy próximo al de los grandes y eximios juristas de todos los campos jurídicos, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda y en quienes me apoyo para —como hacen ellos— negar contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado.

Bibliografía citada*

Alastuey, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Silvina Bacigalupo, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.

Silvina Bacigalupo, en Enrique Bacigalupo (dir.), **Curso** de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65 ss.

Bajo/Silvina Bacigalupo, **Derecho penal económico**, Ramón Areces, Madrid, 2001.

Benda, El **Estado social** de Derecho, en Benda et alt. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.

Bonnard, Les **infractions intentionelles** et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

Bottke, **Assoziationsprävention**. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

Bottke, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro

* En negrita como se cita la obra.

Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. **LH-Roxin 1997**)

Brender, Die Neuregelung der **Verbandstäterschaft** im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.

Cartier, Notion et fondement de la **responsabilité du chef d'entreprise**, Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.

Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte General I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004 (cit. **PG I 6ª 2004**)

Cramer/Heine, en **Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar**, 27ª ed., 2006.

Federico de Castro, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.

Del Rey Guanter, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.

Díez Picazo, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).

Díez Ripollés, La **racionalidad** de las leyes penales, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

Engisch, Die Idee der **Konkretisierung** in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.

Engisch, **Einführung** in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.

Fernández Teruelo, Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, **RDP (31) 2010**, pp. 43 ss.

Fernández Teruelo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica), **RJCL (25) 2011**, pp. 7 ss.

Ferrajoli, **Derecho y razón**, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, **Derechos y garantías**, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.

Foucault, Les **mots** et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.

Foucault, **L'archèologie** du savoir, Ed. Gallimard, Paris, 1969.

Foucault, La **verdad** y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980.

Foucault, El orden del **discurso**, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.

Frank, Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchpreisgesetz, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.

Fuster Asencio, El **procedimiento** sancionador tributario, Aranzadi, Pamplona, 2001.

García Blasco, **Infracciones** y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.

García de Enterría 2011, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo **I**, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.

Gimbernat, **Estudios** de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Marid, 1990.

Gimbernat, **Ensayos** penales, Tecnos, Madrid, 1999.

Gómez-Jara, La **culpabilidad** penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Gómez-Jara, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

Gómez Martín, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas dlinquere non potest* en Mir/Corcoy (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.

Gómez Tomillo, **Derecho administrativo sancionador**. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.

Gómez Tomillo, **Introducción** a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Gracia Martín, El **actuar** en lugar de otro en Derecho penal **I**, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

Gracia Martín, **Responsabilidad** de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.

Gracia Martín, en Diez Ripollés/Gracia, **Delitos** contra bienes jurídicos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Gracia Martín, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, AP (16) 1993, pp. 213 ss.

Gracia Martín, La **comisión por omisión** en el Derecho penal español, en Gimbernat Ordeig (dir.), La comisión por omisión, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.

Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias **personas jurídicas**, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, Las **consecuencias** jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gracia Martín, **Prólogo** al libro de Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, **2001**.

Gracia Martín, **Prólogo** al libro de José Luis **Castillo Alva**, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001.

Gracia Martín, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, **RECPC 06-07 (2004)**, http://criminet.ugr.es/recpc

Gracia Martín, El **horizonte** del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Gracia Martín, Las llamadas "conecuencias accesorias" en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, **RPCP (17) 2005**, pp. 195 ss.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Gracia Martín, **Fundamentos** de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.

Gracia Martín, voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, **Diccionario** de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008.

Gracia Martín, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, **GA 6/2010**, pp. 323 ss.

Gracia Martín, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), **RDPC 3ª época nº 3 (2010)**, pp. 27 ss.

Gracia Martín, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, **Homenaje a Klaus Tiedemann**, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Leccione**s de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004).

Gracia Martín, La estructura dogmática y la función político criminal de la **"adecuación social"** como "cierre normativo" de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva, en Rebollo/Tenorio (dirs.), Derecho penal, Constitución y Derechos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 193 ss.

Gracia Martín, **Prólogo** al libro de Mª Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?, Atelier, Barcelona, **2013**.

Hardwig, Die **Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.

Heine, en **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar**, 28ª ed., 2010.

Jakobs, Tätervorsellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 271 ss. (cit. **GS Armin Kaufmann 1989**)

Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991 (cit. **AT2ª 1991**).

Jakobs, **Sociedad**, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996. *Jakobs*, La **idea de la normativización** en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.

Jakobs, Sobre la génesis de la **obligación jurídica**, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.

Armin Kaufmann, Lebendiges und totes in Bindings **Normentheorie**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954.

Arthur Kaufmann, **Analogie** und "Natur der Sache", 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 1982.

Kelsen, **Teoría pura** del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, Mexico DF. 1979.

Kelsen, **Teoría general** del Derecho y del Estado, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

Lacruz/Delgado, en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. **Elementos I-2 6ª 2010**).

Lacruz/Delgado, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. **Elementos I-3 3ª 2005**).

Lacruz/Luna Serrano, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. **Elementos I-2 2ª 1990**).

Lacruz/Rivero, en Lacruz et. alt., Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009 (cit. **Elementos II-2 4ª 2009**).

Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983 (cit. **ATBR6ª 1983**).

Legaz, **Filosofía del Derecho**, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.

Luzón Peña, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. **LPG2ª 2012**).

Maiwald, Der "dolus generalis". Ein Beitrrag zur Lehre von der Zurechnung, **ZStW 1966**, pp. 30 ss.

Marxen, Die strafrechliche Organ- und Vertreterhaftung – eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, **JZ 1988**, pp. 286 ss.

Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht 1**, 3ª ed., München und Leipzig, 1924.

Meini Méndez, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.

Mir Puig, El Derecho penal en el **Estado social** y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

Mir Puig, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, **RECPC 06-01 (2004)**.

Mir Puig, **Bases constitucionales** del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Mir Puig, Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. **PG9ª 2011**)

Montoro Puerto, La **infracción** administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.

Nagler, Die **Teilnahme** am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.

Navarro Cardoso, **Infracción administrativa** y delito: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex, Madrid, 2001.

Alejandro Nieto, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, **El Derecho y el revés**, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012 (cit. **Derecho sancionador**).

Nieto Martín, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.

Nieztsche, Die **fröhliche Wissenschaft**, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982

Nino, **Introducción** al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.

Octavio de Toledo, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, **ADPCP 2009**, pp. 93 ss.

Ortiz de Urbina, **Sanciones penales** contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*), *en* Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

Paredes Castañón, La **justificación** de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Pawlik, "Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs.1 S.2 und § 136a StPO", **GA 1998**.

Pérez Royo, Los **delitos** y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

Pettoello Mantovani, **Responsabilità per fatto altrui**. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

Robles Planas, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011**.

Rodríguez Mourullo, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. **PG I 1977**).

Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. **AT I4ª 2006**).

Santos Briz, La **responsabilidad** civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970

R. Schmitt, Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss. (cit. **FS Lange 1976**).

Schünemann, Grund und Grenzen der unechten **Unterlassungsdelikte**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.

Schünemann, **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979

Schünemann, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, en **wistra 1982**, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.).

Schünemann, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en Festschrift für Klug I, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. **FS Klug I 1983**).

Schünemann, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. **Jornadas 1992**)

Schünemann, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss. (cit. **FS Arthur Kaufmann 1993**).

Schünemann, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. **Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann**, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).

Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, **GA 1995**, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).

Schünemann, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en Schünemann (ed.), Unternehmenskriminalität; **Deutsche Wiedervereinigung Band III**, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.

Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en **Modernas tendencias** en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.

Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss. (cit. **FS Roxin 2001**).

Schünemann, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individuaización de la imputación, **ADPCP 2002**, pp. 9 ss.

Schünemann, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.

Schünemann, Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006 (cit. **LK[12ª] 2006**).

Schünemann, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht –

Festschrift für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss. (cit. **FS Tiedemann 2008**).

Schünemann, Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, pp. 39 ss. (cit. **FS Herzberg 2008**).

Schünemann, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, **GA 2013**, pp. 193 ss.

Schünemann, Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie, **ZIS 1/2014**, pp. 1 ss.

Schünemann, Zur Frage der **Verfassungswidrigkeit** und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen Unternehmensstrafrecht.pdf

Seiler, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.

Silva Sánchez/Ortiz de Urbina, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, **InDret 2/2006**.

Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).

Tiedemann, Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.

Vogel, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstarfrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.

Welzel, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana de Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977

H.J. Wolff, **Verwaltungsrecht, I**, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971.

Würtenberger, Die **geistige Situation** der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.

Zaffaroni, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. **PG2ª 2002**)

Zornoza Pérez, El **sistema** de infracciones y sanciones tributarias, Civitas, Madrid, 1992.

Zugaldía, Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest", **CPC (11)1980**, pp. 67 ss.

Zugaldía, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, **CPC (53) 1994**, pp. 613 ss.

Zugaldía, Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), **PJ (46) 1997**, pp. 327 ss.

Zugaldía, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss. (cit. **LH Valle 2001**).

Zugaldía, **Vigencia** del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Zugaldía, La **responsabilidad** criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Zúñiga Rodríguez, **Bases** para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Aranzadi, 2003.

Blanqueo de Capitales – Aspectos Penales y Procesales

André Luís Callegari

Abogado – Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid – Director del Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo presentar algunos problemas de la ley brasileña de blanqueo de capitales. Como en Brasil la ley sólo se ha aprobado en el año 1998, no hay casi doctrina o jurisprudencia respeto del tema. Por lo tanto, muchas de las situaciones son tratadas con apoyo en la doctrina extranjera, porque en la mayoría de los casos los preceptos guardan relación con los tipos penales previstos en el Código Penal español, lo que permite un estudio comparado de las legislaciones.

El crimen organizado, merced a sus actividades ilícitas (tráfico de drogas, contrabando de armas, extorsión, prostitución etc.), dispone de fondos colosales, pero inutilizables mientras puedan dejar huellas de su origen. De la necesidad de ocultar y reinvertir las ingentes fortunas obtenidas, a veces para financiar nuevas actividades criminosas, a veces para la adquisición de bienes diversos, surge el blanqueo de dinero como fin último de evitar el descubrimiento de la cadena criminal y la identificación de sus autores. El reciclaje de dinero se convierte, así, en requisito imprescindible para su impune introducción en el

circuito económico. A partir de este momento, el poder económico del crimen organizado se convierte en exponencial. El dinero blanqueado puede ser entonces invertido sin levantar sospechas y contribuir para que sus detentores se adornen con un barniz de responsabilidad bajo la cobertura de actividades honorables.

Existe con eso el peligro de que economías enteras caigan bajo su control, que se distorsione el sistema financiero y que el sistema democrático, en determinados países quede sin estabilidad[1].

Como el objeto de este trabajo no es éste, a título de introducción conceptuaremos el blanqueo de dinero, o mejor, lo que significa este fenómeno. La mayor parte de la doctrina extranjera entiende el fenómeno de blanqueo de dinero como "el proceso o conjunto de operaciones, mediante la cual los bienes o el dinero resultantes de actividades criminosas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico o financiero"[2]. En sentido similar, GÓMEZ INIESTA señala que por blanqueo de dinero o bienes se entiende la operación por la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que se revisten de especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos y financieros legales, se incorpora a cualquier tipo de negocio como se fuera obtenido de forma lícita[3]. DIEZ RIPOLLES, al tratar del tema, se refiere a los procedimientos por los cuales se aspira a introducir en el trafico económico y financiero legal, los grandiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades criminosas especialmente lucrativas, posibilitando así que se disfrute de las cuantías jurídicamente incuestionables[4].

---

1 RENART GARCÍA, Felipe. "El Blanqueo de Capitales en el Derecho suizo". *Poder Judicial*, n. 50, pp. 119/120.

2 DIAZ-MAROTTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Dikinson, 1999, p. 5.

3 GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 21.

4 DIEZ RIPOLLES, José Luis. "El blanqueo de capitales procedente del trafico de drogas", en *Actualidad Penal*, n. 32, 1994, p. 609.

De todas las formas, prácticamente todos los autores que analizaran el fenómeno de blanqueo de dinero, acaban por definirlo de manera semejante.

2. Fases o técnicas de blanqueo de dinero

Conceptuando el fenómeno, cabe el análisis de algunas fases o técnicas de blanqueo de dinero. La doctrina extranjera ya ha escrito mucho sobre los sistemas y métodos empleados para el blanqueo de capitales. Como el tema ha recibido cada vez más importancia en nuestro país, se hace frecuente en todos los tipos de publicaciones. El problema es que el tratamiento periodístico de las cuestión es dirigido a enfatizar los aspectos menos importantes del fenómeno – corrupción, escándalos, connivencia del poder público en determinados casos – que abordar de forma rigurosa la explicación de los procedimientos de blanqueo. De otro lado, los procedimientos de blanqueo son relativamente complexos y utiliza los instrumentos, mecanismos y técnicas del sistema financiero, de forma que su explicación requiere un previo conocimiento de este sistema.

Existen varios métodos o fases que normalmente se utilizan con la finalidad de blanquear el dinero, pero, sucintamente, señalaremos algunas de ellas.

La primera fase consiste en la ocultación. De acuerdo con la doctrina, esta es la fase en que los delincuentes buscan desembarazarse materialmente de las importantes sumas de dinero que fueran generadas por sus actividades ilícitas[5]. El importe recaudado es normalmente trasladado a una zona o local distinto de aquel donde se recaudó. A continuación, se pone este dinero en establecimientos financieros tradicionales o establecimientos no tradicionales (casas de cambio, casinos etc), o aún, en otros tipos de negocios de condiciones variadas (hoteles, restaurantes, bares etc.)[6].

---

5 VIDALEZ RODRÍGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación en el Código penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 72.

6 ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1998, p. 35.

La característica principal de esta fase es la intención de los criminosos deshacerse materialmente de las sumas recaudadas en dinero, pero, sino ocultar la identidad de los titulares7. Eso pasa por que los criminosos tienen ciencia de que la acumulación de las grandes sumas de dinero, puede llamar la atención en relación a su procedencia ilícita. Esta acumulación significa también el peligro constante de hurto o robo, lo que obliga de una forma u otra a los criminosos a desplazar físicamente grandes sumas fuera del lugar de obtención, con destino a otro lugar donde sea más fácil su origen criminoso[8].

Existen innumeras formas de ocultación, pero no es el objeto de este trabajo el análisis de cada una de ellas, así que, solamente haremos mención a ellas. Así, se puede ocultar el dinero obtenido de forma ilícita, colocándolo a través de entidades financieras de forma fraccionada; a través de la complicidad del propio personal del banco; a través de establecimientos financieros no tradicionales; mezclando fondos ilícitos, a través de contrabando de dinero (pasándole por la frontera de otros países)[9].

La segunda fase se denomina mascaramiento. La función de esta fase consiste en ocultar el origen de los productos ilícitos, mediante la realización de numerosas transacciones financieras[10]. Si los "blanqueadores" de capitales tienen éxito en la primera fase, trataran ahora de hacer más difícil y complicada la detección de los bienes mediante la realización de múltiplas transacciones que, como camadas, e se irán acumulando una tras la otra, dificultando el descubrimiento de origen de aquellos bienes[11].

Por lo tanto, en esta fase, es necesario hacer desaparecer el vínculo existente entre el criminoso y el bien procedente de su actuación, razón por la cual es usual el recurso a la superposición y combinación

7 ZARAGOZA AGUADO, Javier. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 134.

8 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1997, pp. 71/72.

9 En ese sentido, BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 72 y ss.; ALVAREZ PASTOR/ EGUIDAZU PALACIOS, ob. Cit., p. 35 y ss.

10 ZARAGOZA AGUADO, ob. cit., p. 135.

11 BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 78.

de complicadas operaciones financieras, que tratan de dificultar el seguimiento de lo que se conoce como "huella" o rastreo de dinero[12].

Así, el propósito perseguido en esta fase es "desligar los fondos de su origen, generando para ésto un complejo sistema de transacciones financieras, destinadas a extinguir las huellas contables de estos fondos ilícitos". Esta forma compleja en que transacciones son desarrolladas, mezcladas, y superpuestas tiene como finalidad que se haga extremadamente difícil para las autoridades detectar estos fondos.

Las formas usualmente utilizadas en esta fase son la conversión del dinero en instrumentos financieros; adquisición de bienes materiales con dinero en especie y transferencia electrónica de fondos, etc[13].

Por fin, la última fase se denomina de *integración*. En este nivel, el capital ilícito obtenido ya cuenta con apariencia de legalidad que se pretendía que tuviese. De acuerdo con eso, el dinero puede ser utilizado en el sistema económico y financiero como si se tratase de dinero lícitamente obtenido

2. El crimen antecedente en la ley de blanqueo

De acuerdo con la redacción dada a ese dispositivo, el legislador brasileño menciona en el tipo tan solamente la palabra "crimen" antecedente, lo que lleva la doctrina a establecer lo que significa ese término. El Art. 2º, párrafo primero, establece expresamente:

> "La denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia del crimen antecedente, siendo punibles los hechos previstos en esta Ley, aunque desconocido o exento de pena el autor de aquél crimen."

La primera indagación se limita a buscar la interpretación que el legislador buscó dar al término "crimen antecedente". Un sector de

12 VIDALES RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 73.

13 Sobre estas técnicas, ver em detalles, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, 1998, p. 140; BLANCO CORDERO, ob. Cit., p. 79 y ss.; ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, ob. Cit., p. 37.

la doctrina señala que el crimen de blanqueo de dinero es autónomo y, así, no estaría condicionado al proceso y juzgamiento del crimen antecedente[14]. No estamos de acuerdo con esa posición. Es que ella puede ser verdadera si fuera complementada, pues aunque el crimen de blanqueo sea considerado autónomo, es necesario algunos requisitos para la verificación de la existencia del "crimen" antecedente que puede generar bienes aptos a ser blanqueados.

Otro sector de la doctrina brasileña se posiciona de forma distinta en cuanto a la redacción de ese precepto, bajo el fundamento de que el crimen antecedente condiciona el tipo de blanqueo de dinero previsto en la ley brasileña. De acuerdo con eso, no sería posible la condenación del sujeto por el crimen de blanqueo, si no hubiese la absoluta seguridad de la realización del tipo antecedente. Por lo tanto, el hecho antecedente debe ser al menos típico y antijurídico para su caracterización como delito previo[15].

La mejor interpretación parécenos ser ésta, o sea, solamente los indicios del crimen antecedente no son suficientes para la condenación del sujeto por el delito de blanqueo de capitales. Como el legislador exigió la existencia suficiente de indicios del "crimen" antecedente, al menos el hecho debe ser típico y antijurídico. Eso porque puede ocurrir en el delito antecedente la exclusión de la tipicidad (error de tipo) o de la antijuridicidad, lo que llevaría a la no existencia del crimen antecedente. Así, si no hay el crimen antecedente, se hace imposible la aplicación del Art. 2º, párrafo primero, de la Ley 9.613/98.

Además de eso, el legislador adaptó para los delitos de blanqueo de dinero, el principio de la accesoriedad limitada, o sea, la necesidad de que el delito previo sea por lo menos típico y antijurídico, lo que hace imposible la comisión de un delito de blanqueo si el hecho antecedente previsto en la ley no pudiera ser considerado crimen. Así, es necesario que quede probada la existencia de la tipicidad, y de la antijuricidad

14 Terra de Oliveira, Willian, en Cervini, Raúl; Terra de Oliveira, Willian; Gómez, Luiz Flavio. *Lei de Lavagem de Capitais*. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 325 y ss.

15 D'Avilla, Fabio Roberto. "A Certeza do crime Antecedente como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavagem de Capitais". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais,* ano 7, n. 79, junho/1999, p. 4.

del crimen antecedente, pues el reconocimiento de una justificante o la ausencia de uno de los elementos del tipo lleva, necesariamente, a la ausencia del crimen antecedente y, por eso, no habría la subsunción típica a las figuras de blanqueo de que exigen la comisión de aquél[16].

En la esfera de la participación criminal, se denomina accesoriedad limitada el grado de dependencia según lo cual sólo si puede castigar la conducta del partícipe cuando el hecho fuera típico y antijurídico[17]. Así que, si la culpabilidad no es requisito necesario para la configuración del hecho previo como delito, se deduce que lo son la tipicidad u la antijuricidad. Por lo tanto, es correcto señalar que la relación de dependencia del delito de blanqueo con relación al delito previo es de accesoriedad limitada[18].

Esa clase de accesoriedad es la que se puede concluir del contenido del Art. 2º, párrafo primero, de la Ley 9.613/98. La razón no es porque el artículo no establezca expresamente qué elementos tienen que concurrir para determinar que el hecho previo sea un crimen, sino porque señala lo que no es necesario para su consideración como tal: la culpabilidad (el párrafo señala exención de pena).

Dos consecuencias pueden ser extraídas de la aplicación del principio de la accesoriedad limitada. La primera de ellas es que cuando los bienes no tienen su origen en un hecho típico, no podrá haber un delito de blanqueo. Lo que significa que si el hecho previo que origina los bienes no se encuentra descrito en algún tipo en el Código Penal o en una ley especial, las conductas de blanqueo que recaen sobre estos bienes no pueden ser típicas[19].

16 D'Avilla. Ob. Cit., p. 4.

17 Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general, 4. ed. Comares, pp. 596 y ss.; Bacigalupo, Enrique. *Principios de derecho penal*. Parte general, 5. ed., Aka/Iure, 1998. p. 379; Batista, Nilo. *Concurso de Agentes*. Liber Juris, 1979. pp. 124 y ss.; Pierangelli, José Henrique. "Escritos jurídicos penais". *Revista dos Tribunais,* 1992. p. 62; Callegari, André Luis. "Breves anotações sobre o concurso de pessoas". *Revista dos Tribunais*, v. 761, ano 88, mar., 1999. pp. 454 y ss.

18 En ese sentido, Carpio Delgado, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant lo Blanch, 1997. p. 128;

19 En ese sentido, Carpio Delgado. Ob. cit., p. 129; Blanco Cordero. Ob. cit., p. 238.

La segunda consecuencia que se concluye de la aplicación del principio de la accesoriedad limitada, es que cuando concurre una causa de justificación en el hecho previo que origina los bienes, no podrá también haber un delito de blanqueo de dinero. Es decir, que si las conductas que pueden constituir blanqueo recaen sobre bienes que tienen su origen en un hecho típico pero que no es antijurídico, no puede apreciar un delito de blanqueo de dinero[20].

De acuerdo con esa posición, es irrelevante para el delito de blanqueo de dinero el requisito de la culpabilidad, pues si la conducta que constituye blanqueo recae sobre bienes que tuvieron su origen en un hecho típico y antijurídico, aunque el sujeto que intervino en el delito previo sea exento de pena, será posible la apreciación de un delito de blanqueo de capitales.

3. El problema de la prueba del crimen antecedente

Esclarecido lo que se debe entender por crimen antecedente, es decir, que al menos sea un hecho típico y antijurídico para que pueda generar bienes aptos a ser blanqueados, se hace necesario verificar la problemática de la prueba para viabilizar la ordenación por el crimen de blanqueo de capitales. Es lo que el Art. 2º, II, de la Ley 9.613/98, establece expresamente:

> "Art. 2º El proceso y juzgamiento de los crímenes previstos en esta Ley:
>
> II - Independen del proceso y juzgamiento de los crímenes antecedentes referidos en el artículo anterior, aunque practicados en otro país."

De acuerdo con el contenido de este artículo y su inciso, puede haber una sentencia condenatoria por el delito de blanqueo de dinero, aunque no se juzgue el crimen antecedente que dio origen a los bienes que fueron blanqueados. Pero ¿basado en qué prueba el juez condenaría al sujeto acusado de blanquear dinero? La sentencia condenatoria

[20] Carpio Delgado. Ob. cit., p. 129; Blanco Cordero. Ob. cit., p. 238.

fundamentada solamente con indicios del crimen antecedente hiere el principio de presunción de inocencia, una vez que siquiera restó probado el hecho anteriormente imputado al acusado. Así, en el proceso penal dominado por el principio de la presunción de inocencia, la actividad probatoria debe atender a la verificación de los hechos imputados[21] y no a los indicios de éstos. Traducido esto para el crimen de blanqueo, se hace necesario la verificación del crimen antecedente para viabilizar la sentencia y no solamente los indicios de aquél.

Por el principio de la presunción de inocencia, se requiere la prueba de que los bienes pretendidamente blanqueados procedan de un delito previo. En ese sentido, cabrían dos posibilidades para dar crédito a la comisión del delito antecedente.

La primera sería en el sentido de exigir una sentencia condenatoria irrecorrible en que se reconociese la existencia de un hecho típico y antijurídico. La segunda posibilidad es la de dejar al juez, el delito de blanqueo de capitales, que determine si existió previamente el delito exigido por la ley. De todas las formas, no es suficiente la prueba de un delito previo, sino que también se pruebe que los bienes procedieron de lo mismo.

El problema de la prueba del crimen es simple en los casos en que una sentencia declare la existencia del hecho típico y antijurídico, pero se hace problemático en el caso en que ella no exista[22].

Un sector de la doctrina extranjera utiliza la jurisprudencia de la receptación para resolver el problema, afirmando que en los casos de este delito no es necesario una sentencia condenatoria con relación al delito previo, pero exige, en todo caso, un hecho minimamente circunstanciado[23]. Pero, es necesario que el juez responsable por el juzgamiento de los actos de blanqueo considere probada la existencia de un hecho delictivo previo, o sea, es necesario saber con precisión cuál

---

21 Gomes filho, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. Saraiva, 1991, São Paulo. p. 39.

22 Fabián Caparros. Ob. cit., p. 385.

23 Palomo del Arco, Andrés."Receptación y figuras afines". En *Estudios sobre el Código Penal de 7995 (Parte Especial)*. Estudios de Derecho Judicial 2, 1996. p. 380.

fue el hecho criminoso que originó los bienes[24]. En ese sentido, no se hace necesaria la sentencia condenatoria sobre el crimen antecedente, pero, aún así, la receptación debe estar completamente acreditada en su realidad y en su naturaleza jurídica, sin que baste para eso una mera denuncia o diligencia policiales, sino que, por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, es necesario que las pruebas destinadas a acreditarla se practiquen con las garantías constitucionales y procesales que posibiliten respetar la presunción de inocencia[25]. Por lo tanto, al menos es necesario que quede probado delante del juez competente para juzgar el crimen de blanqueo de capitales, que los bienes proceden de un delito grave[26].

En Brasil, la receptación recibe el mismo tratamiento, o sea, no hay necesidad de la sentencia penal condenatoria que ateste la ocurrencia del crimen antecedente, pero se hace indispensable la prueba de su ocurrencia[27].

La adaptación del tratamiento dispensado al delito de receptación parece coherente, posibilitando su utilización en relación al precepto establecido en el Art. 2º, II de la Ley 9.613/98.

Así, para que se fuera posible una sentencia condenatoria en el proceso y juzgamiento de un crimen de blanqueo de capitales, al menos sería necesario que hubiese una prueba convincente del delito antecedente, prueba esa que pudiese ser acreditada en relación a uno de los delitos previstos en la ley brasileña de blanqueo.

Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que el delito previo es un elemento normativo del tipo, o sea, que la exigencia del delito previo constituye un auténtico elemento del tipo[28], o una elementar

24 Blanco Cordero. Ob. cit., p. 252; Vidales Rodriguez. Ob. cit., p. 47.

25 En ese sentido, Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS 20 de enero 1999.

26 Blanco Cordero, Isidoro. Ob. cit., p. 252. El legislador español no estableció un rol taxativo de crímenes antecedentes a los de blanqueo, pues considera como crimen antecedente al de blanqueo todo aquello que tenga una pena grave.

27 En ese sentido la jurisprudencia brasileña. Revista dos Tribunais 404/288; RT 663/293; RJD 25/338; RT 718/425.

28 Bockelmann. "Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortag", NJW, p. 620 y Schmid. "Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Gel dwäscherei, vor allem StGB art. 350 bis", Schweizerischer Anwaltsverband, Gedwäscherei und

del tipo[29]. Esta posición es sustentada en Brasil por Fábio D'Avilla que señala que la técnica legislativa adoptada por el legislador brasileño ha hecho que el crimen antecedente sea elementar del tipo previsto en el Art. 1º de la Ley de Blanqueo, condicionándole a su verificación plena. Para el autor, la inseguridad del crimen antecedente redundaría en la inseguridad cuanto a uno de los elementos objetivos del tipo, imposibilitando así, su adecuación legal[30]. Eso se debe al hecho de que el legislador, al redactar el tipo penal de blanqueo y tras definir los verbos que componen la figura típica, utilizó la palabra "crimen", o sea, para haber blanqueo de dinero es necesario que los bienes ocultados o disimulados, por ejemplo, provengan de uno de los "crímenes" definidos por el legislador en los incisos I a VII de la Ley de Blanqueo.

Esta posición parece llevar a un criterio más riguroso para que se pueda condenar el sujeto por el delito de blanqueo de dinero, ya que sería necesaria la constatación de la existencia del crimen antecedente, o sea, al menos que este sea un hecho típico y antijurídico. La razón de eso que si el crimen antecedente es considerado una elementar del tipo de blanqueo de dinero, la no existencia del crimen antecedente (error del tipo, por ejemplo), imposibilita la condenación por el delito de blanqueo. Lo mismo pasaría si fuese reconocida una excluyente de la ilicitud. Por lo tanto, reconocida una excluyente de la ilicitud o de la tipicidad, no habría el crimen antecedente y, por consecuencia, la absoluta imposibilidad de subsunción típica por la ausencia de la elementar "crimen" constante en el Art. 1º de la Ley de Blanqueo[31].

Señalamos líneas arriba que esta posición parecía llevar a un criterio más riguroso que de la utilización del criterio de la receptación para la condenación del sujeto por crimen de blanqueo de capitales, esto porque exige, como elementar del tipo, la existencia de crimen antecedente. Pero, como la disposición del Art. 2º, II de la Ley de Blanqueo es procesal, de todas formas deberá estar probada en el

Sorgfaltspflicht, Zürich, 1999. p. 111, citados por Blanco Cordero, Isidoro. Ob. cit., pp. 222 y 223.

29 D'Avilla. Ob. cit., p. 4.

30 D'Avilla. Ob. cit., p. 4.

31 En ese sentido, D'Avilla. Ob. cit., p. 4.

proceso (como en el criterio de la receptación) la existencia del crimen antecedente al de blanqueo.

A nuestro juicio, por cualquier criterio utilizado, se le exige un convencimiento cuidadoso o, al menos, una prueba segura del crimen antecedente, que podrá ser efectivada en el propio proceso de blanqueo o en otro en que se apure el crimen antecedente. Si hubiera duda sobre la existencia del crimen antecedente[32], el juez no puede condenar al reo por el crimen de blanqueo de capitales[33].

4. INDICIOS SUFICIENTES DE LA EXISTENCIA DEL CRIMEN PARA EL OFRECIMENTO DE LA DENUNCIA (ART. 2º, § 1º, DE LA LEY 9.613/98)

El Art. 2º, párrafo primero de la Ley de Blanqueo estableció que la denuncia será instruida con indicios suficientes del crimen antecedente.

En el proceso penal brasileño, le regla es que exista indicios de la autoría y prueba del crimen para ofrecimiento de la denuncia. La ley de Blanqueo innovó al exigir solamente los indicios del crimen antecedente. Pero, queda la indagación si este dispositivo, no hiere las garantías del acusado, es decir, de la más amplia defensa y de la presunción de inocencia. Esto porque de acuerdo con el precepto contenido en el dispositivo, el acusado tendrá que defenderse de una acusación de blanqueo de capitales basada en un crimen antecedente que no está probado, o sea, hay apenas indicios suficientes de este crimen.

Es cierto que el proceso penal es considerado generalmente un instrumento necesario de protección de los valores recogidos por el Derecho Penal, cuya función principal consiste en dotar el Estado de un procedimiento prestablecido para la aplicación del *ius puniendi*.

---

32 Véase HASSEMER, WINFRIED. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Ad-Hoc, p. 88.

33 En ese sentido, BARROS, MARCO ANTÔNIO. *Lavagem de Dinheiro*. Oliveira Mandes, São Paulo, 1998. p. 84. Además, señala el autor que "la comprobación de la ocurrencia del crimen básico configura una cuestión perjudicial del propio mérito de la acción penal en que se apura el crimen de blanqueo. De ese modo, al fundamentar la sentencia condenatoria el juez tiene el deber funcional de abordar esa cuestión, afirmando estar convencido de la existencia del crimen antecedente, señalando las pruebas de los autos que lo llevaran a formar esa convicción".

La finalidad, por lo tanto, de las medidas restrictivas de derecho fundamentales susceptibles de ser dotadas en el proceso penal se orientaría así, en principio, a permitir a los órganos del Estado a la satisfacción de fines propios del derecho material, dando de este modo respuesta al interés de persecución penal que anima su actuación en este ámbito y que se opone al *ius libertatis* de los ciudadanos[34].

El cuestionamiento que se impone es en el sentido de que hasta qué punto el Estado puede efectivar esas medidas de persecución penal, sin herir los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Aunque el crimen de blanqueo sea un crimen grave, no se puede permitir al Estado que inicie una acusación contra el individuo basada en "indicios suficientes" de los crímenes antecedentes".

Montañez Pardo[35], al tratar de la prueba indiciaria en España, afirma que es posible la aceptación de ésta, pero, advierte que ella debe observar algunos requisitos y los resume de esta manera: a) Los indicios deben estar plenamente seguros. Así, no valen las meras conjeturas o sospechas, pues no es posible construir certezas sobre simples probabilidades; b) Concurrencia de una pluralidad de indicios. Es necesario que concurra una pluralidad de indicios, pues un hecho único o aislado impide fundamentar la convicción judicial con base en la prueba indiciaria; c) Existencia de razones deductivas. Entre los indicios probados y los hechos que se interfieren de éstos debe existir un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional según las reglas del criterio humano.

Quizás, utilizando este criterio para la verificación de los indicios del crimen antecedente, sería posible iniciar la acusatoria por el crimen de blanqueo de dinero. Acreditamos que lo mejor sería una prueba segura del crimen antecedente, que, necesariamente no significa una sentencia condenatoria, pero, que permita al juez la verificación de los hechos típicos y antijurídicos, que generan bienes aptos a ser blanqueados.

---

34 Gonzáles-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en Derecho Penal*. Colex, 1990. p. 243.

35 Montañez Pardo, Miguel Ángelo. *La Presunción de Inocencia*. Aranzadi, 1999, pp. 106 y ss.

La doctrina brasileña menciona que la denuncia no necesita describir minuciosamente el crimen antecedente, pues eso debe ser hecho en relación al crimen de blanqueo. Pero, enfatiza que cabe al Ministerio Público demostrar al juez que la inicial acusatoria está fundamentada en seguros indicios que el crimen de blanqueo proviene directa o indirectamente de la practica de uno de aquellos crímenes antecedentes previstos en la Ley 9.613/98[36]. Así, si no hubiera una base probatoria mínima que demuestre la existencia del crimen antecedente, la denuncia deberá ser rechazada[37].

5. Crímenes antecedentes previstos en la ley de blanqueo y cometidos en el extranjero

Una de las características del delito de blanqueo de capitales es la posibilitad de ser realizado en un país distinto del aquel donde fue cometido el delito previo que originó los bienes[38], es decir, es posible que el delito previo que da origen a los bienes haya sido cometido en un país y el delito de "blanqueo" en otro distinto[39].

Los legisladores preocupados con la internacionalización de este delito, adoptan las recomendaciones internacionales en materia de blanqueo de capitales relativas a los delitos previstos cometidos en el extranjero e introducen en los Códigos Penales dispositivos para prevención de esta forma de delito[40].

Nuestra legislación adoptó esta sistemática, pues la Ley 9.613/98 ha introducido la previsión expresa en este sentido, o sea, que el crimen antecedente que genera bien idóneo para el delito de blanqueo de dinero, pueda ser cometido en el extranjero. Así, el Art. 2º, II de la Ley 9.613/98, establece expresamente:

---

36 Cfr. Barros. Ob. cit., p. 82.

37 Gomes, Luiz Flavio, en CerviNI, Raúl; Terra de Oliveira, Willian. Ob. cit., p. 356.

38 Quintero Olivares, Gonzalo. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi, p. 708.

39 En ese sentido, Carpio Delgado. Ob. cit., p. 141; Blanco Cordero. Ob cit., p. 244; Quintero Olivares. Ob. cit., p. 703.

40 En España hay disposición expresa en ese sentido, de acuerdo con el Art. 301, número 4, del Código Penal. El legislador alemán también hizo tal previsión en el Art. 261, 2, VIII, del Código Penal alemán.

> "Art. 2º El proceso y juzgamiento de los crímenes previstos en esta Ley:
>
> II - Independen del proceso y juzgamiento de los crímenes antecedentes referidos en el artículo anterior, aunque practicados en otro país."

En primer lugar, cabe esclarecer que el legislador brasileño adoptó un criterio cerrado o *numerus clausus* para describir los crímenes que pueden generar bienes susceptibles e idóneos para ser "blanqueados". Así, solamente serán objeto de blanqueo los bienes que tengan su origen o procedan de uno de los delitos previamente enumerados en la Ley 9.613/98[41].

Como nuestro legislador ha hecho esta opción, es decir, ha mencionado un rol taxativo de los delitos previos que pueden generar bienes que serán objeto material del delito de "blanqueo", no importa la gravedad de la pena de estos delitos.

Así, de acuerdo con el Art. 1º de la Ley 9.613/98, los crímenes antecedentes que pueden generar bienes idóneos para "blanqueo" son: tráfico ilícito de sustancias narcóticas o drogas afines; contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción; extorsión mediante secuestro; contra la Administración Pública; contra el sistema financiero nacional; practicado por organización criminosa.

A nuestro juicio, la relación de este precepto puede generar problemas. Como ya mencionamos, nuestro legislador adaptó un sistema cerrado o taxativo de crímenes antecedentes que pueden generar bienes aptos a ser "blanqueados". De acuerdo con eso y con el precepto contenido en el Art. 2º, II de la Ley 9.613/98, los crímenes practicados en el extranjero posibles de generar bienes para el "blanqueo" serán solamente los previstos en le Ley brasileña.

---

41 No todos los países adoptan este sistema. El legislador español, por ejemplo, señala que los bienes susceptibles e idóneos para constituirse en objeto de blanqueo de dinero son los que tienen su origen o procedan de un delito grave. Así, el factor decisivo es la gravedad de la pena y no el delito propiamente dicho.

De acuerdo con la interpretación literal de la ley, existen delitos previstos en la Ley 9.613/98 que fueren practicados en el extranjero no serán aptos a generar bienes de blanqueo de capitales en Brasil. Al adoptar un sistema taxativo, el legislador brasileño queda sometido a los delitos previamente previstos en nuestra ley. Para ejemplificar; cuando el legislador menciona los crímenes cometidos contra el "sistema financiero nacional" o contra la "Administración Pública" como crímenes antecedentes a los de blanqueo de dinero, está haciendo referencial al sistema financiero de Brasil o , a nuestra Administración Pública. Así, si un sujeto comete un crimen contra el sistema financiero de Alemania e introduce los valores obtenidos de forma ilícita en Brasil, no se puede hablar de blanqueo de dinero, eso respetando el principio de la reserva legal garantizado por la Constitución Federal y por el Código Penal.

Pero, hay otros delitos que practicados en el extranjero no pueden generar bienes idóneos para ser "blanqueados". La Ley brasileña de blanqueo de dinero establece el terrorismo como crimen antecedente al de blanqueo. En este caso, hay una particularidad. Brasil no posee la figura típica del terrorismo[42]. Por lo tanto, como sería posible blanquear bienes procedentes de un crimen de terrorismo practicado en el exterior, si Brasil no describe esta modalidad de conducta? Así, aunque el terrorismo sea practicado en el extranjero y los bienes obtenidos a través de éste sean introducidos en el Brasil, no creemos que puedan ser considerados objetos de blanqueo de dinero.

Otro crimen antecedente al de blanqueo que puede traer problemas es lo practicado por una organización criminosa. Nuevamente no tenemos una definición precisa de organización criminosa en Brasil[43].

---

42 Barros. Ob. cit., pp. 14-15, señala que nuestro derecho no define la figura típica del terrorismo, aunque la Constituicón Federal y la ley que dispone sobre crímenes hediondos hagan mención al crimen de terrorismo, en ninguna de ellas se encuentra la definición.

43 Barros. Ob. cit., p. 28; Ribero Lopes, Maurício Antonio. "Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034", em *Justiça Penal, Críticas e Sugestões 3*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 167 y ss.; Hassemer, Winfried. "Segurança pública no estado de direito". Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, ano 2, jan-mar., São Paulo; Revista dos Tribunais, 1994, pp. 55 y ss.

Entonces, si el legislador brasileño no definió lo que es una organización criminosa, aunque ésta practique crímenes en el exterior y el provecho de estos sea introducido en el Brasil, no serán objeto de blanqueo de capitales.

Superados estos problemas, nos resta definir otro: ¿Cómo se define que la conducta practicada en el exterior constituye un crimen? El crimen debe estar tipificado en ambos países, es decir, ¿dónde el delito previo fue cometido y dónde los bienes fueron blanqueados? ¿Es suficiente la tipificación del delito en el país donde fue cometido? O aún, ¿basta la tipificación como crimen en el país donde fue introducido para ser blanqueado?

Como señalamos líneas arriba, nuestra legislación parece resolver el problema solamente destacando que los bienes aptos a ser blanqueados deben proceder de uno de los crímenes taxativamente enumerados en el Art. 1º, I a VIII, de la Ley 9.613/98. La doctrina tampoco se posiciona al respeto.

Es perfectamente posible que el hecho no sea crimen en el país donde fue ejecutado, pero, constituya crimen según la legislación brasileña. Se imagina la hipótesis en que un sujeto vende drogas en un país donde esté despenalizada y legalizada tal actividad, o cuando realice un delito en el exterior, también previsto en la ley brasileña, pero bajo el abrigo de una causa de justificación no prevista en el derecho brasileño. Si posteriormente se transfieren los bienes que resulten de tal delito a Brasil, quien oculta o disimule su naturaleza será responsable por el delito de blanqueo de capitales de acuerdo con los dispositivos de la ley brasileña[44].

Con fundamento en la doctrina extranjera, no es posible esta interpretación, pues no es posible la punición de los casos en que el hecho en lo cual tiene su origen los bienes no es delito en el país donde fueron realizados. Eso porque si uno de los fundamentos de la incriminación de las conductas de blanqueo es evitar el enriquecimiento ilícito, mientras estos bienes proceden de hechos

[44] Crf. Blanco Cordero. Ob. cit., p. 249.

que en el país donde fueron realizados no constituyen delito, no se puede decir que se produjo un enriquecimiento ilícito. Pero, se llega a la misma conclusión partiendo de otras razones de la incriminación de esta conducta, cual sea, la de evitar que se incorporen, en el tráfico económico, bienes que no son lícitos. Así, cuando los bienes no tienen origen delictivo, no necesitan ser blanqueados y, por la misma razón, su incorporación al tráfico económico no puede producir ninguna alteración en el mercado[45].

Por fin, una de las finalidades de la norma penal es la protección de bienes jurídicos mediante la incriminación de conductas que pueden dañarlos. Las conductas que recaen sobre los bienes que proceden de hechos que no son constitutivos de delito en el país donde fueron cometidos o según la ley brasileña, de ninguna manera pueden dañar la circulación de los bienes en el mercado como bien jurídico protegido por este delito[46].

Estamos de acuerdo con esta interpretación, o sea, solamente podrá haber el delito de blanqueo de capitales si el delito previsto en la ley brasileña que originó los bienes aptos a ser blanqueados, también constituyen falta en el extranjero. Así, no basta la previsión expresa por el legislador brasileño de los crímenes antecedentes que son aptos a generar bienes idóneos al blanqueo. Se hace necesario verificar si el hecho también es previsto como crimen en el país de origen.

Para solucionar la cuestión, mejor sería que utilizásemos el principio de la doble incriminación[47], utilizado por la doctrina extranjera en la extracción y también utilizado para los delitos de blanqueo de dinero[48]. Eso porque si el requisito esencial para que los bienes constituyan objeto material de delito de blanqueo de capitales es que tengan su origen en un hecho típico y antijurídico, lo mismo debe aplicarse a los bienes que procedan de un hecho cometido totalmente en el

45 Crf. Carpio Delgado. Ob. cit., p. 148.

46 Carpio Delgado. Ob. cit., p. 148.

47 Sobre el principio de la incriminación, vide Garcia Arán, en Muñoz Conde/Garcia Arán. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed., pp. 171 y ss.; Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General.* 4. ed., PPU, Barcelona, 1996. p. 24; Sainz Cantero, José . *Lecciones de derecho penal . Parte Geral.* Civitas, 1978. p. 1975.

48 Carpio Delgado. Ob. cit., p. 149; Blanco Cordero. Ob. cit., p. 249.

extranjero. Así, los bienes tendrán que proceder de un hecho típico y antijurídico tanto en el país donde fueron realizados como según la legislación brasileña. Por eso, doble incriminación o principio de la identidad.

Eso no significa que deba existir una identidad total de las leyes penales que incriminen el hecho previo, en el sentido de que ambos delitos protejan el mismo bien jurídico y que su estructura sea la misma, sino que las normas protejan un bien jurídico semejante y que el tipo penal sancione su lesión como un tipo cumún.

Creemos, así, que es imprescindible que el hecho previo cometido en el extranjero tiene tiene que ser típico y antijurídico tanto en la legislación del país donde fue ejecutado como en la legislación brasileña. Por lo tanto, no cabe la aplicación literal del contenido del Art. 2º, II, que hace referencia expresa a los crímenes referidos en el artículo anterior (Art. 1º). O sea, solamente podrán ser objeto de blanqueo los bienes procedentes de los crímenes previstos en el Art. 1º y cometidos en el exterior si, en el país donde sean cometidos, también sean considerados hechos típicos y antijurídicos.

6. Participación en el delito previo y en el delito de blanqueo

Un problema que merece la atención por la doctrina es de solucionar las hipótesis en que el sujeto haya participado tanto en el delito previo como en el propio blanqueo de dinero. Por ejemplo, el sujeto interviniente en el crimen de tráfico de drogas y, posteriormente, oculta o disimula el origen de los valores obtenidos en la comisión de aquel delito.

En esos casos en que el sujeto interviene en los dos delitos, es decir, en el delito previo y en el propio blanqueo, se debe analizar por cuál crimen o crímenes será responsable. La doctrina brasileña no hace un estudio detallado de la cuestión.

Como las conductas establecidas en la Ley de blanqueo son similares a los crímenes de receptación y favorecimiento real, sería posible sustentar que el autor del crimen antecedente solamente responde por

éste, quedando impune la conducta posterior. Con relación al crimen de receptación, la doctrina mayoritaria brasileña reconoce que el sujeto activo de la receptación puede ser cualquier persona, salvo el autor, coautor o partícipe del delito antecedente. Aunque ejecute el crimen antecedente, no podrá ser autor de la receptación[49].

Este fundamento se debe a la adopción del principio de la consunción en que la consumación se amplió para abarcar también, a través de los criterios valorativos, una pluralidad de hechos y ocurre en los casos de acciones anteriores o posteriores que la ley concibe, implícita o explícitamente, como necesarias, o aquello que dentro de una figura típica constituye lo que normalmente ocurre. Así, los hechos posteriores que significan un aprovechamiento y por eso ocurren con regularidad después del hecho anterior, son por éste consumidos[50]. Por ejemplo, en el caso de hurto, aquel que participa de la conducta de sustentación y después compra la parte del otro, no es responsable por el delito de receptación.

De acuerdo con lo que es sustentado para el delito de receptación, el sujeto que participase del delito previo descrito en la Ley de blanqueo, no podría ser autor de este delito (blanqueo), pues su conducta quedaría consumida por el delito anterior.

No es posible la aplicación del principio de la consunción al delito de blanqueo, porque para que ocurra un hecho posterior impune es necesario que el hecho posterior practicado por el sujeto no lesione un bien distinto al vulnerado por el delito anterior, es decir, la conducta del sujeto activo debe lesionar a un mismo bien jurídico. Así, los tipos penales previos previstos en la Ley de Blanqueo de capitales tendrían ya que incluir desvalor del propio blanqueo. Pero, eso no ocurre, pues no hay identidad del bien jurídico protegido entre los delitos previos y el posterior delito de blanqueo, una vez que el delito de

49 De Jesús, Damasio.*Direito penal, Parte especial*. 11. ed. Saraiva, São Paulo, 1998. p. 426; Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de dureito penal, Parte especial*. 3. ed., Atlas, São Paulo, 1986. p. 323; Fragoso, Heleno. *Lições de direito penal*. Parte especial, 10. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988. p. 551.

50 Fragoso, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 10. ed., Forense, 1986. p. 377; Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* Parte Geral, 2. ed., Revista dos Tribunais, 2000, pp. 134 y 135.

blanqueo es una figura autónoma que tiene su propio bien jurídico, lo que permite diferenciar con exactitud este delito con relación a los delitos previos. De este modo, la conducta de blanqueo de capitales del sujeto que también haya participado del delito previo lesiona un nuevo bien jurídico, permitiendo la apreciación de una nueva infracción, independiente de la que se ha realizado previamente. Por lo tanto, se puede concluir que no tiene aplicación el principio de la consunción en los casos en que el sujeto activo del delito de blanqueo también haya participado en el delito previo, porque no se cumple la exigencia de que los delitos anteriores ya abarquen el desvalor de la conducta posterior[51] o que el autor no lesione ningún bien jurídico nuevo, es decir, que el bien jurídico dañado por el hecho previo y posterior coincidan[52].

La otra posibilidad es considerar las conductas posteriores al blanqueo de dinero como favorecimiento real (Art. 349, CP). Eso porque la hipótesis de favorecimento real ofrece respeto, justamente, a las personas que no hayan participado del delito previo, o sea, el auxilio debe ser prestado tras la práctica del delito. El sujeto del crimen previsto en el Art. 349, CP, no puede haber participado del crimen anterior, puesto que es impune la acción de "auto favorecerse"[53]. De acuerdo con eso, si el sujeto actúa en el delito previo, por ejemplo, el tráfico de drogas y después ayuda de cualquier forma a ocultar bienes provenientes de aquel delito, no puede ser condenado por la ocultación, puesto que sería el autor del delito previo[54]. Un primer análisis del tipo penal del crimen de blanqueo de dinero permitiría esta interpretación, pues el Art. 1º, de la Ley 9.613/98, señala los términos "ocultar o disimular". Así, aquél que trafica drogas y después oculta el provecho obtenido, en tesis, estaría cometiendo el delito de favorecimento real previsto en el Art. 349 del CP y, así, quedaría

51 Fragoso. Ob. cit., p. 376.
52 Carpio Delgado. Ob. cit., p. 236.
53 Fragoso Heleno. *Lições de direito penal*. Parte especial. 5. ed., Forense, 1986. p. 531; Delmanto, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Renovar, 1991. p. 537; Stoco, Rui, en Silva Franco, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. V. 1, tomo II, 6. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997. p. 3785.
54 Magalhães Noronha, Edgard.*Direito Penal*. V. 4, 20. ed., Saraiva, 1995. p. 390.

impune por esta ocultación y no sería penado por el delito de blanqueo que tiene tipificación similar.

Un sector de la doctrina española defiende esta posición aplicando el privilegio del "autoencubrimiento" previsto en el Art. 451 del Código Penal español[55] al tipo de blanqueo de dinero. Los argumentos utilizados para quien defiende esta postura son, en el sentido que aunque el artículo referente al blanqueo de capitales mantenga silencio a respeto del tema y constituya una tipificación autónoma de un delito de "encubrimiento", es posible señalar que el criterio en que se apoya la impunidad del delito posterior cometido por los responsables del hecho previo, cuando pretendan eludir la acción de la justicia, es el privilegio del "autoencubrimento" y el fundamento de tal hecho reside en el principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta a la realizada[56].

El argumento de la inexigibilidad de otra conducta reside en el fundamento de que no se puede exigir de una persona que cometió un delito, que se entregue a la policía o a la justicia. El sujeto, ante la posibilidad de evitar los defectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial, encubre su delito mediante la ocultación de bienes que de ello obtuvo. Así, no se puede exigir una conducta distinta de quien ha cometido un delito y pretende su ocultación mediante el encubrimiento de los bienes que de ahí derivaron, una vez que se encuentra en una situación en que resulta comprensible la actuación de esta manera. Al revés, se estaría exigiendo una declaración contra sí mismo y no se puede exigir del criminoso que se descubra, es decir, no se puede castigar un criminoso porque encubrió los bienes derivados del delito que ha cometido, pues eso equivaldría a exigir una declaración contra si mismo[57].

---

55 El Art. 451 del Código Penal español establece: "Será castigado con la pena de prisión de seis a tres años el sujeto que, con el consentimiento de la comisión de un delito y sin intervenir en el mismo como autor o cómplice, interviene posteriormente a su ejecución, de alguno de los siguientes modos: 1º) Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2º) Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un deleito, para impedir su descubrimiento."

56 Blanco Cordero. Ob. cit., pp. 479 y ss.

57 Con más detalles, Blanco Cordero. Ob. cit., pp. 471 y ss.

No concordamos con esa posición. El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el Art. 349, CP, es la Administración de la Justicia, pues el auxilio tiene el sentido de asegurar el provecho del crimen, dificultando o impeliendo la acción de la justicia58 y la doctrina brasileña que se ha manifestado a respecto del delito de blanqueo de dinero, señala que el bien jurídico protegido es el sistema económico y financiero del país59. Así, cuando el sujeto del delito previo realiza conductas que constituyan un nuevo delito autónomo tipificado en una ley especial para castigar precisamente conductas dirigidas a evitar el descubrimiento por parte de las autoridades del delito previo cometido, no tiene aplicación el "autofavorecimiento" previsto en el Art. 349 del Código Penal brasileño.

Las modalidades de blanqueo de dinero previstas en la Ley 9.613/98 no tipifican conductas de favorecimento, aunque puedan parecer similares. Es que la comisión de conductas típicas de blanqueo no suponen el ataque al bien jurídico Administración de la Justicia, sino a la circulación o tráfico de bienes en el mercado económico y financiero del país, lo que significa que las conductas de blanqueo poseen una tipificación autónoma.

A nuestro juicio, la solución para los casos en que el sujeto participa del delito previo y también de blanqueo es la aplicación del concurso de delitos, o sea, se debe aplicar la regla del concurso material de delitos prevista en el Art. 69 del Código Penal brasileño.

7. Los problemas de reiteración de las conductas de blanqueo y aumento de pena

También hay problemas con la redacción del párrafo 4º. Del artículo primero de la Ley de Blanqueo, pues el legislador estableció:

"La pena será acrecida de uno a dos tercios en los casos previstos en los incisos I a VI del artículo primero, si el crimen sea cometido en su forma habitual o por intermedio de organización criminosa".

58 Fragoso. Ob. cit., p. 534.
59 Barros. Ob. cit., p. 5.

El aumento de la pena puede ser considerado por el hecho de la habitualidad del crimen de blanqueo que deriven de los crímenes antecedentes. Luego, es también imprescindible probar la habitualidad de las conductas delictivas referentes a los crímenes antecedentes.

Así, el legislador vuelve a utilizarse de expresión que no encuentra exacta definición en el Código Penal. La habitualidad es la frecuente repetición de un acto. Pero los crímenes de blanqueo no pueden ser confundidos con los crímenes habituales. La habitualidad no es un elementar del tipo de blanqueo, como lo es, por ejemplo, en algunos tipos penales en que la descripción de la conducta típica ya contiene dicha palabra[60]. Por lo tanto, nos enfrentamos con una dificultad más en el sentido de saber cuándo se aplica el aumento de pena, es decir, cómo se mensura el hábito. Es que se puede indagar si dos repeticiones de blanqueo son suficientes o si son necesarias más repeticiones, lo que significa una cierta frecuencia de las conductas.

Un sector de la doctrina señala que no hace falta esta causa de aumento de pena, pues la cuestión se puede arreglar con los dispositivos de la Parte General del Código Penal. De acuerdo con ello, es suficiente el dispositivo del Código que trata del delito continuado y la misma aplicación ocurriría en los delitos de blanqueo, desde que atendidos los presupuestos previstos para el delito continuado[61].

El problema es que se trata de una ley especial que deroga la ley general, o sea, aunque la causa del aumento de pena no tenga una redacción precisa, no puede ser sustituida por el precepto de la Parte General del Código, hasta porque ni siempre estarán presentes los requisitos del delito continuado previsto en el artículo 71 del CP brasileño.

De otro lado, el precepto de la ley de blanqueo exige las mismas circunstancias temporales, espaciales o modos de operación para que se reconozca una unidad "ficticia" o real de delitos, característica del delito continuado. La ley sólo hace mención que el delito debe ser

60 Art. 284, CP – "Ejercer el curanderismo, indicando, ministrando o aplicando, con habitualidad, cualquier sustancia. Pena: detención de seis meses a dos años".

61 Barros. Ob. cit., p. 64.

cometido de forma habitual y éste es precisamente el problema, es decir, establecer lo que significa dicha habitualidad. La mejor solución sería la no utilización en los tipos penales de formas genéricas como ésta de la habitualidad, pues generan dificultades de interpretación y, también, de distinción respeto el delito continuado. Por lo tanto, si se quiere mantener dicha causa de aumento de pena la opción es establecer una cantidad determinada de crímenes de blanqueo que justifican el aumento[62].

La intención del legislador, sin duda, fue buena. Además, todos los países vienen adoptando leyes que buscan combatir el blanqueo de capitales. El problema, como siempre, es la prisa del legislador en editar leyes que, tras su promulgación, difícilmente serán aplicadas. La solución pasa a manos del Poder Judiciario, que, al enfrentar la pésima técnica legislativa, acaba no dando efectividad a la ley, vale decir, no consigue aplicarla. La ley acaba mezclando disposiciones penales y procesales, alterando reglas ya existentes, olvidando garantías, todo objetivando su aplicación, pero en realidad, provoca al contrario, su falta de aplicación por la pésima redacción.

HASSEMER ya señalaba que el Derecho Penal material y el Derecho Procesal Penal están unidos funcionalmente. Un derecho penal auténticamente respetuoso con los principios jurídicos sólo es posible si también el derecho penal material fuera auténticamente respetuoso. La criminalización en gran escala en el Derecho Penal también debe conducir a un derecho procesal regulado para esta grande escala. "Actuar con justicia" no es, por consiguiente, un problema del Derecho Penal, sino también del Derecho Penal Material[63].

---

62 En ese sentido, TIGRE MAIA, Rodolfo, Lavagem dinheiro, Malheiros, São Paulo, 1999, p. 104. Em contra, Terra de Oliveira, Willian, en Cervini, Raúl; Terra de Oliveira, Willian; Gómez, Luiz Flavio. *Lei de Lavagem de Capitais*. Revista dos Tribunais, 1998, p. 340, pues sostiene tiene aplicación el precepto en las situaciones que el sujeto reiteradamente y de forma habitual se dedique al delito.

63 Hassemer, Winfried. "Rasgos y crisis del derecho penal moderno". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XLVI, fasc. II. p. 246.

Política Criminal

Jus Puniendi, Minima Intervencion; y, Realidad Carcelaria en el Ecuador

Dr. Luis Manuel Flores Idrovo
Prof. D. Penal - Ucacue

La pena es un hecho Universal y ésta se ha presentado desde el inicio de la humanidad, ya como una característica de venganza, ya con la evolución de las sociedades por la posibilidad de mantener un orden en la vida comunitaria; el sistema punitivo además ha sido inhumano en algunos tiempos y moderado en otros, pero en cualquiera de estas modalidades siempre fue un elemento principal en todas las sociedades, pues nadie podrá decir que una de ellas pueda prescindir del sistema punitivo, pues estoy seguro que ello implicaría el descalabro de la sociedad misma.

Toda pena, cualquiera sea su fin, causará en el penado un sentimiento de aflicción, de sufrimiento; aunque ésta sea moderada conforme a la evolución penitenciaria y la aplicación de los Derechos Humanos, sin embargo causan sufrimiento por las privaciones que estas implican.

Para la escuela clásica del Derecho Penal, la pena es la compensación del mal causado. Antiguamente se creía que la pena a más de castigo implicaba un escarmiento.

La escuela positivista ubica en primer lugar al delincuente y lo que había que defender era la sociedad, por lo que, la pena viene a ser un tratamiento para el delincuente socialmente peligroso y por lo mismo deja de tener el carácter expiatorio. Para esta escuela todos los delincuentes son responsables por haber alterado el orden social y el jurídico.

Siempre a la pena, la han considerado algunos tratadistas, como la justa retribución del delito, proporcionada por su culpabilidad al reo. Esta retribución exige que al mal causado por el delito, venga la reinstauración del ordenamiento jurídico violado, asumiendo el principio filosófico que se basa en que el delito es la negación de la ley y que la pena a ese delito es la negación de la negación, y de esta forma conseguir la realización de la justicia, y consecuentemente el reestablecimiento del orden jurídico perturbado como consecuencia del delito perpetrado.

La conciencia colectiva siempre ha visto en la retribución, la satisfacción al peligro en el cual incursionó la sociedad por esta negación de la ley, y por ello que reclama el justo castigo para el culpable del bien jurídico lesionado. Esta retribución causa indirectamente según Eugenio Coello Calón, efectos preventivos, que hacen que los miembros de la sociedad se alejen del delito por temor al contenido de la sanción retributiva.

Según la corriente de la retribución,la idea primordial de ésta a más de encontrar la realización de la justicia, aspira un resultado práctico en la prevención de la delincuencia.

Este tema de la retribución debe ser tocado siempre desde el aspecto de la proporción, como nos enseña el maestro César Beccaria en su inmortal obra "De los delitos y de las penas" dentro del título de la proporción entre los delitos y las penas en forma ejemplificativa dice: ***"SI UNA PENA IGUAL CASTIGA DOS DELITOS QUE OFENDEN DESIGUALMENTE A LA SOCIEDAD, LOS HOMBRES NO ENCONTRARAN UN MAS FUERTE OBSTACULO PARA COMETER EL DELITO MAYOR, SI A EL ENCUENTRA UNIDA UNA MAYOR VENTAJA…. QUIEN VEA ESTABLECIDA, LA MISMA PENA DE MUERTE, POR EJEMPLO PARA QUIEN MATA A UN***

FAISAN, PARA QUIEN ASESINA A UN HOMBRE O PARA QUIEN FALSIFIQUE UN ESCRITO IMPORTANTE, NO DISTINGUIRA ENTRE ESOS DELITOS, DESTRUYENDOSE DE ESE MODO LOS SENTIMIENTOS MORALES, OBRA DE MUCHOS SIGLOS Y DE MUCHA SANGRE".

Frente al tema de la retribución, encontramos los postulados de la escuela positivista que proclamó como fin primordial de la pena "la defensa social" contra la delincuencia y como ya señalamos anteriormente en esta escuela el único fin de la pena, debe estar basado en la reforma del penado y su readaptación a la vida social.

Continuando con esta teoría positivista, encontramos la tesis elaborada por Carlos David Augusto Roeder, quien concebía a la pena **"*como el medio racional y necesario para reformar la voluntad injusta del delincuente"*** pero esta reforma según podemos entender al autor de la misma, no se debe sujetar a la simple rehabilitación moral de quien infringe la ley, sino también de la enmienda jurídica pues con ello se consigue la realización de la justicia.

Esta teoría de la finalidad reformadora, ha sido difundida en muchos países de Europa y en los Estados Unidos, lugares en los que se rechaza frontalmente los conceptos de retribución y castigo que a su vez son reemplazados por el tratamiento que se debe dar a los delincuentes y de esta forma conseguir la readaptación a la sociedad o en su defecto a su segregación, cuando se los consideran irreformables.

Por su parte, Carnelutti sobre un plano moral y religioso ha realizado una doctrina basada en la función represiva y correctiva de la pena, la misma que llega a la conclusión de que el delito queda reprimido cuando el reo ha alcanzado la enmienda y el arrepentimiento. Sobre lo cual se explica que el arrepentimiento es la condena de sí mismo y la penitencia una espontánea expiación.

Pero de ningún modo podremos pensar en que la pena puede tener como fin único la reforma del penado, pues hay penas que por sí solas no cuentan con ese sentido reformador, como la pena capital, las penas pecuniarias y las penas de privación de la libertad de corta

duración dentro de las cuales el tiempo es un limitante para iniciar un tratamiento que pueda reeducar o rehabilitar al penado.

CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS A TRAVES DE LA HISTORIA.-

A lo largo de la historia han existido variantes sociológicas respecto del aspecto punitivo, así por ejemplo según lo que nos relata HANS VON HENTING se castigaba antiguamente a la colectividad, a los difuntos, a las efigies, a los animales, a cosas sin vida, etc.

De este modo podemos comprender que con la historia y el pasar de los tiempos la psicología humana, también ha practicado transformaciones en este aspecto que nació con ella, el de sancionar.

En cuanto tiene que ver con este tipo de sanciones, en la antigua China por ejemplo eran decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición; según las leyes de Hamurabí, no se ejecutaba al que había dado muerte a la hija de otro, sino a su propia hija, por otra parte en Esparta su Rey Agis fue estrangulado en junta de su madre y abuela, a diferencia de la región Oriental, Esparta pensaba diferente y consecuentemente la extinción de la vida de la colectividad era en rango femenino, por lo que afirmamos que las diferentes culturas y sus principios hacían de sus normas de conducta, un análisis de que estirpe debía desaparecer para extinguir la parte deficiente de la colectividad. Si nos remontamos a la historia del antiguo Israel "Jehová castiga a los hijos junto al padre culpable, o en su lugar a todo el pueblo por los pecados de uno".

Las penas se clasificaban según el bien que privaban o sobre el que recaían; así por ejemplo queremos citar las siguientes:

PENA DE MUERTE.- Concepto y Definición.- La pena de muerte es la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consistente en quitar la vida a un condenado, mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye.

Por sus caracteres esenciales puede ser definida como: destructiva, en cuanto al eliminar de modo radical e inmediato la existencia

humana no permite enmienda, reeducación, ni resocialización alguna del condenado; irreparable en cuanto su aplicación en el supuesto de ser injusta impide toda posterior reparación, y rígida toda vez que no puede ser graduada, condicionada, ni dividida.

La historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad, pues desde su origen esta pena no se basa más que en la reacción de venganza de la persona ofendida por parte del ofensor. Pero esta afirmación que la hacemos respecto del origen de la pena de muerte, lo encontramos no sólo en el antiguo Testamento, sino también en el nuevo Testamento y en los escritos de San Jerónimo, San Agustín, Santo Tomás, quienes hacen las siguientes afirmaciones: "Quien con la espada matare, con la espada será muerto" "quien cautivare a otro, en cautividad parará" y la apreciación de que no violan este precepto "No Matarás" quienes por orden Divina quitare la vida a los facinerosos, malhechores obrando según el imperio de la justicia y cegando sus vidas.

Entre los Egipcios, se aplicaba esta pena más que como una sanción jurídica, como una imposición de carácter religioso. En el Imperio Antiguo, en tiempos de Amosés, se aplicaba probablemente para todos los delitos; y en los imperios medios y nuevos parece ser que se aplicaba sólo en los delitos que se cometía en contra de las divinidades y el orden político.

Los hebreos proponían esta pena para aquellos que actuaban basados en la idolatría, sodomía, homicidio, incesto, etc.

En Esparta en la legislación de Dracón y de Licurgo, la pena de muerte es impuesta para los reos que infringían el orden público y la seguridad de los individuos.

Dentro del Derecho Romano se observa el castigo del que era víctima quien traicionaba al Estado, dicho delito quizá fue el primero en ser objeto de esa sanción, posteriormente con la promulgación de la ley de las XII tablas, aparecieron otros tipos de delitos que fueron motivo de sanción en la antigua legislación Romana. En Roma, la forma en la que se aplicó la pena de muerte tuvo varios cambios, desde el

despeñamiento a la estrangulación, desde la decapitación hasta la crucifixión, la última fue retirada por el Emperador Constantino, por respeto a Jesucristo quien sufrió esta pena.

Tomás Moro describiendo los castigos de la sociedad ideal, señala que es preferible una pena severa a la aplicación de la pena de muerte, pues un ciudadano es más útil a la sociedad con su trabajo que un cadáver, estas ideas no tuvieron eco y más aún, se dio con mayor severidad la pena de muerte en los siglos XVI, XVII y mediados del siglo XVIII, con procedimientos inhumanos que hasta cierto punto se consideraban como un espectáculo para el pueblo, quien asistía a dichos rituales en los que prevalecía la crueldad de los verdugos, y como estadística la historia nos muestra que en Inglaterra por ejemplo sólo en el reinado de Enrique VIII, fueron ejecutados por robo y hurto no menos de 72.000 personas.

La lucha contra la pena de muerte aparece en el siglo XVIII, en el que se pretende iluminar la vida humana con la luz de la razón, en un principio no se pide su abolición total, se pide más bien restringir su aplicación a las torturas que se daban con ferocidad y que casi siempre terminaban en la muerte del reo. Montesquieu escribía, siendo uno de los precursores de la lucha contra esta sanción que " el Hombre, cuando ha violado la seguridad privando o intentando privar a otro de su vida, merece la pena de muerte".

Rousseau, fue adversario a esta pena, sin embargo manifestaba que debe ser aplicada si no existe otro medio capaz de impedir que se causen nuevas víctimas.

Voltaire, por su parte arremetió en forma totalitaria contra esta pena, pues establecía en un diccionario filosófico que un ahorcado no es útil a nadie, y que el trabajo del penado puede ser útil a la sociedad, no como tesis de defensa a favor de la humanidad o la justicia, sino más bien como utilidad para la sociedad…

Beccaria por su parte nos hace una pregunta respecto de la pena de muerte y dice: ¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyen los hombres, para matar cruelmente a sus semejantes? Pues seguro que

ninguno, el Maestro lanza un ataque terminante en contra de esta pena, con su fundamento que fue redundado por casi todos los que lucharon por la abolición de esta pena y que como decía "La cárcel perpetua es suficiente para apartar a los hombres del delito; que muchos delincuentes por vanidad o por fanatismo afrontan la muerte sin miedo, pero que ni la vanidad ni el fanatismo persisten dentro de los muros de prisión"; sin embargo su defensa no era absoluta, pues pensaba en los ciudadanos que aún encerrados, mantenían el peligro de volver a cometer el delito y de aquellos que su sola existencia producía alerta, pues podrían actuar en contra de la seguridad del gobierno.

Esta lucha contra la pena de muerte fue profunda y constante en el Siglo XVIII, en toda Europa que en algunos casos bajo la influencia de los penalistas de la época y sus escritos iniciaron las reformas de sus sistemas punitivos, así como también se dio bajo la ingerencia directa del Rey o Soberano que sin necesidad de la aplicación de las doctrinas en auge, decidieron abolir en parte o por completo esta forma de sancionar. Así por ejemplo en Francia con la Declaración de los Derechos Humanos en 1798, dio lugar a la reforma de la legislación punitiva en 1791 y que redujo en gran medida la pena de muerte de 115 a 32. Federico el Grande en Alemania en los años de 1740 toma acción en la reforma punitiva de la época, eliminando en algunos casos la pena de muerte. En Suecia el Rey Gustavo III elimina la pena de muerte para casi todos los delitos en 1772. En Rusia la Emperatriz Catalina bajo la influencia de los escritos de Beccaria y Montesquieu, interpuso en su reforma a la legislación penal, la pena de muerte sólo para los casos en los que se encuentre comprometida la vida de la víctima. Este movimiento que fue llevado con gran furor en Europa se extendió a América, que ya había iniciado en Pensilvania en los años de 1682 con su titular William Penn, que en contra de la legislación anterior, limitó la pena de muerte para el homicidio con premeditación.

Pero no fue sino en el Siglo XIX, en donde se consigue la abolición total en la aplicación de esta pena; ya no se pide la reducción de los delitos capitales y la eliminación de las torturas, sino que se pide su extinción total y para ello fueron imprescindibles los estudios realizados por Carlos Lucas abogado de París, quien fue premiado en Ginebra

por su obra que propugnaba la abolición de la pena de muerte y su sustitución por un régimen penitenciario.

En el Ecuador, la pena de muerte se mantiene hasta 1897 en la legislación común y hasta 1906 en el Código Penal Militar, desde entonces hasta la actualidad se ha mantenido la negación a su aplicación consagrada en todas las constituciones hasta la última en su ART. 66 Nº 1, según el cual se proclama la inviolabilidad de la vida.

Sin embargo, en muchas ocasiones más de una sociedad en el mundo ha reclamado la restitución o la revisión de esta pena en sus legislaciones, basados en la alarma social que han producido algunos actos en contra de la humanidad como el terrorismo por ejemplo, pero ésto ha causado en el Ecuador como en el resto de países, la misma controversia sobre el desarrollo de la humanidad y del respeto a las garantías fundamentales; sin embargo no podemos hablar de una abolición general, pues se da el caso de legislaciones en las que esta pena no ha desaparecido como en Estados Unidos de Norteamérica, las legislaciones Orientales, etc. que sin lugar a duda no permiten que los discursos abolicionistas tengan el eco esperado, pero que de otro lado permite el análisis en el que se puede apreciar que su aplicación, no ha causado ni ha conseguido la prevención por el temor a la sanción y consecuentemente no produce el efecto que sirve de fundamento para quienes plantean su restablecimiento.

Estoy seguro que la lucha del Siglo XVIII por sus precursores en contra de la arbitrariedad, la infamia y la crueldad al aplicar esta sanción, constituyeron pilar fundamental en la evolución de la humanidad y de sus fines fundamentales de desarrollo social y estructura resocializadora que en la actualidad por lo menos en literatura existe en nuestras legislaciones.

PENAS CORPORALES.- Se llama pena corporal, las que afligen el cuerpo, las que siempre llevan consigo el sufrimiento, dolor, o molestia física al condenado; LARDIZABAL en su discurso sobre las penas las definía "Por penas corporales… entiendo aquellas que afligen al cuerpo, ya causando dolor, ya privando de ciertas comodidades, ya causando algunas incomodidades".

Su gran importancia en los siglos pasados conjuntamente con la pena de muerte, llegaron a constituir la base de la penalidad de todos los países, revistiendo un sinnúmero de formas aplicables como la mutilación de órganos como la lengua, el aparato genital masculino, los azotes, la flagelación y otras clases de torturas físicas; que en la actualidad casi han desaparecido y se concibe como parte de la historia de la penalidad.

HISTORICAMENTE.- Estas penas se extienden en la edad media en donde aumenta su barbarie. Es en el siglo XIII en Alemania donde se aplica esta pena, con modalidades atroces en las que se realizan las mutilaciones de manos, pies, dedos, se cortan las orejas, se arranca la lengua, se sacan los ojos, se aplica la castración, los azotes, etc. y posteriormente en los siglos inmediatos, en Europa se continúa aplicando estas mismas penas apuntadas, y es Francia, la que en esa época buscaba formas análogas de aplicación, lo cual sin lugar a dudas se convirtió en un espacio de inhumanidad para quienes las tuvieron que padecer, pero también para la historia del hombre y su proceso evolutivo.

En busca del desarrollo de la humanidad, es en siglos posteriores en donde este tipo de sanciones pierden fuerza o el uso que se daba en los precedentes, y ya en el siglo XVIII es en donde las penas como las mutilaciones caen en desuso.

En Alemania por ejemplo se mantiene la mutilación de la mano como pena accesoria de la de muerte y la pena de azotes. No obstante, existen en la misma época en Europa, países como Inglaterra en donde se mantenían penas como las que se anotaron anteriormente.

La única pena corporal que subsistió en la actualidad son los azotes, ya que las demás fueron extinguidas en el siglo XVIII, si tomamos las fechas en las que se suprimieron estas penas del contexto penal de Europa, podemos afirmar que en Dinamarca por ejemplo terminó su aplicación en 1911, en Inglaterra en 1938 aunque se mantiene como medida disciplinaria en las prisiones, Nueva Zelanda en 1941, etc.

Se sabe que en Inglaterra esta pena corporal tuvo gran importancia y aplicación como medio de educación correccional para los jóvenes delincuentes, pues en los primeros años del siglo pasado era considerada por la opinión pública como una pena de corrección, suprimiendo el sentido de brutalidad con el que fue analizado por varios siglos hasta su eliminación; sin embargo esta pena también se ha mantenido en Inglaterra para situaciones particulares dentro del control de las cárceles, como en el caso de motines, violencias ejercidas contra un oficial de custodia, etc., que aunque su aplicación es escasa en la realidad penitenciaria, sirve como medio disciplinario para mantener el orden en las prisiones.

La pena corporal, que es una pena rápida y dolorosa, buscó con su aplicación un efecto intimidativo, y sus defensores la muestran como el castigo más adecuado para los delincuentes brutales, carentes de dignidad personal; en Alemania FEDER ha defendido esta pena como excelente sustituto de las penas cortas de prisión.

Al referirnos a la permisión sobre la pena corporal, debemos manifestar que ésta no debe permitirse ni como pena propia, ni como medio de disciplina, pues de ningún modo los estados civilizados pueden aplicarla y si lo hacen entrarían en conflicto con el sentimiento de humanidad, contraviniendo el Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que proclama "Que nadie será sometido a la tortura, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes", pues no cabe la existencia de pena más degradante e inhumana, que el castigo corporal.

No nos cansaremos de decir que las penas degradantes a la dignidad de la persona, han permitido que los integrantes de la sociedad en las que fueron aplicadas en vez de causar intimidación, según los prácticos consideran que enfurecían a quienes las recibían, pues con ella se extinguían sus últimos restos de dignidad, ellos se basaban en datos reales que fueron tomados de prisiones en donde de un porcentaje de 300 delincuentes azotados, el 62 % cometían nuevos delitos, demostrando que en ningún caso se dio la intimidación, sino que más bien debía ser eliminada por su falta de utilidad.

Nuestra legislación republicana, nunca contempló este tipo de penas, mas en la época de la colonia fueron utilizadas con frecuencia; actualmente nuestra Constitución Política en plena concordancia con el Art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre, en su Art. 66 No. 3 literales a, b, c; y, d, proclama la integridad personal, en el que se prohiben las penas crueles, las torturas, los procedimientos inhumanos, degradantes o que impliquen violencia física, sicológica, sexual o coacción moral.

Las Penas Infamantes.- Conforme a la definición de Bernardo de Quirós, se reputan como tales las que producen infamia en quienes las sufren, como un efecto difuso y aún extralegal de la pena. Añade que en el antiguo Derecho se reputaron como tales la horca, la argolla, y la exposición a la vergüenza pública por medio de exhibiciones deshonrosas, marcas con hierro candente con determinada letra, que indicaba qué clase de delito había cometido, etc.

Del mismo modo que hemos tratado de abordar las penas anteriores, y bajo los mismos fundamentos de respeto a las garantías y derechos fundamentales del hombre, ha sido el producto de siglos de lucha, de los humanistas que realizaron su mayor esfuerzo en cada una de sus épocas para explicar la ninguna utilidad de este tipo de sanciones, que lo único que permitiría en el supuesto de su vigencia, sería la regresión a un avance paulatino, pero firme de los sistemas penales que a través de la historia han demostrado su evolución.

Una vez que hemos analizado la historia de los sistemas punitivos que marcaron la crueldad y barbarie en la humanidad, estudiemos lo que corresponde a las "modernas" medidas de represión contra el delito, aquellas que por su avance se han constituido en penas privativas de libertad, que en sus primeras aplicaciones fueron por ejemplo la deportación, el destierro o el confinamiento en determinado lugar; evolucionando y llegando a la aplicación de una verdadera privación de la libertad que hasta la fecha han sido utilizadas en todo el mundo moderado, que busca en su ejecución una política rehabilitadora que permita la reinserción a la sociedad de quien ha infringido sus leyes, provocando con su conducta una alarma a la colectividad y que por ello debe sujetarse a estas sanciones.

Cuando hablábamos de la historia de las penas, nos referíamos a la pena de muerte, a penas corporales, y en esta época claro está, no existía la privación de la libertad como ya hemos dicho, lo que existió fueron lugares en donde se mantenía detenido a quien esperaba su sentencia o quien no tenía fórmula de juicio, por situaciones políticas o religiosas.

Estas penas han sufrido gran evolución, pues en sus primeras aplicaciones estuvieron constituidas por celdas comunes en las que los prisioneros debían hacinarse en formas deplorables.

Las penas privativas de libertad, consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (edificios especiales destinados a este objeto), en el que permanece privado de su libertad y sometido a un determinado régimen de vida.

Según el criterio del Dr. Ernesto Albán Gómez, las penas privativas de libertad, cumplen por lo general dos finalidades. "Se busca la segregación y aislamiento del hombre peligroso, cumpliendo la función preventiva especial negativa; o se trata de crear oportunidad para la reforma de los delincuentes, a fin de que retornen a su entorno social como ciudadanos útiles, cumpliendo la función preventiva especial rehabilitadota".

Las penas privativas de libertad han evolucionado de la siguiente forma, o mejor dicho dentro de tres sistemas:

1. El sistema celular o filadélfico, (este nombre se da porque este sistema nació en la ciudad de Filadelfia), que consiste en el aislamiento total del sentenciado en una celda, entonces hablamos de una persona que ha recibido sentencia condenatoria ejecutoriada, y que debía mantenerse en ese lugar sin la oportunidad de recibir contactos externos.

2. El sistema mitigado, que ensaya un tratamiento mixto, que tiene la característica de aislamiento durante la noche y de trabajo comunitario o recreo durante el día; se pretende con este método eliminar los problemas provocados por el aislamiento permanente y por las celdas comunes.

3. El sistema progresivo que divide a la pena en períodos, pasando por el celular o filadélfico, luego el mitigado y por último la libertad controlada. Algunos tratadistas del Derecho Penal sostienen que este sistema se debe poner en práctica y con ello conseguir un cambio positivo en el desarrollo social del condenado, pero el cambio no debe darse sólo en lo referente a la infraestructura, sino en la mentalidad de las sociedades, pues esta técnica permitiría la reintegración paulatina del condenado a la vida ordinaria

Las penas privativas de libertad, se han convertido en el eje principal de los sistemas penales del mundo entero, inclusive en el Ecuador casi todas las conductas antijurídicas son sancionadas con penas privativas de libertad que se han convertido en penas principales, mientras que las demás formas de sancionar son accesorias.

Sin embargo, en los últimos años se ha podido observar la grave crisis por las que atraviesan las penas privativas de libertad y debemos estar conscientes que el fin primordial de prevención que se asigna en esta teoría, no se ha cumplido y que más bien el crecimiento de la población carcelaria que produce el hacinamiento y consecuentemente vuelve imposible el manejo de los centros penitenciarios, ha dado nuevos problemas que en nuestra sociedad no ha encontrado la solución que necesita, y a ello algunos autores inclusive han llegado a afirmar que la era de las penas privativas de libertad como sistema básico, están llegando a su fin.

La corriente moderna tiende a reemplazar los términos que se utilizan respecto de la pena, con el fin de hacerlos suaves y tolerables para que no afecten al mundo psicológico y social; así ya no se habla de pena sino de sanción; no se habla de penitenciarías y cárceles, sino de centros de rehabilitación o reeducación; hoy mismo se ha cambiado nuevamente su denominación por el de ---centros de privación de la libertad de personas adultas en conflicto con la ley--- pero todo ésto es un disfraz que el léxico jurídico utiliza, siendo en el fondo el mismo tratamiento que se da a la pena y al delincuente.

El sistema penitenciario ecuatoriano mantiene en su membrete la terminología moderna, pero ninguno de los centros existentes, por su infraestructura, por su organización, etc., puede considerarse que cumplen la finalidad de reeducación del delincuente para ubicarlo nuevamente en la sociedad. Por una deficiente organización, estos centros se convierten en verdaderas escuelas del delito.

La verdadera reinserción a la sociedad del delincuente, puede darse siempre que existan factores que posibiliten la reeducación, tales como, el medio ambiente en el que se desenvuelve, el personal especializado que oriente el proceso de reeducación (psicólogos, educadores, trabajadores sociales, médicos, etc.).

Las penas que establece el Código se pueden dividir en penas de prisión y de reclusión: las de prisión que para las contravenciones son de 1 a 7 días, y para los delitos de 8 días a 5 años, y las de reclusión que pueden ser mayor y menor y a su vez éstas pueden ser ordinaria y extraordinaria, además existe la reclusión especial, todas estas consideradas como de mayor gravedad.

Hay que recalcar que la prisión hasta fines del Siglo XVII era considerada como un lugar de custodia de los detenidos, para asegurar a los delincuentes hasta el momento del juicio. El tránsito de la cárcel o prisión de custodia, a la cárcel o prisión de cumplimiento de condena, se relaciona con los cambios sociales y económicos que experimenta la sociedad.

Al utilizar la ley la palabra "condenados", en lugar de sentenciados o internos, se refleja el fondo expiatorio de las penas, cuestión que viene siendo arrastrada por todas las legislaciones; más cuando la ley se refiere a la prisión correccional, se da a entender, que el término ha sufrido una evolución, dejando de lado el espíritu expiatorio de la condena y adoptando la situación reformatoria que implica su cumplimiento.

En nuestro país conocidas las cárceles como centros de rehabilitación social, mantienen únicamente los membretes de tales centros, debido a que ni corrigen, ni rehabilitan al condenado para reinsertarlo en la

sociedad a la que corresponde, para volverlo útil y más todavía para buscar el fin de esta pena que es el efecto preventivo; todo ésto se puede verificar con la infraestructura de las cárceles que no les posibilita a los condenados a rehacer su vida normal; por ello es que viene como anillo al dedo el criterio establecido en el Congreso de Antropología Criminal de Ginebra que respecto del tema dice: "El análisis empírico o científico enseña que en toda población carcelaria sólo hay en realidad dos grandes grupos de presos: los que jamás debieron entrar en la prisión y los que jamás deben salir de ella".

El Principio De Minima Intervencion Penal O Ultima Ratio.-

Hablar del Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal, el mínimo de conductas transgresoras. Hay quienes afirman que el derecho penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional, construido sobre bases positivistas.

El derecho penal no es el único medio de control social. Entonces ¿por qué hacer un uso extensivo de éste?. Este derecho no interviene en las primeras fases del delito, sino una vez que éste se ha manifestado.

Dada la gravedad del control penal, no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones. El Estado dejaría de ser un estado Constitucional de Derechos y Justicia y se convertiría en un Estado Policía.

El Derecho Penal mínimo surge en Europa del Sur, se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las "clases subalternas" son las más criminalizadas y las más victimizadas.

Según el principio de intervención mínima, el derecho penal debe ser la *última ratio* de la política social del Estado, para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir.

La intervención penal mínima está conformada por postulados o principios conocidos como: Subsidiario y Fragmentario.

Según el principio de subsidiariedad, el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior.

El carácter fragmentario del derecho penal, que protege los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el derecho penal como último recurso frente a la desorganización social.

En consecuencia, el Derecho penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria).

a. Cuando se afirma que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que éste sólo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atentan a las reglas mínimas de la convivencia social.

b. Cuando se afirma que el derecho penal es la *última ratio*, se quiere indicar que la intervención penal solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito.

El legislador debería tener presente:

a. Que el carácter fragmentario del derecho penal exige la puesta en práctica de un amplio proceso de despenalización de comportamientos, considerados en la actualidad como delitos.

b. Que dicho carácter fragmentario, no puede ser utilizado como excusa para no acometer la penalización de "otros" hechos socialmente dañosos que en la actualidad escapan a la esfera penal; y que, por su carácter lesivo para los bienes jurídicos colectivos han de ser prevenidos por un derecho penal que se asuma en un Estado que se proclama "Social" y democrático de derecho.

Se considera eficiente la política criminal, que implica la transformación de la sociedad, una política criminal alternativa que vendrá a ser una política de radicales transformaciones sociales e institucionales para el desarrollo y garantía de la igualdad social.

La intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. Como diría Antonio Pablo García, "A menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena".

Luigi Ferrajoli comenta que: "Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador – las prohibiciones de los comportamientos que han considerado delictivos, las penales y los procesos contra sus transgresores-, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.

Y a lo que llaman los sociólogos la "cifra negra" de la criminalidad, formada por el número de culpables que, sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados, ha de añadirse una cifra no menos oscura, pero aún más inquietante e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados. Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras y cifra de la injusticia a la segunda, en la que se incluye: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencia absolutoria, tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva, b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular, verdadera cifra negra de la injusticia, de los errores judiciales no reparados".

"El principio de intervención mínima representa un límite coherente con la lógica del estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor costo social, de acuerdo con un postulado utilitarista".

Los sistemas penales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad, con la pena privativa de libertad. "Ningún sistema sancionador garantiza su función protectora sobre la base de eliminar todas las infracciones normativas".

De ello se desprende que la intervención estatal ha de ser mínima y sometida a límites eficaces: una intervención selectiva, subsidiaria, no la respuesta natural y primaria al delito. Buscando en la persona del infractor una real resocialización, y no una persona que masculla sus odios sobre un sistema que al sancionarlo, lo estigmatiza.

"Las críticas a la resocialización del delincuente no solo se dirigen contra la resocialización como tal, sino también contra el medio o sistema empleado para conseguirla: La privación de la libertad no solo es un obstáculo para un tratamiento resocializador, sino que tiene además, efectos negativos contrarios a la resocialización".

Las bases para una reducción del ámbito penal podríamos tenerlas en cuanto al objeto de protección (bienes jurídicos tutelados) y en cuanto a los sujetos del ilícito penal.

Descriminalizar por tanto, no puede ser sino excluir una conducta del ámbito de la pena criminal, sin perjuicio de integrarla en otras esferas del derecho punitivo; mientras que despenalizar es erradicarla totalmente de éste.

NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL ACORDE CON LA CONCEPCIÓN DE ULTIMA RATIO.

La política criminal y la organización del sistema penal de un país han de llevarse a cabo en correlación con el desarrollo de ese país, teniendo en cuenta al respeto que este vínculo descansa esencialmente en la preservación de los humanos.

La pena es el instrumento socialmente más caro y gravoso, el más destructor e invasivo, su elevado costo no justifica el efecto en el culpable, ni demuestra su capacidad como resolutiva de conflictos sociales.

ZAFARONI, en el mismo sentido adopta una postura que se ha dado en llamar "dogmática antisistema", y con lenguaje similar, sostiene la ilegitimidad de la legalidad procesal para imponer penas, porque se ejerce en un marco de arbitrariedad que redunda en la parte poblacional más desprotegida y, de tal modo se fundaría en la desigualdad social. Como solución propone la disminución de esa proyección ascendente, a través de un menor protagonismo penal. Así, la ilegitimidad del poder ante la culpabilidad pone de relieve que la responsabilidad no es del imputado, sino de la "agencia judicial", que debe rendir cuentas personal y socialmente, desde que la vulnerabilidad del sujeto "opera como límite máximo de la violencia tolerada.

La función del Derecho Penal y de la pena, es la protección de los bienes jurídicos más importantes, de los ataques más intolerables; es la prevención del delito y no la realización de una justicia ideal.

Las Naciones Unidas en su resolución 36-21 de 1981 sobre justicia penal, le pide a los gobiernos que se realicen esfuerzos necesarios para establecer sobre esa base, una justicia penal teniendo en cuenta factores políticos, económicos, culturales, sociales y otros, a fin de establecer una justicia penal sobre principios de una justicia social.

Años más tarde, en el VII Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en agosto de 1985, en su resolución 16 señala que "las penas de prisión solo deben imponerse como último recurso, tomando en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito, así como las circunstancias jurídicamente pertinentes y otras circunstancias personales del delincuente. En principio los pequeños delincuentes no deben ser condenados a prisión".

Beccaria señalaba que con frecuencia, más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena.

"El Derecho Penal y por ende la pena, deben constituir la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debiendo implicar, como consecuencia lógica, que el Derecho Penal esté subordinado a la insuficiencia de los

otros medios lesivos y restrictivos para el individuo de que dispone el Estado, luego entonces, la subsidiaridad, es una exigencia político – criminal que debe ser afrontada por el legislador."

En los últimos tiempos han cobrado fuerza las ideas que propugnan una reforma del Derecho Penal. Al respecto un ilustre profesor ofrece su visión de la reforma penal, en cuanto a cuáles han de ser sus principales postulados en relación con un derecho penal de última ratio.

1.- La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye.

2.- El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al Tribunal una aplicación individualizada de la sanción.

3.- El nivel de la comunicación penal debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al Derecho Penal.

4.- La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves y para aquellos a los que su medio de vida social, laboral y familiar no será favorable para su reeducación.

5.- La sanción penal debe reservarse para aquellos comportamientos considerados intolerables para la sociedad.

La pena nunca logra por completo la reinserción del delincuente, al contrario, podemos decir que las prisiones en vez de formar deforman, o como dicen algunos, la prisión se convierte para el delincuente en una universidad del delito.

"En contra de la eficacia de la pena, podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia, pese al cumplimiento de una pena anterior".

Negar la utilidad de la pena sería como mandar al Derecho Penal a mejor vida, la pena no solo constituye un factor de disuasión en la persona del infractor, sino más bien con un fin reeducador y prevencionista.

Lo ideal es establecer vías alternativas al sujeto para la resolución de los conflictos sociales actuales; es un problema humano como diría Juan Bustos Ramírez.

Es por ello que se puede, en consonancia con una política criminal consecuente con el principio de mínima intervención, llevar determinados hechos delictivos a:

a) Conversión;
b) principio de oportunidad (interés público - pena natural).
c) Atribuirle al Tribunal la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena, tras haber declarado la existencia de la culpabilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad. Entre sus modalidades podemos señalar:
    - Amonestación
    - Sometimiento a prueba. El condenado a libertad vigilada
    - Suspensión provisional
    - La multa
    - Cumplimiento en los fines de semana
    - Inhabilitación de ejercer una profesión.
    - Privación de derechos y facultades.
    - Trabajo correccional con restricción de libertad
    - Trabajo correccional sin restricción de libertad
    - Trabajo no remunerado y útil para la comunidad durante el tiempo libre

Un instrumento importante la descarcelación; consiste en que dentro del Derecho Penal, un número determinado de ofensas dejen de ser castigadas mediante la prisión y sean a través de alternativas a la misma. Analizando el derecho comparado encontramos alternativas como:

a) Derivación = Reparación

b) Dispensa condicional = el juez no dicta condena, subordinándola a que la persona no delinca durante determinado tiempo.

c) Amonestación = Una reprobación oral realizada por el juez.

d) Caución de condena = obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de que se comportará de determinada manera.

e) Reparación = obligación del autor del delito de compensar a la víctima.

f) Multar = pagar una determinada cantidad de dinero

g) Probation = persona supervisada durante determinado tiempo.

h) Probatio intensiva = Sufre de un control mayor.

i) Trabajo al servicio de la comunidad = sin retribución un número establecido de horas fuera del horario de trabajo

j) Inhabilitación = privación del ejercicio de algún derecho; ejm. ejercer cierta profesión

k) Suspensión de la ejecución de la condena

l) Toque de queda = permanecer ciertas horas del día en determinado lugar

m) arresto domiciliario = permanecer en el domicilio

CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO Y SU ANÁLISIS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN.

El Derecho Penal debe y tiene que ser la última de las respuestas, no debemos olvidar que afecta bienes como la libertad, el patrimonio e incluso la vida. Ya no estamos en los tiempos en que como decía Binding, el Estado podía decidir a su arbitrio lo que quería punir y lo que quería hacer.

Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas, sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

El bien jurídico para algunos ha de verse en dos aspectos:

a. En el sentido político criminal: (de lege ferenda) Aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal.

b. En el sentido dogmático: (De Lege Data) De objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.

El profesor Luiggi Ferrajoli parte de un análisis sobre lo que merece tutela penal, en sus distintas etapas partiendo de los iluministas (Feuerbech y Hombolt D. Ventam y Condorset, a Filangieri, Romagnosi, Pagano y Carmigniani) para quienes debía ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona.

"…El bien jurídico es el criterio central para determinar el merecimiento de pena que, para salvaguardar, de algún modo los derechos de las distintas partes intervinientes en un conflicto penal".

Problemas de politica criminal en relacion a ecuador

Como diría ROXIN, la criminalidad es un problema de todas las sociedades y ese es el motivo por el cual la ciencia penal es analizada en todo el mundo; sin embargo y aún con los muchos esfuerzos, no se ha conseguido llegar a eliminar la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación.

El maestro señala que "las tendencias de la política criminal cambian como la moda."

Como dato relevante diremos que en Alemania, sólo el cinco por ciento de todas las penas se cumplen como pena privativa de la libertad.

El maestro advierte que las penas rigurosas ----sobre todo las penas privativas de libertad----- son imprescindibles para los delitos graves; pero que éstas no deberían ser consideradas para los delitos pequeños o medianos.

En todas las sociedades siempre existirá una medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres que terminarán delinquiendo. Esto no se podrá evitar jamás.

Un número considerable de delitos es el resultado de situaciones en las cuales, hombres con una vida normal no están preparados ni mental, ni emocionalmente para soportarlas y el sujeto encuentra en el delito la única salida. Ejm. El homicidio por celos; crímenes violentos producto de insoportables relaciones de pareja o entre padre e hijos; de ahí que cuando hombres aparentemente respetables tienen alguna crisis existencial, pierden la cabeza e intentan salvarse a través de la comisión del delito. En extremas situaciones de fuertes afectos o gran miedo, las normas (leyes) pierden su fuerza de motivación.

Otra fuente de delincuentes proviene de hogares disfuncionales, por ejm. Hijos que observan relaciones violentas entre los padres y de padres a hijos, existe ausencia de amor, existe ausencia de seguridad emocional y sin una educación adecuada; de esos niños, quienes bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres buenos, resultan criminales; nos dice el profesor ROXIN, no siempre sucede, pero sí a menudo.

Pero lo más lamentable es que estos seres humanos son estigmatizados y el derecho penal llega muy tarde, logrando apenas encarcelarlo.

Las clases pobres y miserables de nuestro país, que viven en condiciones marginales, se convierten en una población criminal en potencia, respecto de la comisión de delitos patrimoniales, lo que pone en riesgo la seguridad ciudadana. Según un proverbio alemán "**la necesidad no conoce mandamiento**", pues si no tiene nada que perder, no tendrá valor la disuasión de la amenaza de una pena.

Mientras en delitos pequeños como los patrimoniales, se puede combatir mediante la aplicación de la sanción individual, en la criminalidad organizada es muy complicado encontrar este mismo resultado, pues la organización persiste por su estructura establecida.

Pero como señala el profesor **ROXIN y para que no haya malentendidos**: "por supuesto que todos los delitos, por diferentes que puedan ser sus causas de origen, deben ser penalmente perseguidos, sancionados o cuando menos desaprobados por el Estado; ello es una exigencia de la paz jurídica. Si ello no ocurriera, también recurrirían a semejantes métodos los ciudadanos leales a la ley con el fin de no quedar como únicas víctimas dañadas. Por consiguiente, el derecho penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable."; sin embargo no se debe creer que por el endurecimiento de las penas, se reduciría la criminalidad.

Por parte de la sociedad se debe exigir la tranquilidad dentro de la sociedad, y que para ello se deben analizar los problemas que se producen muy a menudo en las cárceles.

No se debe malentender. No abogamos por la abolición de la pena privativa de libertad, ésta es indispensable para los delitos graves y siempre para los autores que reinciden una y otra vez en el delito. Lo que buscamos es defender la posición de reducción, pues la privación de la libertad a mí entender, debe ser el último medio para la realización de la justicia, basado en los principios de mínima intervención penal, que dan cuenta a la efectividad de las demás posibilidades que en el ordenamiento jurídico del Ecuador, se constituyen un medio alternativo a la privación de la libertad.

Me refiero en este momento a lo previsto por nuestro ordenamiento jurídico, pues hace 6 años exactamente en un congreso binacional Ecuador – Perú, pude presentar como académico mi propuesta respecto de las penas alternativas a la privación de la libertad, las que con satisfacción y sin obtener un crédito no deseado claro está, fueron recogidas por la legislatura y promulgadas mediante Registro Oficial No. 555 del 24 de marzo de 2009, es decir tres años más tarde

de las expresiones que refiriera este servidor el 11 de noviembre de 2006, en el salón de la ciudad de Cuenca.

Pero estas soluciones alternativas a la prisión preventiva, fueron acogidas y viabilizadas por la Constitución de Montecristi, una de las más modernas del mundo creo, en donde se establece a través del mandato 195 que la Fiscalía General del Estado, dirigirá la investigación pre-procesal y procesal penal, y de hallar mérito acusara a los presuntos infractores, que el fiscal en tanto lo permita la ley, deberá aplicar los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

Aquellas soluciones alternativas a los conflictos que se presentan en la ley adjetiva penal, son las que se refieren a la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, procedimientos abreviados, conversiones, arrestos domiciliarios, entre otras.

Éstas por mandato legal deben ser sancionadas con penas que no superen los cinco años de prisión correccional; por su parte el autor del delito debe admitir el hecho fáctico que el acusador oficial propone en su investigación. Esta forma de administrar justicia, claramente tiene interés en principios de celeridad y economía procesal, pues el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, pero de aquella justicia oportuna, ágil y sin dilaciones, en donde se respete los derechos de las víctimas, se propenda al resarcimiento del mal causado, conforme lo establece la Ley suprema del Estado cuando en su art. 78 obliga a que se determine una reparación integral a la víctima; y de igual forma mediante estos procedimientos alternativos, lo que se conseguirá es que el procesado reciba una respuesta y en consecuencia obtenga el resultado a su situación jurídica.

Con desaprobaciones de conducta, como los acuerdos reparatorios, suspensión condicional o el arresto domiciliario, por delitos no graves, permitiría que un procesado por un lado no se desvincule con su entorno familiar y laboral y por otro permitirá al Estado mantener un presupuesto aplicable a quien realmente necesita ser rehabilitado y reinsertado en la sociedad, cuando su actuación delictiva ha provocado grandes daños a bienes jurídicos importantes

La prevención es más efectiva que la pena, pues ésta es dañosa para quien la tiene que soportar.

El Estado debe lograr establecer una ayuda social, la cual se ocupe de las "familias-problema" y procure proteger a los niños pequeños de su caída en la criminalidad; debe tener una legislación social que resguarde a los más pobres contra el hambre, para ello se puede convencer a los estratos acaudalados del pueblo de la necesidad de contribuciones para aliviar la miseria social, mientras se les aclara que ello significa ganar en la seguridad social.

Nadie necesita inquietarse por su seguridad en una situación normal de vida. Por consiguiente, el dinero que se invierte en la construcción de nuevas prisiones, mejor se debería gastar en promover la eficiencia de la policía, técnicamente bien preparada y apoyada en confiables medios computacionales de investigación. Esta concepción ---- surgió en Norteamérica ---, en donde se afirma que la policía hace falta en la calle y no en las oficinas públicas, también es necesario la vigilancia por video de zonas peligrosas, que es lo adecuado para la prevención del delito. De igual forma, la función de la policía no debe limitarse al control, sino a prestar al mismo tiempo servicios sociales; por ejemplo escoltar en el tráfico a personas mayores y achacosas, ocuparse de accidentados y de los indigentes en las calles, aclarar a los forasteros, por ejemplo los turistas, el camino o las tarifas de los medios de transporte.

Crisis Carcelaria en el Ecuador.-

Sabemos que la cárcel tiene dos funciones: la disuasión a no cometer delitos y la rehabilitación de los presos a su vida social, sin embargo nuestra realidad carcelaria está tan convulsionada como lo están las cárceles de los grandes países del mundo, que no encuentran los resultados que buscan con la privación de la libertad, y más bien dentro de estos centros carcelarios se perfeccionan los delincuentes o se reproduce la violencia, así se las conoce con el nombre de escuelas del delito, universidad del delito, etc.

No se puede hablar de reinserción, reeducación, ni de rehabilitación cuando vemos en los datos estadísticos que la reincidencia en el delito es cada vez mayor; para el años 2006 el Ecuador contaba en todo su territorio con 35 centros carcelarios en 17 provincias del país, distribuidas de la siguiente manera, 10 son de varones, 4 de mujeres, 20 mixtas y 1 de detención provisional; divididas de acuerdo a las regiones así: 14 en la costa, 19 en la sierra y 2 en el oriente. Hoy son 39 Centros de Privación de la Libertad, 7 CDP y 11 Centros de Adolescentes Infractores.

Los centros carcelarios que se detallan albergaban en 2006 a 12.000 internos/as, hoy a 21.000 ppl, lo que revela que la densidad poblacional del sistema carcelario, ha sido dejada a lado, superándose la norma internacional permitida de 20 metros por interno, lo que es notorio si se considera que la Penitenciaria del Litoral que fue diseñada para 1.200 internos cuenta en 2006 con más de 4.000 reclusos; hoy son 5.700, siendo el Centro con más ppl en el país. Según las estadísticas el crecimiento anual es de un 35%. En los últimos 5 años, se ha duplicado la población carcelaria.

Según los datos que se han podido extraer de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, en el 2002 el número de internos era de 8.723 y en 2003, 9.426, lo cual demuestra un crecimiento anual del 8% a esa fecha, lo cual difiere de la realidad actual en el sistema penitenciario del país.

Según datos estadísticos, a partir de los años 90 se inicia un incremento carcelario en el Ecuador por la política antidrogas que fuera promocionada por los Estados Unidos en América Latina a finales de los 80, lo que trajo como consecuencia que la principal causa de detención en nuestro país, sea por delitos relacionados con las drogas.

En las cárceles de Quito y Guayaquil, de las ecuatorianas detenidas, más de las dos terceras partes tienen que ver con drogas ilegales, en tanto que de las extranjeras el porcentaje sobrepasa el 80%. En cuanto a los varones, la principal causa de detención se da por estupefacientes, 68% en Quito.

Recordando a mi amigo Carlos Parma, debo decir, que mientras estemos de rodillas ante las imposiciones del imperio, siempre existirá desproporción en la imposición de una pena. Hoy a través de un plus, proponen las Cortes de Drogas, que dicho sea de paso, viene siendo promovida entre varios actores, por el Consejo de la Judicatura, ABA y la Universidad Católica de Cuenca.

Pues si la mayor parte de la población carcelaria se encuentra privada de su libertad por estupefacientes, y si de esa población el 98% corresponden a los micro-traficantes, es decir a quienes se dedican al expendio de hormiga, para con el rédito de la venta poderse abastecer de sustancias para su consumo.

Esta corte de drogas, que propone el tratamiento al infractor en un centro de adicciones y no su estadía en una cárcel, permitirá en un porcentaje elevado rehabilitarlo para que sea útil a la sociedad. Concluyo elevando mi protesta, pues la actual política criminal del Ecuador, aún con innovaciones legislativas, sigue permitiendo que la población carcelaria esté mezclada entre quienes han sido declarados culpables y quienes no han recibido sentencia condenatoria.

La Prohibición De Regreso

Paul Esteban Campoverde Tello
Universidad Católica de Cuenca

¨***No todo es cuestión de todos***¨[1]. ¨ La persona que fabricó el arma, la persona o armero que ha vendido el arma, la persona que la compró y la dejó en su casa, y la persona que la quitó de allí y finalmente mató a otro, son muchas las personas que intervienen en un ilícito, sin embargo no todas las que intervienen en ese hecho son responsables por el producido, entonces ¿hasta dónde se puede retroceder?, o ¿hay una prohibición de regreso?¨ [2].

Esta teoría ¨es planteada por Frank e implica que si cursos causales de acciones no dolosas son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido el regreso más atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas¨[3].

¨Esta teoría se construyó originalmente sobre la base de la teoría causal de la acción, cuyo fundamento es que las causas lejanas ("causa remota") son "anuladas" posteriormente por quien dolosamente causa el resultado ("causa próxima") y soluciona de esta forma el problema de concurrencia de causas provenientes de diversos sujetos cuando se produce un único resultado. Dicho de otra forma, la participación no

1 *Parma Carlos- La Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs pago. 3*
2 *basando en las conferencias del Dr. Carlos Parma*
3 *Luzón Peña, p. 72.*

dolosa en la realización dolosa y responsable del tipo penal es siempre impune, de modo que la segunda actuación dolosa le quita a la primera actuación no dolosa su relevancia penal¨[4].

Como sabemos hay dos tipos de delitos unos de acción y otros de omisión. Los delitos de acción se definen como exteriorización de la voluntad de un individuo de cometer un hecho de forma dolosa y que se sabe es contrario al ordenamiento jurídico penal, es decir un hecho de movimiento que cambie el mundo exterior y que es jurídica y penalmente reprochable. En cambio los delitos de omisión se los puede definir como la no acción, cuando se debía realizar actos que previnieran el daño a un tercero o que contribuyeren a la reparación de ese daño y que el ordenamiento jurídico penal determina su realización, así cumpliendo con el principio de legalidad *¨nullum crimen nulla poena sine lege*¨.

Partamos también del hecho que existen dos tesis una objetiva que es la que trata a la acción objetivamente considerada, si esta corresponde con exactitud con aquello que se encuentra regulado a la norma; y, otra subjetiva que trata si el autor ha tenido conocimiento y voluntad de la realización de aquello que ha realizado y que se encontrataba descrito en la norma.

WOLFGANG NAUCKE

Wolfagang Naucke en su obra *¨La Prohibición de Regreso en el Derecho Penal*¨ se pregunta ¿A qué se refiere la Prohibición de Regreso? y contesta esta pregunta con base al relato del siguiente caso ¨Un sujeto había envenenado dolosamente a su esposa. El veneno lo había recibido de su amante. En el proceso no pudo probarse en contra de esta amante que hubiese determinado dolosamente al marido a llevar a cabo el homicidio ni que hubiese prestado ayuda dolosamente en la realización del mismo¨5. ¨Es claro el marido debe ser condenado como autor de homicidio doloso, pero qué pasa con el tratamiento Jurídico-Penal que debe recibir la amante. El tema es; si la amante debe ser considerada

[4] *Castillo, 2008, págs. 490-49).*
[5] *apoyándome en el análisis de Wolfgang Naucke*

como autora de homicidio y se le ha de reprochar la imprudencia¨[6] de hecho menciona el Profesor Naucke que el Tribunal Supremo del Reinch condenó a la amante por homicidio imprudente¨ y si bien esta solución está de acuerdo a la teoría de la Equivalencia de las Condiciones, que dice que es causa de un resultado toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; en la Prohibición de Regreso en lo fundamental ¨lo decisivo es el homicidio doloso cometido por el marido; no se puede recurrir al actuar imprudente de la amante, aunque fuere ésta quien hubiese hecho posible el hecho del esposo¨[7]. ¨Se parte del presupuesto que si un autor imputable actuando dolosamente, produce un resultado Jurídico-Penal Prohibido aprovechándose o utilizando el comportamiento imprudente de otro, este comportamiento imprudente no es punible a título de participación[8]¨. Entonces no se puede decir que la acción de la amante fuere una acción para causar daño y dar muerte a alguien y es más la amante no podía imaginar las intenciones del esposo, en todo caso yo diría que si la amante desconocía del hecho doloso que tenía pensado cometer el esposo con el veneno que ella le entregó, no se le puede considerar un título de participación ni aún imprudente, ya que la falta de conocimiento nos daría a entender que ella fue engañada por el esposo para que no conociera el acto doloso que él cometería y ¨Eso no fue cuestión de ella¨, así nos encontramos con la impunidad de la amante. Pero si la amante conocía el hecho doloso que el esposo iba a cometer con el veneno que ella le entregó y aún así lo hizo si debe ser imputable pues ¨*Eso también es cuestión de ella*¨. Claro a lo mejor nos deberíamos preguntar también para sacar esta conclusión sobre la licitud del veneno, la facilidad de conseguirlo o comprarlo, en todo caso si la amante fuese Química, sí le sería más fácil conseguir el producto de ser un producto con restricciones de venta, y lo hare más adelante al retomar este ejemplo.¨ [9]

---

6 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 36*

7 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 55*

8 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 55*

9 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 38*

No han faltado los intentos para defender a La Prohibición de Regreso, empero ¨la Teoría de la Imputación Objetiva es la única que últimamente ha tomado posición de modo decidido a favor de la prohibición de regreso¨[10] y para decir de Naucke es la ¨única doctrina que aún puede tener la expectativa de ser sometida a discusión en el ámbito de la prohibición de regreso¨[11].

Para comprender el tema haremos igual que Naucke llamaremos en nuestro ejemplo a la amante primer actuante y al esposo segundo actuante:

- ¨La teoría de la imputación objetiva ofrece una fundamentación clara de la razón por la que la impunidad del primer actuante puede tener sentido desde la perspectiva de la política-criminal¨[12] -que como Naucke lo dice: ¨es aquella que tiene argumentos que derivan del sentido jurídico de un concepto de justicia o de la discusión sobre los fines de la pena¨[13]- así, dice Naucke que la ¨impunidad del primer actuante tiene un sólido fundamento interno; ya que la pena de los comportamientos meramente imprudentes llega a los confines externos de la responsabilidad por culpabilidad. En este sentido se afirma no existe la necesidad alguna de castigar a quien participa de modo imprudente en el resultado, cuando la producción del resultado es retribuida en el autor doloso, es decir; es segundo actuante[14]¨. Este argumento emana probablemente de un Concepto de Justicia, ¨pero asiendo otra referencia a lo político-criminal podemos hablar sobre la seguridad jurídica y encontramos que ésta se encuentra satisfecha si puede hacerse responsable al segundo actuante que ha ejecutado el hecho dolosamente, en todo caso a la primer actuante, la amante en nuestro ejemplo se le puede reprochar la entrega de

10 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 55-56*

11 *Basándome en los argumentos de Wolfgang Naucke*

12 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pag. 59*

13 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 38*

14 *Wolfgang Naucke Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 61*

sustancias prohibidas sin autorización, nada más; para Naucke hasta se podría afirmar que la seguridad jurídica sería puesta en peligro si se extendiera la punibilidad a todas las condiciones previas producidas por imprudencia y que son utilizadas por un tercero para dolosamente realizar un hecho jurídico y penalmente prohibido. Por último podemos hablar sobre el sentido de la pena y sabemos que la pena tiene un fin preventivo, es así que la punición del primer actuante por homicidio imprudente carece de objeto desde el punto de vista de la prevención general, ya que la acción del primer actuante está tan lejos de la producción de la muerte en sentido estricto, que es difícil pensar que será una acción prohibida como causación de la muerte. Así la punición del primer actuante también carece de objeto en la prevención especial, ya que estos primeros actuantes son ciudadanos normales y no es necesario educarlos, resocializarlos, y tampoco reintegrarlos a la sociedad¨[15].

- Desde la perspectiva dogmática -que como dice Naucke ¨es aquella que se apoya en conceptos de la Parte General del Derecho Penal y con cuya ayuda puede ser justificados los argumentos político-criminales y que sobre todo no se puede deslindar de lo jurídico-filosófico que es lo propio de la Parte General¨- partimos desde el concepto mismo de la imputación objetiva y esta teoría a decir de Naucke inicia dejando claro lo siguiente [16]¨en el Derecho Penal es decisivo saber qué acciones y que consecuencias de estas acciones pueden ser imputadas a una persona; es decir, ¿por qué acciones y que consecuencias se debe hacer responsable a una persona? [17]¨. ¨desde esta perspectiva se logra una decidida toma de postura dogmática a favor de las prohibiciones regreso. La producción del resultado por el actor que actúa con dolo es obra voluntaria de éste. Esta producción del resultado es independiente de la voluntad de quien actúa en primer lugar, es decir esta acción dolosa no es dominable por la voluntad del primer actuante considerado como ciudadano medio. En nuestro

15 *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 106*

16 *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 106*

17 *Carlos Parma, la Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs. Pág. 2*

ejemplo la primera actuante, la amante queda impune porque desde la perspectiva de lo que le es posible como ciudadana media, no podría dominar el actuar doloso del esposo que es el segundo actuante; es decir, el envenenamiento de la esposa de éste, ya en plano objetivo no le es imputable a la amante la producción del resultado realizado por el marido¨[18].

EN EL PENSAMIENTO DE GÜNTHER JAKOBS.

Jakobs antes de explicar la prohibición de regreso esboza la concepción más habitual, hoy en día en los delitos de resultado por comisión es decir la causalidad evitable, ésto es la causalidad que es objeto de dolo o imprudencia y dice que ésta ¨siempre constituye en un doble sentido fundamento de la responsabilidad, pues por un lado si no concurre esta causalidad evitable del comportamiento no se… [Produciría]… el resultado… y por otra parte ésta constituye siempre uno de los elementos de la imputación, esto es, uno de los elementos de la responsabilidad. … de acuerdo con esta concepción, es posible que el comportamiento causante del resultado esté permitido en virtud de circunstancias especiales, que se haya cometido sin culpabilidad…. Pero nuca insuficiente por sí mismo para generar responsabilidad,… por tanto no existe una causación evitable del resultado que no pueda ser elemento de imputación en el delito de resultado, sino que, por el contrario, de no concurrir… [Circunstancias] especiales y siempre que sea culpable, todo comportamiento que causa el resultado de modo evitable debe implicar responsabilidad, y ello aunque se vea mediado por otras personas, ¨[19] , pero al menos resulta un riesgo permitido.

¨Esta concepción está brevemente ligada a la teoría de la equivalencia de las condiciones según la cual la equivalencia de las condiciones también conlleva equivalencia en la imputación, si bien es cierto que este perjuicio a decir del profesor Jakobs, se puede explicar con la necesidad de proteger los bienes, sigue siendo un perjuicio pues no

[18] *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 111*

[19] *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 112*

está en análisis la protección de los bienes, sino en lo específico los aspectos jurídico-penales de la imputación.¨[20]

¨En el ámbito de los delitos de resultado de omisión impropia, resulta evidente que la causación evitable en su equivalente que es la capacidad de evitación, no comporta la imputación del resultado sino se constata la existencia de una relación entre el sujeto y el suceso que es capaz de evitar,¨ [21] ¨como lo podríamos explicar diciendo, que no se comete delito de omisión, cuando quien omite no está obligado o capacitado para hacerlo, así por ejemplo cuando una persona tiene un accidente, en el que posiblemente tiene fractura de cuello, no es posible ayudarlo si no se conoce de primeros auxilios, ya que la ayuda inadecuada puede provocar lesiones mayores, en este caso si quien sufrió la lesión fallece a consecuencias de esta lesión, no se podría imputar a quien no pudo prestar ayuda¨[22]. Cosa distinta si fuere un médico con los conocimientos necesarios, por ejemplo.

En lo que sigue se tendrá en cuenta para la comisión, la finalidad de la imputación jurídico-penal, una alternativa seria se ¨exprese con el hecho un sentido relevante para la comunicación, la otra alternativa es que no llegue a alcanzar el plano relevante para la Comunicación, aunque en su fuero interno piense que sí lo ha logrado (no hay responsabilidad penal). Este dilema será resuelto funcionalmente.

Más claro lo vemos así: el derecho penal moderno –sugiere Jakobs-, ha desarrollado una teoría de conducta típica inspirada en un principio social – funcional: la cuestión de la imputación objetiva reside entonces en una limitación de tareas, lo que significa también enmarcamiento de la responsabilidad a un ámbito determinado. Esto sólo es pensable si uno parte de racionalizar que el sujeto se define de un modo normativo, a través del rol social que representa y desempeña, con

---

20 *Pablo Pozo Cabrera, Memorias XXII Congreso Latinoamérica. XIV Congreso Iberoamericano, III Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Pág. 381*

21 *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 113*

22 *Günther Jakobs Nuevo Concepto del Derecho penal Tomo IV- traducción de Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti pág. 114-116*

contenido y sentido en su obrar. De esta manera podrá ser destinatario de expectativas sociales, ¨[23] por ejemplo si se sale de su rol.

Para clarificar lo dicho, el profesor Jakobs enuncia algunos ejemplos en donde al menos no resulta evidente que se deba producir el resultado, como ¨El deudor que satisface la deuda, aunque conoce que el acreedor quiere utilizar el dinero para preparar un delito,… el empleado de la gasolinera que llena el depósito de gasolina de un vehículo cuyas ruedas están gastadas, o el asesino que no sólo adquiere del farmacéutico un insecticida para utilizarlo como veneno, sino que compra al panadero un pieza de bobería en la que quiere administrar el veneno,… o el fabricante de elementos eléctricos que vende sus productos de buena calidad a una empresa que los usa para fabricar unos aparatos cosméticos nocivos para la salud y que sólo pueden ser distribuidos por medio de engaño, etc.¨[24]

El profesor ¨Jakobs sintetiza este marco previo así: "La responsabilidad jurídico penal, siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol". Este y no otro, sería a mi juicio el vórtice de su sistema.¨[25]

Ya entrando en la prohibición de regreso, el profesor Jakobs dice: que la misma ¨de acuerdo a su comprensión habitual, pretende recortar ya en el tipo objetivo de autoría, las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de las condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado,… Cuando en la antigua teoría de la prohibición de regreso se habla de una interrupción del nexo causal, se debe entender que las condiciones establecidas en la teoría de la equivalencia de las condiciones no se trasladan al tipo objetivo como presupuestos de la imputación… Es decir, conforme a la teoría de la prohibición de regreso ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia de las condiciones, respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero.¨ Así es que no todos quienes intervienen en un hecho, pueden ser considerados culpables

[23] *Carlos Parma, la Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs. Pág. 7*
[24] *Carlos Parma, la Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs. Pág. 13-14*
[25] *Carlos Parma, la Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs. Pág. 16*

del mismo sino solamente quien lo produce, ¨en consecuencia [estos sujetos] en caso de imprudencia su creación es impune, y en caso de dolo quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría por lo preceptos de participación¨; sin embargo no pretende esta afirmación ser un límite de la imprudencia, sino más bien determinar que es imposible fundamentar de esta manera ¨que todo autor imprudente detrás de un autor doloso, deba ser impune¨ o ¨en todo caso que no lo sea , además podemos decir que se desprende que no todo hecho doloso tenga detrás un hecho imprudente como es el caso del ejemplo de la víctima de un accidente, en donde se lastimó el cuello que antes habíamos mencionado¨.

Por lo que Jakobs propone ¨*no todo es cuestión de todos*. En palabras muy simples: no todas las personas somos responsables penalmente de cuanto delito llegue a nuestro conocimiento.¨ ya que ¨quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua - lo que hace siempre, cotidianamente- , no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir¨.

Así podemos utilizar nuestro ejemplo antes citado donde la amante le entregaba veneno al esposo y luego éste fue a matar a su esposa con este veneno,.. puede aquí diferenciarse perfectamente tanto si hay dolo como si hay imprudencia, entre que por un lado el veneno sea una sustancia que , además de tener otras finalidades que el [esposo] pueda razonablemente perseguir con su ayuda, también pueda destinarse al fin de matar a su esposa; y por otro , que el [esposo] no pueda hacer con la sustancia ninguna otra cosa razonable, más que cometer un asesinato; o también puede diferenciarse que el veneno sea una mercancía que puede obtenerse en cualquier parte y que constituya un riesgo poco corriente.¨

Y Jakobs con ésto dice: no se refiere a la medida de previsibilidad, ya que prestando una atención mínima queda claro que se va a producir un hecho delictivo, sino a la posibilidad, así se debe distanciar del hecho de haber proporcionado el veneno de la acción propia, ésto debe ser así a decir de Jakobs, tanto si concurre dolo como imprudencia.

En lo que se refiera al argumento principal, se sostiene que ¨no es posible considerar un hecho como la obra de la voluntad de un autor y al mismo tiempo también de un hombre de atrás, ésto depende de lo que se entienda por obra de voluntad y para los autores hegelianos, la obra de la voluntad no es concepto de que refiera a un suceso sino a la conexión entre el suceso y el sujeto, … en lo que se refiere al argumento adicional consiste en afirmar que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de la pena… [a decir de Jakobs] lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta cuando el autor doloso responde exclusivamente por su hecho, … es decir la imputación de hecho doloso ha de resolver el conflicto en su conjunto, … dicho de otro modo, el hecho de que el resultado se produzca sólo a través de un comportamiento doloso, debe –si es que existe una prohibición de regreso- excluir la causación mediata… ésto debe suceder [según Jakobs] tanto en el ámbito de la imprudencia como en el dolo, … Sin embargo, el hecho de que la pena sea impuesta a quien dolosamente actuó en último lugar, satisfaciendo el fin de la pena, no quiere decir que se tenga que aplicar en todos los casos, sino más bien en algunos y en otros hay que dejar espacio para la participación…¨ Sin embargo, no hay que olvidar ¨que como el "aporte" del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación¨.

¨El contenido del "rol" queda determinado por los institutos de la imputación objetiva. Quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol. Jakobs trasmite una impronta: "quien no hace nada que contradiga su rol legal, tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien". El rol es "un sistema de posiciones precisadas normativamente". El mandato debe decir: "no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho".

EJEMPLOS QUE SUGIERE JAKOBS:

1)- ¨Comportamiento natural e inocuo: El autor (A) ata su obrar al comportamiento de otra persona (B) que lo hace en forma cotidiana.

Así "A" lleva su conducta hacia lo delictivo. Por ejemplo: "A [Juan]" le dice a "B [Pedro]" que si sigue casado con "C [Rocío]" va a cometer un atentado contra alguien. Como "B [Pedro]" no accede al pedido "A [Juan]" comete el atentado. En este caso "B [Pedro]" no tiene ninguna responsabilidad. Esto demuestra que un comportamiento natural e inocuo, no participa aún cuando el autor lo haya incorporado a su plan, precisamente porque la ejecución no le es propia. Dice Jakobs: "un comportamiento cotidiano e inocuo, no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes". Finalmente es dable destacar que entre "A" y "B" no existe nada en común.

2) Hay "algo en común": En este segundo caso entre el autor y la otra persona hay algo en común, pero eso en común es una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, sin riesgo especial…. el caso del "taxista". El ejemplo dice que un taxi es abordado por delincuentes que solicitan al taxista los lleve a un destino determinado. En el camino lo anotician que en ese lugar van a robar. El caso ya nos señala que hay entre el taxista y los delincuentes "algo en común" pero –según Jakobsese algo en común carece de todo significado delictivo, de allí que el taxista no quebranta ningún rol, porque su función es precisamente esa: llevar gente a un lugar determinado y cobrar por ello un precio. Su función entonces es inocua¨ aunque conociere el resultado. ¨

Claro sobre el axioma "quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde". Este axioma no funciona como una ecuación matemática inexorable, siempre va a estar a las situaciones de tiempo, modo y lugar, con más las condiciones subjetivas que engloben el caso. Se señala entonces que hay que estar a las circunstancias del caso concreto, pues no siempre algo estereotipado socialmente se mantiene alejado del comportamiento delictivo. Veamos con un ejemplo: "la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, requiriendo que se les haga entrega inmediata de una pala¨[26] o el mesero que habitualmente pone los cubiertos sobre las mesas del

[26] *Carlos Parma, la Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs. Conferencia*

restaurante cuando los comensales apenas se sientan, pero sería diferente, si justo en ese momento se estaba desarrollando un riña.

CONCLUSIONES:

En conclusión, la prohibición de regreso no se puede aplicar a todos los casos, sino más bien a un conjunto estricto de casos, así cuando un sujeto no se sale de rol, no es responsable por el resultado cometido por un tercero doloso, que se aprovecha de su actuar no doloso. En mi opinión, siempre y cuando no conozco del resultado que tiene previsto el actor doloso, así me apego a la tesis subjetiva, la prohibición de regreso se explica como un delimitador de la acción penal, que nos indica hasta dónde se puede retroceder cuando –por usar términos de Naucke- la acción imprudente que realiza el primer actuante es una de las causas que resultan en un hecho doloso cometido por un segundo actuante. De ahí encontramos un elemento de conocimiento, en donde dependerá si el primer actuante conocía o no del hecho doloso que el segundo actuante iba realizar, para determinar su punición o su impunidad. Es decir, en el caso de la amante, si ésta supiere lo que pretende el esposo con el veneno y aun así lo hace, no hay prohibición de regreso, ya que ¨conocer al momento de brindar el aporte, implica participación porque hay una relación de sentido que una aquí entrega el veneno y al [actor doloso]¨[27], pues hay un deber de solidaridad de toda persona integrante de la sociedad y si un sujeto sabiendo del hecho doloso que va a dar como resultado, aún así actúa, no hay distanciamiento, hay una relación entre el primer actuante y el segundo actuante, pues ese no es el rol esperado. En ese caso, el primer actuante sí debe ser imputable.

Acercándome por así decirlo a la Teoría del finalismo del profesor Hans Welzel, se deduce que ¨el hombre es libre, puede auto- determinarse por lo tanto el hombre al momento [preciso] puede actuar de otro modo, y como puede actuar de otro modo, le es reprochable esa conducta a título de culpabilidad¨, así la amante al momento de entregar el veneno al esposo, a sabiendas del resultado que iba a provocar dolosamente; ésto es, matar a su esposa, en ese momento la amante podía actuar de otro modo y abstenerse, pero

[27] *Carlos Parma, El Finalismo de Welzel. Conferencia*

como no lo hizo a pesar de ser libre en su decisión de actuar de un modo u otro, debe ser su comportamiento reprochable a título de participación.

Gracias.



Taller de Dogmática Penal

Filial-Ica

Universidad Alas Peruanas
Facultad de Derecho y Ciencia Política

Sobre El Sistema Penal

(En general y otras historias)

Abstracto

Branko Slavko Yvancovich Vásquez*

* Cel. 956468191 brs.yva@gmail.com
Estudiante del XI Ciclo de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas – Filial Ica // PRESIDENTE del Taller de Dogmática Penal de la Universidad Alas Peruanas - Filial Ica, Resolución Directoral UAP-Ica Nº 0001 // GANADOR del Concurso de Ponencias del I Congreso Internacional de Derecho Penal y Procesal Penal / PONENCIAS INTERNACIONALES: I Congreso Internacional de Derecho Penal y Procesal Penal – Noviembre 2011 – Lima, Trujillo, Ica, Perú / XXII Congreso Latinoamericano, XV Congreso Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología - Septiembre 2011 – Lima, Perú. / XXII Congreso Latinoamericano, XV Congreso Iberoamericano y III Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología - Noviembre 2010 – Cuenca, Ecuador. // PONENCIAS: I Jornada Regional de Derecho Penal – Marzo, 2012 – Ica, Perú / VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología – Octubre 2011 – Ica, Perú. / Ponente en la I Convención Nacional de Derecho Penal y Criminología // ESTUDIOS DE ESPECIALIZACION: Diplomado Teoría del Delito y de la Prueba, Diplomado en Tendencias del Derecho Procesal Constitucional, Diplomado en Derecho Constitucional, Diplomado en Derecho Procesal Constitucional, Curso de Especialización en Delitos contra la Administración Pública.

Sobre el Sistema Penal (En general y otras historias)

El presente es un abstracto de la investigación "Sobre el Sistema Penal (en general y otras historias)" que presenta un análisis de la situación académica actual, desde la perspectiva de un Sistema Penal visto desde su viabilidad social. Se presenta una serie de posturas analizadas como parte de una realidad social de la cual forma parte el Sistema Penal.

En este trabajo, se considera al Sistema Penal como el conjunto de ciencias penales, procesal penales y penitenciarias que en su conjunto operan en un determinado país y en una determinada sociedad, por lo que se presentan bases sociológicas para su implementación y propuestas de materialización de mejoras.

El presente trabajo es presentado conforme a tres análisis distintos, que prevén tanto la incorporación de teorías penales al ámbito latinoamericano, el discurso político y la actividad legislativa en Latinoamérica, definidos en "historias" para graficarlas idóneamente. Desarrollados estos análisis, se procederá a la propuesta de mejoras para su implementación y propuestas para su materialización, para finalizar presentando los nuevos retos de los Sistemas Penales Latinoamericanos.

A continuación se presenta un breve resumen:

1) Tres historias penales.
a) Primer historia: "Jabberwocky"

"All mimsy were the borogoves
And he mome raths outgrabe"
Lewis Carrol

"Mimosos se fruncían los borogobios
Mientras el momio rantas murgiflaba"
Jaime de Ojeda

Como primer relato es necesario revisar un poco el desarrollo académico del Sistema Penal en los últimos años. En este sentido, por su naturaleza, los diversos congresos nacionales e internacionales han representando para los estudiantes de Derecho y jóvenes penalistas, una oportunidad de acercamiento directo a la doctrina y ciencia actual.

El nivel de desarrollo que ha obtenido el Sistema Penal es realmente impresionante desde los últimos cincuenta años, y es que la incorporación de nuevas teorías a las concepciones jurídico-penales tradicionales, ha permitido incorporar una serie de nuevos horizontes bastante seductores tanto para estudiantes como para penalistas, más aún si se concibe que representa un reto mantenerse a la vanguardia de una determinada teoría y una gran hazaña mental –en especial si se logra entender durante sus años en la Facultad, lo que tomó medio siglo desarrollar. Sin embargo, se ha descuidado enormemente el destino social del Sistema Penal.

Ya en la actualidad, podemos apreciar un proceso de divorcio muy avanzado entre la concepción social del Sistema Penal y los nuevos postulados. Resulta complicado, pues, intentar explicar prácticamente a la sociedad las nuevas concepciones jurídico-penales. Piénsese entonces cuán idóneo resulta exigirle a la sociedad, conocimientos de los pensamientos de LUHMANN, HABERMAS, PARSONS, von BERTALANFY y otros para explicarles cómo funcionaría el Derecho Penal como funcionalismo sistémico; lo que implicaría a su vez entender dialéctica hegeliana para justificar, por qué se impone una pena.
(…)

b) Segunda historia: "La paradoja del Enemigo"

Es un recurso bastante llamativo en la fiesta democrática latinoamericana la apelación a medidas penales "ejemplares" como la pena de muerte, legalización o mayor penalización del aborto, sobrecriminalización de determinados delitos, entre otros. No dejemos de lado la facilidad con que ciertos actores políticos apoyan la separación de los organismos

internacionales de protección de Derechos Humanos, con el único fin de aplicar dichas medidas.

Este segundo relato tiene por fin dar una explicación por lo menos clara de la inviabilidad de estas propuestas, asumiendo que del actuar político empiezan a vislumbrarse (no con poca frecuencia) tendencias de un Derecho Penal del Enemigo, que amenaza ya no sólo organizaciones sino a delincuentes comunes, lo que sin duda lo vuelve altamente peligroso para la sociedad –quien curiosamente le brinda su apoyo-. (…)

Es entonces, la "despersonalización" y la creación de la categoría de "no-persona" el amparo sociológico que podría socorrer esta posición. Sin embargo, el cambio del paradigma implicaría preguntarse si un "no-persona" es penalmente responsable de sus actos o sería una causal de exculpación. A su vez, esta situación requiere ver si el sistema de penas cumplirá alguna función "personalizadora" específica o si se replanteará las bases mismas del Sistema Penal, tal como ha ocurrido con las posturas sistémico penales que otorgan reprochabilidad a la persona jurídica.
(…)

Para finalizar. Una paradoja es un reto a la lógica que impide llegar a una solución concreta, pues sea cual sea su posible respuesta, te llevará al mismo punto de partida. Para afianzar el paradigma del Enemigo, presento la siguiente paradoja aplicado al caso de terrorismo:

- ***Categoría de "no-persona" como parte de una sentencia.***

- Juan es terrorista.

- Juan es procesado por terrorismo.

- Juan es condenado por terrorismo y se le da la categoría de "nopersona".

- Dado que Juan es ahora un "no-persona" no puede exigírsele el cumplimiento de la condena.

- Dado que Juan es una "no-persona", el proceso penal se vuelve arbitrario.

- *Como el proceso penal es arbitrario, se declara su nulidad.*
- *Si se declara la nulidad del proceso, se vuelve nula la sentencia por lo que Juan volvería a ser "persona".*
- *Juan es ahora responsable penalmente*
- *Juan es terrorista.*
- *Juan es procesado por terrorismo.*
- *(…)*

- ***Categoría de "no-persona" desde el inicio de la actividad criminal.***

- *Juan es terrorista, por lo que es considerado una "no-persona"*
- *Juan es procesado por terrorismo.*
- *Juan es condenado por terrorismo*
- *Dado que Juan es una "no-persona", el proceso penal se vuelve arbitrario.*
- *Se declara la nulidad del proceso.*
- *Juan es terrorista, por lo que es considerado una "no-persona"*
- *Juan es procesado por terrorismo.*
- *(…)*

Conforme se aprecia en la postura presentada, la categoría de "nopersona" representaría nuevos retos para la lógica jurídico penal (y también constitucional y de Derechos Humanos). En este sentido, el abuso de la disposición del ser humano en el discurso político que convierte a la persona como un medio de obtención de votos, generaría desde mi perspectiva una situación de impunidad reflejada en la paradoja.

c) Tercera Historia: "La política-(no) criminal"

Como última historia podemos relatar una labor importante dentro del Sistema Penal: La legislativa. Al respecto, el incremento del condimento político en los Congresos Nacionales, ha facilitado la promulgación de leyes

conflictivas con la sociedad, normalmente resolviendo temas altamente debatibles y que generan dos posiciones contrarias, contentando solamente a un determinado grupo.
(…)

Especial relevancia genera la promulgación de leyes penales como solución a esos conflictos sociales, y es que tendremos que analizar si la utilización de este tipo de normas, son un medio idóneo de prevención o si representan una exavervación política sin ningún criterio solucionador.

Esto gráfica que en la actualidad, no se ha generado ningún avance en la actividad legislativa, para permitir un sustento político-criminal que permita prever los efectos que se buscan conseguir con la dación de una norma penal; siendo lo cierto, que generarán una afectación grande a los Derechos Humanos. Sobre este particular caso, considero conveniente hablar de la corrida de toros solamente como ejemplo y sin tomar una posición particular:

La provincia de Paucar del Sara Sara pertenece a la Región de Ayacucho en el Perú y se encuentra a unos 2500 msnm y data de la segunda mitad del Siglo XIX. Es una región tranquila, y reúne todas sus festividades dentro de sus fiestas religiosas, donde se realizan una serie de actividades propias de su historia, entre las que se encuentra precisamente una popular corrida de toros, en un coliseo construido por ellos mismos.

Hace poco se presentó en Perú un Proyecto de Ley que penaliza la realización o promoción de actividades públicas o privadas donde se cause lesiones o maltrate a un animal. Esta sería una Ley benévola que permitiría la protección de los animales. Sin embargo, representa la imposición de una posición unilateral frente al problema social bilateral; y de ser promulgada, implicaría un atentado contra la identidad del pueblo de Paucar del Sara Sara, quien refleja su cultura y costumbres en un común denominador que une a toda la población. Y es este tema toma mayor relevancia en la utilización del Derecho Penal como medida "idónea".
(…)

2) Propuestas para la implementación

a) Incremento de la practicidad de las teorías y su adecuación a la realidad.

b) Reducción del nivel populista del discurso Político.

c) Finalidad Político-Criminal de la legislación penal.

3) Concretización de problemas y propuestas de solución.

a) Comisión Nacional de Política Criminal

b) Establecimiento de metas sociales para la legislación penal

4) Retos para los Sistemas Penales en Latinoamérica.

a) Inteligencia

(…)

b) La ideología

(…)

c) El silencio

Como última reflexión de la problemática que debemos tratar el silencio.

En la actualidad, el silencio representa la más grande concreción del miedo que el terror ha producido en la persona. En el ámbito penal, bastos son los ejemplos que la historia nos ha brindado como muestra de la vulneración de los Derechos Humanos mediante medidas delictivas; y siguiendo este mismo ámbito, el deslinde sociedad-sistema penal ha propiciado que este miedo no solamente se corresponda con la sumisión a la violencia, sino también en una materialización del terror penal que trae como consecuencia la desconfianza en el sistema de justicia.

(…)

Desde el enfoque social con el que me agrada ver al Sistema Penal, me permito afirmar que se convertirá en la nueva tarea de los penalistas, ofrecer los medios idóneos para que se concretice el Derecho a la voz universal como parte de los Derechos Humanos de la persona. Una postura que difiere del derecho a la opinión o el derecho a la libertad de expresión, que se ven completamente suprimidos por el nivel de violencia Estatal o de terror de la realidad social que les toca vivir. Me permito a su vez imaginar la concretización de este derecho con la instauración de medidas de cooperación internacional, que garanticen la oportunidad de emitir esa voluntad reprimida de justicia de las sociedades sometidas, medidas lo suficientemente eficaces que permitan romper el silencio producto del miedo que genera la falta de justicia.

Sumario

- Introducción.
- ¿Por qué un denominado "sistema penal?
- Tres historias penales.
- Primer historia: "Jabberwocky"
- Segunda historia: "La paradoja del Enemigo"
- Categoría de "no-persona" como parte de una sentencia.
- Categoría de "no-persona" desde el inicio de la actividad criminal.
- Tercer Historia: "La política-(no) criminal"
- ¿Qué aprender?
- Primera moraleja: "Una teoría es buena cuando es práctica"
- Segunda moraleja: "Lo que se desea, no siempre es lo que se necesita"
- Tercera moraleja: "El único propósito del castigo es la prevención del mal, nunca impulsará a nadie al bien" (Horace Mann)

- Concretización de problemas y propuestas de solución.
- Retos para los Sistemas Penales en Latinoamérica.
- La inteligencia
- La ideología
- El silencio
- Reflexión final

SOPORTE BIBLIOGRÁFICO

El presente trabajo presenta sustento doctrinario conforme a las obras a continuación expuestas:

1. Alessandro Baratta - Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal
2. Bernd Schunemann - El Sistema Moderno del Derecho Penal - Cuestiones Fundamentales
3. Bustos, Ferrajoli y otros - Prevención y Teoría de la Pena
4. Bustos, Hassemer, Baratta y otros - Pena y Estado
5. Eduardo Montealegre - El Funcionalismo en el Derecho Penal- Tomo I
6. Eduardo Montealegre - El Funcionalismo en el Derecho Penal- Tomo II
7. Elena Larrauri - La Herencia de la Criminología Crítica
8. Enrique Bacigalupo - Derecho Penal y el Estado de Derecho
9. Enrique Bacigalupo - Principios Constitucionales de Derecho Penal
10. Eugenio Raúl Zaffaroni - En Busca de las Penas perdidas
11. Eugenio Raúl Zaffaroni - En Torno de la Cuestión Penal

12. Eugenio Raúl Zaffaroni - Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal
13. Francisco Muñoz Conde - Derecho Penal y Control Social
14. Francisco Muñoz Conde - Edmund Mezger y el Derecho Penalde su Tiempo
15. Francisco Muñoz Conde - Introducción al Derecho Penal
16. Franz von Liszt - La Idea de Fin en el Derecho Penal
17. Gunther Jakobs - Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico
18. Hans Welzel - El Nuevo Sistema del Derecho Penal
19. Hans Welzel - Teoría de la Acción Finalista
20. Hans-Heinrich Jescheck - Libro Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos - Volumen I - In Memorian
21. Hans-Heinrich Jescheck - Libro Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos - Volumen II - In Memorian
22. Hernán Hormazabal Malaree - Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho
23. Hulsman & Bernat de C. - Sistema penal y Seguridad Ciudadana
24. Ignacio Muñagorri Laguia - Sanción Penal y Política Criminal
25. J. Bustos y H. Hormazabal - Lecciones de Derecho Penal - Volumen I
26. J. Bustos y H. Hormazabal - Lecciones de Derecho Penal - Volumen II
27. Jakobs y Struensee - Problemas Capitales del Derecho Penal
28. Jakobs, Gunther - Legitimación Material Del Derecho Penal
29. Jesús María Silva Sánchez - Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo

30. Jesús María Silva Sánchez - Crisis del Sistema Dogmático del Delito
31. Jesús María Silva Sánchez - La Expansión del Derecho Penal
32. José Hurtado Pozo - Pena de Muerte y Política Criminal
33. Luigi Ferrajoli - Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal
34. Luigi Ferrajoli - Derechos y Garantías - La Ley del Más Débil
35. Luigi Ferrajoli - El Derecho Penal Mínimo
36. Luigi Ferrajoli - El Garantismo y la Filosofía del Derecho
37. Luigi Ferrajoli - Epistemología Jurídica y Garantismo
38. Luigi Ferrajoli - Garantismo Penal
39. María Isabel Sánchez - El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal
40. Michel Foucault - Vigilar y Castigar
41. Montero Cruz - El funcionalismo penal
42. Oscar Emilio Sarrulle - La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal
43. Pablo Rossi - Tratado de Derecho Penal
44. Santiago Mir Puig - Función de la Pena y de la Teoría del Delito
45. Santiago Mir Puig - Introducción a las Bases del Derecho Penal
46. Sergi Cardenal Motraveta - El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos
47. Sergio Moccia - El Derecho Penal - Entre Ser y Valor Winfried Hassemer - Persona, Mundo y Responsabilidad

Libros compilatorios:

1. Varios Autores - Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo
2. Varios Autores - De los Delitos y de las Víctimas
3. Varios Autores - El Derecho Penal Hoy
4. Varios Autores - Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional
5. Varios Autores - Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización
6. Varios Autores - Panorama Internacional Sobre Justicia Penal
7. Varios Autores - Principales Problemas de la Prevención General
8. Varios Autores - Problemas fundamentales de la Política Criminal y el Derecho Penal
9. Varios Autores - Sistema Penal y Problemas Sociales
10. Varios Autores - Teorías Actuales En El Derecho Penal

Todo lo que Usted Siempre Quiso Saber Sobre la (Teoría de la) Argumentación Jurídica y Nunca se Atrevió a Preguntar

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)

1. ¿Por qué se considera que se deben argumentar las decisiones jurídicas, o al menos algunas?

La primera observación ha de ser que, en nuestra cultura jurídica y en nuestro tiempo, no todas las decisiones jurídicas deben ser argumentadas. Se pide tal cosa de las decisiones judiciales y de algunas otras (ciertas decisiones administrativas, v. gr.), pero no, por ejemplo, de las decisiones legislativas. El porqué lo entenderemos mejor cuando hayamos explicado el punto central de este apartado, que versa sobre tipos de racionalidad.

En nuestras vidas tomamos decisiones continuamente. Algunas de tales decisiones sólo conciernen de modo directo o relevante al sujeto que decide. Por ejemplo, es posible que tal sea el caso cuando alguien que vive solo y está solo en ese momento, opta por ducharse con agua fría en lugar de agua caliente. Si se le pidieran explicaciones de por qué lo hace así, la mayoría pensaríamos que no tiene por qué darlas si no le apetece, y él mismo, si se anima a explicarse, no hará mucho más que afirmar que es simplemente porque le gusta más o porque de esa forma se despierta mejor. Justificar ante otro lo que de modo directo o relevante sólo a uno afecta, es algo que se puede hacer por cortesía o especial deferencia, pero por lo común ni nos sentimos

obligados a dar cuentas, ni se nos reprocharía que no lo hiciéramos. Es más, a menudo ni uno mismo se molesta en explicarse a sí mismo esas elecciones o no es capaz de dar con argumentos de fondo, y se conforma con entender que cada cual es como es, tiene sus gustos o está al albur de mil circunstancias que se le imponen y no controla. Yo sé que no suelo comer hígado porque no me gusta, pero desconozco cuál será la causa de que no me guste, aunque bien poco me importa ese desconocimiento.

Es diferente cuando las decisiones que tomamos conciernen o afectan de modo directo, inmediato o próximo a otras personas. Ese afectar o concernir puede ser de múltiples maneras, y no merece la pena pararse aquí en clasificaciones y supuestos. Para lo que nos importa, baste señalar que algunas de esas decisiones sobre la acción, la situación o la vida de los otros, requieren justificación expresa y otras no.

Argumentar es simplemente eso, dar razón expresa de algo que se afirma o se prefiere. Al decir "de algo que se afirma o se prefiere", ya estamos diferenciando dos campos separados, aunque no desconectados: el del conocimiento y el de la acción. O, en terminología también usual, el de la razón teórica y el de la razón práctica. No son los únicos, pero son los que más nos interesan aquí ahora. Veámoslos.

Yo puedo afirmar que "todos los osos que existen son de color pardo". Con esa afirmación ni estoy exponiendo lo que me gusta o me disgusta, ni estoy pretendiendo (con esta mera afirmación, repito) que alguien haga o deje de hacer algo, tome tal o cual opción de conducta. Simplemente estoy diciendo algo sobre el mundo exterior a mí y no dependiente de mí. Es diferente si yo afirmo que "me gusta comer carne de oso", pues en ese caso hablo de mí, de un gusto mío. Si alguien me pidiera razones justificativas de esa preferencia *personal*, podría tranquilamente contestar que esas cosas del gusto y la sensibilidad son como son, misteriosas más que nada o dependientes de factores que uno mismo no controla en absoluto o apenas, y que, en suma, sobre gustos no merece la pena discutir. Si no hay nada que discutir, no hay nada que argumentar.

Pero lo que yo había dicho era esto otro: "Todos los osos que existen son de color pardo". Sobre eso sí que se me puede pedir explicaciones. Pedirnos explicaciones de una afirmación así, equivale a preguntarnos por qué sabemos o creemos que es verdad, que es cierto eso que sostenemos. El "sostén" de lo que mantenemos son las razones en que lo apoyamos. Si mi respuesta es un simple porque sí, o porque yo lo digo, estaré desautorizando cualquier pretensión de verdad de mi aserto, que ya no habrá por qué creerme. Si no sé explicar por qué afirmo eso sobre algo del mundo exterior, mi aseveración tendrá a los ojos de mis interlocutores capaces,[1] tanto valor

[1] Con este matiz de la capacidad del interlocutor que puede pedirnos razones y evaluar las que le demos, pretendo aludir al hecho de que no cualquier afirmación puede ser entendida ni, consiguientemente, cuestionada mediante la petición de razones por cualquiera. Cuando yo oigo algo que sobre física de partículas afirma un físico de gran prestigio, normalmente no entiendo nada (o nada verdaderamente relevante o con la suficiente profundidad), por mucho que él se esfuerce en ser claro y riguroso. ¿Entonces por qué normalmente creo que es verdad lo que diga ese físico de gran renombre? Por razón de su renombre, precisamente. Y pensaré que quién soy yo, pobre mortal sin conocimientos de física de ese calado, para pedirle a él explicaciones. Sólo faltaba. En cambio, si lo mismo que ese físico lo afirma mi vecino del quinto, que es fontanero, no se lo creeré por mucho que me diga y me demuestre. Todo ello es porque en nuestras comunicaciones opera lo que Niklas Luhmann llama la "legitimación por el procedimiento" (*Legitimation durch Verfahren*). Lo que a los ojos del no especialista (en términos más luhmannianos o sistémicos: lo que bajo la óptica exterior a un sistema dado, en nuestro caso el sistema científico o el de la ciencia física) sea verdadero o falso, no dependerá de las razones o argumentos materiales u objetivos, de fondo, con que se sustente, sino de quién y cómo lo diga. Por eso, si lo dice un premio Nobel de Física desde la Universidad de Cambridge, yo pensaré que seguramente es rigurosamente verdadero, pues entiendo que a esa teoría científica se ha llegado con los depurados procedimientos del método más científico y en el más exigente ambiente de eminentísimos expertos, mientras que si es mi vecino fontanero el que me cuenta la misma teoría, no asumiré que en verdad sea una teoría científica y pensaré que es una fabulación suya o un delirio, o que me toma el pelo para dejarme en mal lugar, pues no admitiré que en el quinto piso de mi edificio y en el ejercicio de la fontanería, puedan descubrirse teorías verdaderas sobre física de partículas.
Desde esta elemental idea del papel desempeñado por los mecanismos de legitimación por el procedimiento, puede tacharse de idealista la tesis habermasiana de que verdadero es aquello con lo que cualquiera pueda estar de acuerdo sobre la base de la evaluación de las razones en que se sustenta. Dicha evaluación sólo podrá hacerla el que entienda o pueda entender algo de lo que se habla. En nuestro ejemplo de la física de partículas, cuatro gatos en todo el mundo. Los demás, aceptamos sin entender, a ojos cerrados. Y nos puede dar gato por liebre quien quiera, con sólo usar el disfraz conveniente. En materia de ciencia, un verdadero consenso apoyado en la evaluación imparcial de razones sólo surge entre científicos, en el mejor de los casos; los demás, podemos ser usuarios de la ciencia, pero no entenderemos de la misa la media. Yo, por ejemplo, no sé por qué y cómo es posible que este texto pueda transmitirlo por correo electrónico

como si digo exactamente lo contrario, como si mantengo que "ninguno de los osos que existen son pardos". Da igual, porque cuando lo que en la comunicación intersubjetiva se ha de dirimir es la verdad o falsedad de una afirmación sobre el mundo, lo que más cuenta son las razones con las que lo afirmado se respalda, razones que han de ser objetivas y demostrativas. Aquí nos estamos moviendo en los márgenes del conocimiento, de la razón teórica. Y las razones de la razón teórica, las que aquí importan, son de ese tipo, razones objetivas y demostrativas.

El valor de ese tipo de afirmaciones, referidas al mundo de los objetos, los seres y los estados de cosas es un valor directa o inmediatamente informativo. Mi afirmación sobre los osos vale, como tal afirmación, lo que tenga de verdad. Por eso para ponerla en valor, si me la cuestiona quien puede o es capaz de hacerlo, habré de respaldarla con las razones pertinentes. Otra cosa es que, a su vez y en función de ese valor informativo, mi afirmación sea importante como base o apoyo para la toma de algún tipo de decisión práctica; por ejemplo, para que yo decida si invierto o no en una granja de osos verdes el dinero que por e-mail me pide un supuesto príncipe nigeriano que me asegura que tiene un par de ejemplares de osos verdes, macho y hembra, y que podemos hacernos multimillonarios los dos en cuanto yo ponga los miles de euros que a él le faltan para montar el negocio.

A su vez, también de normas o decisiones de las que enseguida explicaremos como propias de la razón práctica, se puede hablar con un sentido informativo, aunque ésa no sea su función directa o inmediata. Por ejemplo, alguien puede preguntarme si en el país X está o no penalmente castigado el aborto voluntario y yo puedo contestarle que sí. Si me interroga mi interlocutor acerca de por qué lo sé, puedo mostrarle la gaceta oficial de ese Estado o cualquier otro documento o testimonio acreditativo. Si yo le solicito a él la razón de

a cualquier parte del mundo en un segundo, aunque me consta que sucede así. En materia de religión, un verdadero consenso basado en razones se dará, como mucho, entre teólogos y/o autoridades eclesiásticas, pero los fieles de esa confesión aplican su fe sin encomendarse a razones, que no pueden entender, y asumiendo que el misterio es el misterio y así está bien. Y así sucesivamente.
Lo bueno será cuando lleguemos a las normas sociales, pronto, y nos preguntemos cuánto queda para el consenso y las razones y cuánto para la fe acrítica en procedimientos e instituciones.

su pregunta, cabe que me haga saber que está redactando la parte de Derecho comparado de su tesis doctoral sobre el delito de aborto, y que nada más que por eso quería saberlo, pues ni conoce a nadie de ese país, ni piensa acercarse por él para nada. Hemos estado hablando de normas sin poseer nosotros ningún interés normativo y guiados únicamente por el afán de saber. Porque el saber sobre normas, como tal saber, es saber, no es norma. Parece una perogrullada, pero por culpa de perogrulladas así corren ríos de tinta entre teóricos del Derecho más o menos ociosos o perversos.

Otras veces yo aparentemente informo sobre una norma, pero lo que me mueve es la intención de determinar o influir en el comportamiento de otra persona. Por ejemplo, cuando yo le digo a mi hija pequeña que está prohibido cruzar la calle con el semáforo en rojo, estoy, a la vez, dándole una información y queriendo que ella acate la norma que le muestro. La intención del hablante es, por tanto, determinante de la índole del discurso en que nos encontremos, si bien esa intención ha de quedar bien patente en el contexto comunicativo: mi hija ha de entender que quiero algo más que darle la noticia de que en nuestro sistema jurídico, rige la norma con aquella prohibición.

En otras ocasiones, aunque la forma de mi enunciado es aparentemente informativa, la intención determinante es normativa, práctica. Llegamos mi hija y yo a un cruce en la calle y le digo: "El semáforo está en rojo". Le brindo una información, sí, pero para que no cruce, para recordarle que ahora y en esta circunstancia, *no debe* cruzar.

Llevamos miles de años de Filosofía y, al menos, siglo y poco de filosofía analítica. Pero en materia de actos de habla y de sus tipos, presupuestos e implicaciones, está casi todo por hacer. También la Teoría del Derecho viene de largo, y la teoría de las normas jurídicas y de sus elementos, tipos y presupuestos resulta de una simpleza que da rubor; así que no estamos los iusfilósofos para hablar demasiado alto o escupir muy arriba. Cierto es igualmente, para decirlo todo, que alguno que otro que se tomó muy a pecho esas tareas, sea la de catalogar los tipos de actos de habla, sea la de clasificar los tipos de

normas, se volvió tarumba y tuvo que dejar el trabajo a medias. Quizá rija una maldición sobre el que se aventure por tales vericuetos teóricos.

El sorprendente párrafo anterior viene a cuento de que ya se nos estaba complicando demasiado el panorama, pues teníamos que sobre normas se puede también informar y que unas veces lo hacemos nada más que para que algo sobre una norma meramente se sepa, y otras con el ánimo de influir en el modo de conducirse de los demás. Y también pasa en ocasiones que aparentemente nos limitamos a hacer saber algo que pasa ahí fuera, en el mundo de los hechos, pero lo que intentamos es que nuestro interlocutor haga algo. Cuando mi mujer va a salir de casa y yo le grito que va a llover, no trato de emular a ningún meteorólogo, sino que le pido o le aconsejo que coja el paraguas y se lo lleve con ella.

Tratemos de retornar, si es que aún podemos, a lo que aquí nos importa. Asumamos que, cualquiera que sea su forma sintáctica o su manera de enunciarse, proferimos comunicaciones de esos dos tipos, informativas o normativas, en el ámbito de la razón teórica y en el de la razón práctica. En lo que viene, quedémonos nada más que con estas últimas.

Tenemos una primera peculiaridad muy interesante. Hace un momento vimos que si yo afirmo algo sobre el mundo (que todos los osos son de color pardo, por ejemplo) y, ante la duda que sobre la verdad de lo que yo digo me plantea alguien que puede hacerlo, no doy razones que respalden lo afirmado, probando o demostrando, haciendo verdadera, probable o verosímil (según de qué estemos hablando y qué grado de certeza quepa en ese campo del conocimiento) mi afirmación, ésta pierde todo su valor. En cambio, cuando de lo que hablamos es de normas y lo hacemos no meramente para informar, sino para influir en alguna medida sobre la conducta de los demás, no ocurre lo mismo. ¿Nunca? Depende, y vamos a verlo.

Todo depende de en qué medida se combinen, en el ámbito normativo de que se trate, autoridad y libre ponderación de razones. O, precisando más -y lo iremos explicando despacio en lo que sigue-, todo depende de cómo se combinen tres elementos: autoridad, libre

ponderación de razones y reflejo sobre la autoridad del resultado de esa ponderación de razones. Vamos con las explicaciones y los ejemplos.

Distingamos situaciones posibles, aunque sea sin un enfermizo ánimo de exhaustividad.

(i) Un capitán le ordena al soldado que avance por aquel camino. El soldado no puede replicar que por qué y que a ver qué razones hay para que su superior prefiera el avance en esa dirección y no en otra. Es que, para eso es su superior, para poder ordenarle sin que el otro tenga ni derecho a hacerle preguntas, ni razón siquiera para plantearse a sí mismo si conviene obedecer o no. A los soldados se les entrena en la obediencia, y ese ejército será mejor (en términos funcionales o de eficacia, no hablamos ahora de calificaciones morales) cuanto más ciega sea esa obediencia. El superior representa para el inferior pura autoridad. Igual que al soldado el valor se le supone -dicen, aunque nunca he entendido por qué-, al superior sí que se le supone la capacidad, la competencia para mandar lo que más importe. A posteriori podrá juzgarse si tal general organizó bien la estrategia o tal sargento dio a los soldados que mandaba las órdenes más acertadas, pero ya se estará en otra cosa, ya no en el contexto normativo y operativo que hace que la orden del militar tenga el valor que tiene: el de autoridad que excluye, por parte del destinatario, cualquier ponderación de razones destinada a evaluar positiva o negativamente el mandato recibido. O podrá hacerse eso en el fuero interno de cada soldado, pero no hay espacio institucional para la argumentación: está institucionalmente y normativamente excluida. Y tiene sentido que así sea en algunas actividades, pues si antes de cada batalla hubiera que hacer una asamblea para buscar el consenso de toda la tropa bajo los presupuestos normativos de la comunidad ideal de habla, ganaría siempre el enemigo, y especialmente si el enemigo obedece y dispara mientras los nuestros discuten.

(ii) En los Estados (y en los órganos normadores internacionales lo mismo, pero no nos compliquemos con lo accesorio) los legisladores también mandan para ser obedecidos y sin tener que aportar explicaciones ni admitir discusión de sus órdenes por los destinatarios. Por mucho que en ciertas épocas -como ahora- se ponga de moda que

las leyes vayan introducidas por prolijas exposiciones de motivos en las que el autor se deshace en justificaciones y parabienes, eso no es más que un lubricante como el que acompaña a ciertos objetos que se venden en determinados comercios. Se nos quiere ayudar o animar a obedecer, pero con la boca pequeña, pues el que tales explicaciones introductorias no nos convenzan, no se considerará razón admisible para que desobedezcamos. Es como la arenga que el oficial lanza a su tropa antes de dar la orden de asaltar las casamatas del enemigo: excitante prosa que animará más al ya convencido y que no será alivio para el escéptico. ¿Entonces es el legislador como un general de un ejército del que nosotros, ciudadanos de a pie, somos personal de tropa? Más o menos, pero algo habrá que matizar. Todo depende, más que nada, del tipo de legitimidad de que esté imbuido ese legislador que nos da órdenes mediante sus leyes.

Si nos referimos a una dictadura y es el dictador quien tiene (auto) atribuida la competencia legislativa o son sus delegados los que como legisladores la ejercen o si se hace una pantomima electoral para que sean sus secuaces los que bajo apariencia democrática hagan las leyes, el parecido con el orden jerárquico de los ejércitos se acentúa. O con cualquier otro ámbito en el que la autoridad se ejerza por razón de la superior condición del que manda y la obediencia se fuerce por ser vos quien sois. Por mentar otro ejemplo, así era como funcionaban antaño las relaciones paterno-filiales o de ese tipo era la "autoritas" del marido sobre la esposa. El que mandaba tenía algo que a los otros les faltaba y que a él le hacía superior por definición, sea el saber supuesto, sea una virtud más alta o sean cualesquiera atributos físicos, intelectuales o morales que se le presumieran con presunción inapelable. Igual es en las dictaduras. Por eso, cuando la de Franco en España, la Iglesia lo sacaba bajo palio y las monedas llevaban la leyenda de "Franco, caudillo de España por la gracia de Dios". Si ha sido Dios mismo el que lo ha señalado para dirigir la nación, a ver quién y con qué legitimidad le tose. Tal sucedía también, clásicamente, con la legitimación divina de los reyes, y tal ocurre con cualquier forma de legitimación fuertemente metafísica del legislador, como cuando es un dictador al que se le tiene por suprema encarnación de las virtudes de la raza y de los intereses del *Volk*, aunque sea un enano histérico, ridículo, ignorante y más

feo que Picio, como aquel tal Adolfo en el que se miraban los buenos mozos arios, cuando perdieron el seso y la vergüenza.

Un legislador así legitimado es autoridad por antonomasia y ningún sentido tendrá solicitarle que, argumentando, se justifique ante sus súbditos por el contenido de los mandatos que les dirige. Por eso, precisamente, son súbditos sus súbditos.

Pero las normas que nacen del legislador democrático del más puro Estado constitucional de Derecho, tampoco valen por las razones con que su autor las defienda o pudiera defenderlas, si tuviera ganas de hacerlo. Valen como jurídicas, son Derecho, y en esa condición -y sólo en ésa- obligan, contienen obligaciones jurídicas (no obligaciones morales[2]), porque provienen de ese legislador que es depositario de la competencia legislativa que el propio sistema jurídico le atribuye. Que luego, como hemos dicho, el legislador se finja cercano porque se aviene a fundamentar sus órdenes en farragosas exposiciones de motivos, ni quita ni pone. Si yo no estoy de acuerdo en modo alguno con la norma que tipifica y castiga como delito tal o cual comportamiento, no me servirá de excusa para evitar el castigo el decir que aún no me lo argumentó bastante el que hizo la norma o que todavía no estoy del todo convencido y que en lugar de castigarme, mejor sería que me hablaran otro rato. Por consiguiente, ni en las dictaduras ni en las más exquisitas democracias son las razones del legislador las que hacen la ley obligatoria, racional o justa. En todas partes es la legislación un

[2] La mezcla de obligación jurídica y moral en las mismas normas es propia de las tiranías, pues llevarle la contraria al tirano que se tiene por ser supremo y por el más virtuoso de los humanos parece allí síntoma de inmoralidad, de completo descarrío, amén de desobediencia a los códigos jurídicos. Sólo en las dictaduras se piensa que el que comete ilícito jurídico es, además y por las mismas, un indecente y un malvado. En los modernos Estados de Derecho liberales y democráticos se separan ambas calificaciones con sumo cuidado y ni se considera inmoral el comportamiento antijurídico por ser antijurídico, ni se considera antijurídico el comportamiento inmoral por ser inmoral. En esos Estados el Derecho es de todos y la moral es de cada uno, por lo que, en ese afán de que lo mío -en lo que yo soy libre y soberano- no se confunda con lo que tengo en común con mis conciudadanos -y en lo que la soberanía es conjunta y la libertad se limita mediante acuerdos-, el Derecho y la moral son conceptualmente separados y en la práctica bien diferenciados por la doctrina jurídica positivista, que es la propia y particular de ese tipo de sistemas, mientras que las dictaduras y tiranías han sido siempre y sin excepción sostenidas por doctrinas de corte iusmoralista, principalmente -pero no sólo- iusnaturalistas.

ejercicio de autoridad basado en una atribución de tal competencia por el mismo sistema jurídico-político de que se trate.

¿Entonces nada cambia de un sistema a otro? Sí, alguna diferencia hay, aunque sea sutil, y para captarla hemos de echar mano de una tercera noción, junto a las de autoridad y competencia: la de legitimidad. Tiranías y democracias de Estado de Derecho tienen en común el que el legislador está revestido por el propio sistema político-jurídico de una autoridad que es base de la obligatoriedad (jurídica) de sus normas, convenzan éstas o no a sus destinatarios, les gusten o les disgusten. La diferencia entre tiranías y democracias se halla en que en estas últimas la persona (las personas) del legislador (las que ocupan el poder legislativo y desempeñan en él el papel institucional correspondiente) no tienen nada de particular: ni se presumen mejores ni más sabias ni más virtuosas ni más inteligentes, son enteramente del montón, como cualquiera. En cambio, ya sabemos que en las tiranías el legislador es un tipo que se pinta de superior al común de los mortales.

Ahora tratemos de dar cuenta de lo mismo, pero hablando al fin de razones y argumentaciones. Cuando en democracia y en Estado de Derecho hablamos del legislador, las razones que importan no son las de por qué ha parido tal o cual ley con ese contenido, sino las de por qué los legisladores son Fulano y Mengano, en lugar de Zutano y Perengano. Puesto que somos nosotros, los ciudadanos, los que -al menos en el diseño ideal del sistema- entre todos y en procesos abiertos a la participación libre e informada, decidimos en quiénes delegamos la capacidad para legislar a título de representantes nuestros, está ahí, en el proceso político que surte de personas la institución legislativa, el lugar para la argumentación, para el toma y daca de razones. Esa argumentación, naturalmente, será una argumentación política, en el mejor y más amplio sentido de la palabra.

Lo que legitima al legislador democrático y da un tinte más aceptable (en términos de legitimidad o de razones para la aceptación de la compulsión que supone, no en términos de aceptabilidad moral) a su obra, la ley, es que su autoridad proviene de nuestros acuerdos y esos acuerdos se alcanzan en un contexto de argumentación sobre nuestros

intereses, nuestras conveniencias y nuestras necesidades. Y como ese acuerdo ni puede nunca ser pleno ni se puede esperar eternamente a que se haga verdad sobre la tierra la situación ideal de diálogo, nos quedamos con el menor de los males: nos ponemos de acuerdo en que, a falta de acuerdo de todos, legislen y gobiernen los más, aunque respetando con mimo a los que hoy son minoría y pueden sacarnos de algún atolladero al hacerse mayoría mañana. Así que no necesitamos abandonarnos a la estúpida fe en seres prodigiosos o en designios divinos. Nos bastan nuestros puntuales y prosaicos arreglos, pues, como ha señalado aquel excelente pensador que se llamaba Michael Oakeshott, la política no es más que el arte de ir componiendo arreglos para nuestros conflictos, poniendo parches para nuestras averías sociales, no el arte de traer a la tierra el reino de los cielos o de construir aquí paraísos, arcadias y pendejadas de ese calibre.

¿Volvemos a la comparación con los ejércitos y demás casos que encajen en el apartado anterior, el (i)? Pues esto de la democracia sería como si fuesen los soldados mismos los que escogiesen a sus mandos después de debatir sobre sus valores y destrezas. Luego les tocaría obedecer en la batalla y no andar preguntando por razones a cada paso. Con los ejércitos creo que no se ha probado tal sistema, al menos en época moderna, pero con los legisladores sí, no ha ido del todo mal; al menos por comparación con los desastres de la competencia.

(iii) ¿Y los jueces por dónde andan? Ya vamos a llegar a la argumentación jurídica y su mejor destino. Es a los jueces a los que muy especialmente pedimos que argumentan mucho y bien. Esto es, que de sus fallos den razones suficientes, pertinentes y convincentes. ¿Por qué ellos? ¿Acaso no es autoridad también la del juez y no van sus resoluciones a misa para las partes, igual que a misa van las leyes para sus destinatarios[3]? Lo que sucede es que sobre las decisiones de los jueces tenemos otras expectativas, por lo que les aplicamos diferentes y superiores exigencias en términos de racionalidad. O, más claramente expuesto: al legislador la no arbitrariedad se la presumimos y, en virtud

[3] Al menos cuando la sentencia ha devenido cosa juzgada y cuando contra la ley no cabe ya recurso ninguno o forma de anulación por razón de inconstitucionalidad. Lo mismo serviría para la norma administrativa a la que ya no quepa poner tacha de ilegalidad.

de esa presunción, damos por sentado que no va a buscar su interés, sino el nuestro, que no va a obrar por su personal capricho, sino por la misión que le hemos encomendado al apoyar el programa político con el que se aupó (lo aupamos) a su puesto. Esa presunción en las tiranías se basa en las bobas virtudes taumatúrgicas con que el legislador (o quien lo designa) aparece disfrazado, y en democracia en que, al fin y al cabo, somos nosotros los que hemos acordado ponerlo ahí y se supone que lo habremos buscado honesto y/o que le retiraremos nuestra confianza y no renovaremos su mandato, si nos defrauda por desleal.

En cambio, ni tenemos ese control sobre las decisiones de los jueces, ni encontramos en su persona, su formación o su forma de designación, base ninguna para presumirlos honestos y entregados sin falta a nuestro servicio, al mejor servicio de la sociedad. De ahí que al juez la ausencia de arbitrariedad no se la presumimos, sino que la rectitud de su intención y lo apropiado de su juicio queremos que nos la acredite en cada sentencia: lo obligamos a motivar sus sentencias y, además, no nos vale que lo haga de cualquier forma; ha de argumentarlas como es debido.

En el dibujo del moderno Estado de Derecho, liberal y democrático, hay desconfianza frente a los jueces, igual que se confía en el legislador, que, a fin de cuentas, somos nosotros o de nosotros depende de modo más directo. O así era el plan, recaídas a parte. La última, en época muy reciente, viene por la acción combinada de, por un lado, unos partidos políticos que convertidos en maquinarias de poder perfectamente desideologizadas y dispuestas a venderse al voto más barato y menos ilustrado, desacreditan y dinamitan nuestro sistema político; y, por otro lado, de una doctrina jurídica y política que en lugar de empeñarse en la reparación del sistema y la restauración de un Estado que lo sea de Derecho y de una democracia que lo sea de la gente, vuelve a confiar en derechos naturales y morales asentadas en la fe y la más rancia metafísica, y a echarse en brazos de profetas y mesías, de cualquiera que asegure que sí sabe a ciencia cierta qué es el bien y dónde está lo justo. Con la paradójica consecuencia de que mientras estos profesores de iusmetafísica piensan que sólo los jueces virtuosos pueden salvarnos

de los desvaríos del perverso legislador democrático, son aquellos partidos que se han adueñado de la democracia y colonizado de mala manera y con malas artes el poder legislativo los que nombran o controlan la selección de esos jueces llamados a salvarnos... de esos que los designan. Con lo que, naturalmente, los altos tribunales cada vez lo son más de éste o aquel partido político, y los muy críticos e idealistas profesores sólo discrepan del gobierno de turno, mientras de él no reciben puesto o encomienda bien pagada. Y así vamos tirando. Al fin y al cabo, bajo su pobre pero soberbia óptica, lo único que ha de hacer un gobierno para dar con la justicia, es ponerlos a legislar a ellos, que de ella son íntimos. Y problema resuelto: cuando el profesor legisla, poco importa el descrédito institucional o el caos procedimental, pues la legitimación ya será sustantiva o material: si legisla él, los contenidos de la ley serán justos por definición y eso es lo que más importa, al contrario de lo que piensan esos positivistas pasados de moda y tan descreídos, que ni a sus propias convicciones personales tienen por palabra de Dios.

Porque, crisis y degeneraciones al margen, en el Estado de Derecho moderno existe desconfianza frente a los jueces, se les somete a dos controles muy importantes. Uno: la vinculación a la ley. Que sus decisiones sean Derecho no supone que no haya más Derecho que lo que ellos digan. Dos: que motiven esas decisiones, que las argumenten.

¿Y para qué motivar, si ya están sometidos a lo que la ley disponga? Porque la ley (las normas jurídicas que tienen que aplicar) no determinan por completo su decisión, sino que sólo ponen el marco o límite externo de la misma; pues existe algo llamado discrecionalidad que es propio de la actividad judicial, elemento esencial y definitorio de la misma. Al menos para los positivistas. Ya que los positivistas piensan que el juez debe argumentar para convencernos caso a caso de que su discrecionalidad no degenera en arbitrariedad. Otros, los iusmoralistas de hoy, opinan que el juez debe argumentar para demostrar que ha dado con la única respuesta correcta y que, además, la ha encontrado en una parte del Derecho que no se estudia en las facultades de tal, sino que es aquella parte de la moral que es al mismo tiempo Derecho

aunque no lo parezca o no se supiera antes de que el juez la trajera a colación.

Pero vayamos más despacio y expliquemos las cosas a nuestra manera. Al fin y al cabo, si hay defensores y cultivadores de la teoría de la argumentación jurídica que opinan que el Derecho se mueve en el campo de la razón teórica y que argumentar en Derecho vale para demostrar verdades sobre el perfecto encaje del cosmos (la norma moral -de una moral objetiva-, la norma jurídica, los hechos del caso, las circunstancias sociales...; todo, logos, cosmos, physis y nomos de nuevo reunificados bajo el imperio de una razón abarcadora), y no para dar cuenta de las razones que mueven a quien, bajo insoslayable incertidumbre, decide lo que a otros afecta, es problema de ellos, de quienes así casan argumentación y teología, no nuestro. Nuestra teoría de la argumentación jurídica es de alcances más modestos y va unida a una noción de racionalidad más humana, más próxima, más de andar por casa: más real y realista.

2. QUÉ Y POR QUÉ TIENEN QUE ARGUMENTAR LOS JUECES.

En pocas palabras: los jueces tienen que argumentar su ejercicio de la discrecionalidad; han de argumentar para hacer ver que en lo que sus decisiones tienen de discrecional no se cuela la arbitrariedad. Para empezar y para que se sepa desde ahora de qué estamos hablando, preguntémonos: ¿qué es eso que llamamos discrecionalidad?

Una actividad discrecional es la que está en un cierto punto intermedio entre actividad totalmente vinculada y actividad totalmente libre. Por ejemplo, podemos considerar totalmente vinculada la actividad del soldado que recibe una orden de su superior en ese ejército; o la conducta del ciudadano para el que rige un precepto del Código Penal que le prohíbe realizar cierta actividad que le apetece mucho, como, por ejemplo, subir a la casa del vecino de arriba y destrozarle a martillazos esos altavoces con los que escucha música a todo volumen. Y como supuesto de actividad totalmente libre cabe citar la que resulte de mi decisión de ahora mismo: seguir escribiendo sobre estas cosas un rato más o echarme una buena siesta.

Alguno podrá ya objetar que aquel soldado puede desobedecer a su superior o que yo puedo optar por violar la norma y darle su merecido al tocadiscos del vecino. Ciertamente, pero para ambos casos rigen normas que disponen las correspondientes prohibiciones, acompañadas de los castigos consiguientes. No es que materialmente no se puedan hacer tales cosas, sino que en modo alguno están permitidas[4]. También se puede aducir que no es tanta la libertad que existe en los otros casos, como el que acabo de mencionar para ilustrar la actividad totalmente libre, pues seguramente la voz de mi conciencia, maldita, me gritará que debo ser más laborioso y que ya está bien de siestas. Ciertamente, pero téngase en cuenta que aquí estamos clasificando acciones en más o menos libres a tenor de sistemas normativos sociales y prescindiendo de la moral como instancia de valoración individual de las conductas. Y, si ese ejemplo no nos vale, busquemos otro que sí: es totalmente libre mi conducta de rascarme o no rascarme la oreja derecha mientras, dubitativo, releo este párrafo que acabo de redactar.

La labor judicial tiene de ambas cosas, ya que contiene aspectos en los que rige la perfecta libertad del juez (¿redacto la sentencia de este caso antes o después de comer?) y otros en los que la vinculación a las normas es de lo más estricta. Recuérdese, sin más, que el juez está obligado a dictar sentencia de los casos que conozca en el ejercicio de su función y dentro de su competencia, y que si no lo hace incurre en uno de los supuestos del delito de prevaricación. También está obligado a decidir con arreglo a Derecho y no a tontas y a locas, y vuelve a prevaricar si sentencia como le salga de la toga o de las entendederas, sin encomendarse a constituciones, códigos y reglamentos.

¿Pero no decimos también que ejerce discrecionalidad y que por eso ha de argumentar para justificar(se)? Ciertamente, así es. Lo que es enteramente libre no requiere justificación y en lo que es forzoso no hay justificación que valga, salvo la remisión a la norma que fuerza. Yo no tengo por qué dar cuenta de por qué me rasco la oreja o dejo

[4] Fuera de los supuestos tasados por el propio sistema normativo que sienta esas prohibiciones y esas sanciones. Por ejemplo, las eximentes penales o las excepciones al deber de obediencia del militar. Pero esto es aquí escasamente relevante para el hilo principal de nuestra exposición.

de rascármela, y por muchas vueltas que le dé, me caerá condena si se prueba que destruí a base de deliberados y placenteros mazazos el aparato musical de mi vecino. Pero, entre esos dos polos está lo que llamamos discrecionalidad, que ahora toca aclarar.

Volvamos a ilustrarnos con comparaciones y muestras traídas por los pelos. En ciertas culturas o épocas, los matrimonios se pactan entre las familias de los novios y éstos no tienen nada que decir; es decir, nada se les permite alegar, se casan con quien se les dice sí o sí, o se exponen a muy graves sanciones de la colectividad. En otros lugares y tiempos, como ahora en parte del primer mundo liberal y felizmente desencantado, cada uno se junta con quien le da la gana y bueno estaría que nos pidieran razones: simplemente, esta es la persona que me gusta y la elijo porque puedo y quiero. Pero allá donde un servidor se crió y por aquellos tiempos, no lejanos pero distintos, echarse novia (y más aún echarse novio una mujer) era una conducta discrecional. Había que explicarse ante la mamá. Se supone que uno podía elegir para ese trance del noviazgo serio, a quien mejor le pareciera, pero, si no se quería sufrir todo un calvario de reproches y desplantes, se debía superar con éxito un estricto interrogatorio de la santa madre: cómo es ella, quiénes son sus padres, en qué trabaja, cuántos novios ha tenido antes que tú, tontín mío, si sabe cocinar, si le gustan los niños, si bebe o fuma... ¡Uf! De qué razones diera uno, dependía el beneplácito o la sanción. Por eso existía ahí discrecionalidad: porque, por una parte, se trataba de escoger libremente de entre una serie de alternativas bien acotadas (por ejemplo, y entonces, no se podía elegir para novio a un hombre si uno era varón, o a una niña o a una muñeca de porcelana o a una cabra, etc.); pero, por otra, nuestra elección iba a ser juzgada como mejor o peor e íbamos a ser alabados o vilipendiados según que nuestras razones convencieran o no a quien podía juzgarlas.

Ahora lo de los jueces. En el ejercicio de su cargo y en lo que dicho ejercicio tiene de discrecional, son ellos los que juzgan hechos aplicando el Derecho, pero de algunas de las razones de sus juicios juzgamos nosotros, y por eso les preguntamos por tales razones. Queremos que nos expliquen por qué deciden lo que deciden en lo que sus decisiones

no están totalmente vinculadas -eso no necesita explicación[5]- ni reconocidas como libérrimas -de eso no se pide explicación[6]-. Así que quizá podemos ya dar una *definición de discrecionalidad: es discrecional aquella decisión en la que se opta libremente entre alternativas*[7]*, pero con arreglo a un modelo o ideal normativo que permite enjuiciar positiva o negativamente dicha elección en sí libre.*

Mi madre tenía en la cabeza un modelo ideal de novia para mí, que se correspondía exactamente con el modelo de esposa perfecta que entonces y allí estaba vigente y que cumplía esa función normativa, precisamente, la de servir de pauta de elección y, sobre todo, de patrón de juicio sobre las elecciones. Con los jueces sucede otro tanto, pues están sometidos ellos también a lo que podemos denominar la paradoja inherente a toda discrecionalidad y que se puede caracterizar de esta manera: se trata de decisiones que han de tomarse libremente, pues se carece de referencia normativa segura que sirva de guía unívoca, pero, al tiempo, el resultado de tales elecciones va a ser juzgado por su cercanía a o discrepancia con un ideal que opera en el trasfondo, que es un ideal normativo socialmente impuesto y vigente.

A este paso acabaremos chocando con Dworkin y a lo mejor hasta entendemos y conseguimos aclarar a otros lo que significa la teoría de la única respuesta correcta o por qué niega don Ronald la discrecionalidad judicial. Lo uno más lo otro constituye uno de los mayores enigmas de la contemporánea Teoría del Derecho y son miles los profesores que compran papeleta en esa tómbola, a ver si desentrañan tan esotéricos misterios. Lo intentaremos nosotros igualmente, por qué no, pero aguarde el lector un poco más, ya que todavía tenemos que aclarar algunos asuntos previos y más elementales.

Hemos quedado en que ni pensamos que la sentencia del juez pueda estar totalmente atada y determinada por la letra de la norma aplicable

5 No tiene el juez penal que justificar por qué aplica el Código penal vigente en lugar del Código de Hammurabi o los Mandamientos de la Santa Madre Iglesia.

6 No tiene que explicitar los motivos que le llevaron a comer ensalada de lechuga el día del juicio oral.

7 Alternativas que pueden venir imperativamente dadas o cuya lista quizá no ha sido a su vez elegida por este que ahora entre ellas ha de tomar partido discrecionalmente.

(y que la aplicabilidad de la norma también se imponga por sí misma y sin dudas de ningún tipo) y por la evidencia de los hechos en sí, sin margen para valoraciones o preferencias; pero no queremos que el fallo judicial esté guiado por las simples preferencias del juzgador, como si éste no tuviera que encomendarse ni a Dios ni al diablo, ni más cuentas de rendir que ante su conciencia. En otras palabras, deseamos que la decisión judicial sea lo más objetiva posible, aunque no podemos negar sus componentes subjetivos, queremos que la existencia inevitable de alternativas decisorias, tanto respecto a la norma y su interpretación -entre otras cosas- como en cuanto a los hechos y la valoración -entre otras cosas- de sus pruebas, no sea la vía por la que en el fallo campen por sus respetos las inclinaciones personales del juez o sus intereses menos presentables. Pues bien, podría existir un procedimiento que acabara de un plumazo con tales dificultades: que el juez lance una moneda al aire, que decida jugándoselo a cara o cruz. ¿Que la norma lo mismo puede significar para el caso, ésto o lo otro? Tiremos la moneda y veamos qué sale. ¿Que la prueba de marras parece convincente pero queda un pequeño resquicio de duda? Que decida la moneda. En suma, que hay buenas razones tanto para dar la razón a esta parte en el litigio como a la otra? Que sea el azar el que determine quién ha de llevarse el gato al agua allí, donde por sí sola no lo determina la norma aplicable, ni quedan los hechos probados hasta el límite de la perfecta evidencia.

¿Por qué no nos convence ese procedimiento aleatorio? Precisamente porque mandaría el azar y no el juez. ¿Y no es precisamente eso lo que buscamos, un proceder objetivo que nos libre de los riesgos insoslayables de la subjetividad?

El problema es que el azar no sabe de razones, mientras que nosotros aspiramos a que razones sean las que orienten la decisión del juez. Y al querer que sean razones damos por sentado que no son lo mismo móviles personales que razones intersubjetivamente aceptables y que, en consecuencia, entre las razones también las habrá mejores y peores, admisibles o no y más o menos convincentes para quien contemple el caso y la sentencia con los ojos con los que deseamos que el juez las mire: con mirada imparcial. Aspiramos a que no sea el azar, sino el

Derecho, lo que dirima los litigios judiciales y, aunque sabemos que las normas jurídicas por sí no son bastantes para imponer en todo caso el contenido preciso de la decisión, queremos convencernos de que se falla desde el Derecho y no desde la autoridad omnímoda del que sentencia. Y de ahí que forcemos a éste a que nos haga ver -o lo intente, al menos, con todo rigor- que no es él, su persona la que por sí libremente decide dentro de esos márgenes de discrecionalidad, sino que la decisión viene de lo que es su visión del mejor Derecho posible, de su concepción de la mejor manera de configurar nuestro sistema jurídico, el vigente, el que tenemos, el que nos hemos dado. Su visión, inevitablemente la suya, pero del Derecho de todos. Hay que argumentar el ejercicio de la discrecionalidad, en suma, porque la sentencia la dicta el juez, pero con el Derecho de todos: pues que se vea.

¿Dónde radica ese elemento de libertad del trabajo del juez, en el sentido de la discrecionalidad que definíamos hace un momento? Y otra pregunta, a la que se contestará en segundo lugar: ¿cómo hacer que esa libertad no degenere en libertinaje y qué sería, aquí y en su caso, el libertinaje?

El Derecho se compone de normas que tratan de predeterminar la solución de ciertos conflictos que en la respectiva sociedad se tienen por especialmente graves o peligrosos para la convivencia ordenada y pacífica. Pero las normas no se aplican solas, y de ahí también que los sistemas jurídicos tengan que preestablecer órganos a tal efecto, dotarlos de autoridad y distribuir entre ellos las competencias resolutorias de esos conflictos mediante tales normas. Y para que todo esto tenga sentido, para que esas normas que componen el Derecho de tal o cual sociedad efectivamente predeterminen las soluciones de los litigios, hace falta que esos órganos aplicadores de las mismas las obedezcan, se atengan a ellas y no hagan de su capa un sayo y aprovechen su poder para decidir como buenamente se les antoje. Tal es la razón de que cada sistema jurídico prescriba la obligación de los jueces y demás órganos aplicadores de sus normas de atenerse a éstas y de que se prevean en cada sistema jurídico, muy variados mecanismos para los casos en los que el juez y el resto de semejantes órganos no saben

o no quieren decidir "conforme a Derecho": revisiones, anulaciones, sanciones disciplinarias y penales, etc.

Volvamos a arrimar el ascua a nuestra sardina positivista y aprovechemos para mencionar de pasada otra cuestión de calado. Si decidir "conforme a Derecho" no es decidir según las normas del Derecho positivo, sino que entendemos que un sistema jurídico también admite que los jueces resuelvan los casos en contravención de lo que para ellos las leyes prescriban, tenemos que o bien ese sistema jurídico confía en que el juez estará y se sentirá atado por una moral común, cognoscible y fuertemente perentoria; o bien ese sistema jurídico ha mutado a un sistema de mera habilitación de la judicatura para, desde su autoridad, decidir los conflictos como ella prefiera o como le ordene quien la gobierne, que ya no será la ley general, sino, quizá, algún general. En realidad no se ha conocido nunca a lo largo de la historia, creo, un sistema de gobierno de la sociedad por los jueces, un sistema casuístico en el que los jueces se convirtiesen en señores, en soberanos de la sociedad y su Derecho. Siempre se ha usado el casuismo y la apelación a la justicia de los casos concretos para convertir al juez ya no en servidor de la ley, sino en esbirro o sumiso de poderes con rostro, pistola y/o chequera. Además, no se puede dejar de señalar también que si pensamos que hay una moral suficientemente precisa y cognoscible como para que pueda ser Derecho con los mismos efectos de seguridad, certeza y orden que el Derecho positivo brinda, estaremos necesariamente pensando en una moral que, por común, ha de ser la moral socialmente vigente, la moral dominante, no una moral crítica y en un contexto de pluralismo ético. O sea, que esa moral que, según los iusmoralistas, sirve para suplir a la ley positiva o enmendarla es, por definición y si las cosas han de funcionar como se dice que pueden y deben funcionar, una moral ultraconservadora, por decirlo del modo más suave.

Pero dejémonos de excursos y sigamos con la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, pues sabemos que la obligación de argumentar adecuadamente es un medio muy principal para procurar que el juez no pase de la una, inevitable y hasta sana, a la otra, totalmente reprobable.

Una sencilla comparación nos puede procurar algo de luz. Cuando yo, en cuanto profesor, corrijo y califico los exámenes de mis estudiantes, me muevo con ciertos márgenes de discrecionalidad. ¿Cuánta? Depende de la materia y del tipo de examen. Si el examen es de una disciplina muy exacta y las preguntas permiten ser corregidas con absoluta objetividad, esa discrecionalidad, en lo que a la corrección se refiere, será nula o muy escasa, aunque sí pueda existir al tiempo de elegir las cuestiones, al fijar el baremo para las distintas calificaciones, etc. Si la prueba es de una disciplina más "elástica", como el Derecho, y si las preguntas no son de tipo test, sino de las tradicionalmente llamadas "de desarrollo", mi margen de maniobra, como profesor, será mayor. Además, hay exámenes cuya calificación puede ofrecer muy pocas dudas, pues o merecen la mínima, por ser indiscutiblemente desastrosos, o la máxima, por geniales. Esos son los *casos fáciles* y si alguien reclamara por la calificación bastaría mostrar esos ejercicios y decir "esto es lo que hay, véalo usted mismo y juzgará como yo". Otras veces las cosas no están tan claras y dan para comentar. Por eso tiene pleno sentido que se organice un sistema de revisión de calificaciones, para que el profesor pueda y deba dar satisfacción al alumno y explicarle sus criterios y razones para puntuar su examen mejor o peor. En disciplinas no exactas y con pruebas que no admitan una calificación cuasiautomática, el obligar al docente a argumentar su nota, a justificarla mediante razones atinentes a los hechos -lo que el estudiante escribió o dijo- y a las reglas -las pautas de corrección y calificación- se fundamenta en el propósito de reducir el riesgo de error y en la finalidad de dificultar la arbitrariedad. Con la decisión judicial ocurre otro tanto.

Ahora preguntémonos cuándo y por qué se podría tildar de arbitraria mi calificación. Me parece que la contestación mejor sería ésta: cuando resulte discriminatoria, pues el examen del estudiante en cuestión no lo califico aplicándole la regla común que aplico a los demás, sino que lo discrimino, ya sea negativa o positivamente. Y eso por lo común ocurrirá porque tomo en consideración algún aspecto del caso que lo hace para mí especial y que es un aspecto que resultaría inadmisible a la luz de las reglas establecidas para la calificación de los exámenes, el trato entre profesores y estudiantes o la vida académica en general. Es

decir, algún interés peculiar mío o alguna pasión personal interfieren en mi juicio y lo convierten en parcial y sesgado. Puede ser que este estudiante me haya sido recomendado por alguien que tiene influencia o poder sobre mí o de quien busco a mi vez favor, que me caiga bien o mal, que gaste con él tratos personales especiales, buenos o malos, que tenga algún rasgo que destape un prejuicio mío, favorable o contrario, etc., etc.

Aquí vemos la importancia del principio de universalización, que impone que con la misma regla que califico el examen de uno debo calificar el de todos, salvo que en alguno concurra una circunstancia tan especial como para que pueda -y deba- defenderse racionalmente que se le aplique un trato particular y distinto, sea mejor o sea peor que el de los demás. Pero con esto último tampoco se contradiría el mandato de universalización, pues ese mismo criterio especial tendría que poder aplicarse y debería ser aplicado a todos los individuos que se hallasen en las mismas circunstancias. Esto es, no sólo tiene estructura universal la regla que dice "Debe darse el trato T a todos los X", sino también la que reza "Debe darse el trato T a todos los X, menos a los Xn que se hallen en la situación S, para los que procede el trato T´". Esto nos lleva a un interesante problema, que aquí sólo podemos mencionar sin más, el problema de si cabría calificar como no arbitrario, y en ese sentido racional, un sistema de decisión de pura equidad o de radical justicia del caso concreto, en el que la única regla universal fuera la de que cada caso debe decidirse individualmente a la luz de sus concretas y particulares circunstancias, sin condicionamientos derivados en la agrupación de casos unidos a soluciones estandarizadas para cada grupo de ellos.

También es posible que no haya discriminación de un caso, pues está la arbitrariedad en la regla misma con la que se califica, no en ésta o aquella calificación. En ese caso, la arbitrariedad no irá ligada a discriminación en la calificación y es plenamente compatible con el mandato de universalización. Yo, por ejemplo, decido que sólo aprobarán mi asignatura los alumnos que respondan bien el noventa por ciento de las cuestiones y que, además, midan más de un metro setenta de estatura. Que me toque a mí o no tener que hacer frente a

la objeción contra esa regla y argumentar para defenderla dependerá antes que nada de si yo la he fijado o me viene impuesta y de si tengo o no reconocida competencia (jurídica) para modificarla o alterar los resultados de su aplicación.

Seguro que a muchos jueces les duele que ciertas conductas estén tipificadas como delito y les parece atroz tener que imponerles ciertas penas, cuando así les toca. La discusión está en si el juez, además de márgenes de discrecionalidad para tratar de atenuar esos efectos mediante recursos tales como la interpretación de la norma, la valoración de las pruebas, etc. está o debe estar facultado para enmendar la norma misma y si eso se puede propiamente justificar o cualquier argumento resultará igual de arbitrario. En este punto es donde los partidarios de la derrotabilidad constitutiva de las normas jurídicas, propugnan que el juez aplique las normas del Derecho como si fueran suyas y no de él, del Derecho, y que les ponga tantas excepciones como le dicte su convicción profunda de que puede argumentarlas de manera solvente. Por supuesto, la manera de que no chirríe ese contraste entre las normas del Derecho y las del juez consiste en proclamar que las normas de su conciencia, si es una sana conciencia moral, son también normas de Derecho y, además, las más altas de todas las normas del Derecho. Es un expediente óptimo para que ningún juez reconozca nunca que desobedece el Derecho vigente, aún en los casos en que pudiera ser, para muchos, moralmente loable hacerlo así; y también una excelente manera de indicar que si yo, juez, no desobedezco tal o cual norma, es porque nadie puede desobedecerla, pues todo el Derecho que yo acato es por definición Derecho justo, ya que si esta norma o la otra fueran injustas yo las habría desatendido.

Igualmente es posible imaginar que algún juez razonara del siguiente modo: bien, la aplicación de las normas que vienen al caso yo la condiciono a mi opinión estrictamente personal sobre la justicia del resultado en ese caso y en cada caso; pero asumo que ese juicio sobre la justicia es particular mío, puramente personal, dictado por mi conciencia individual, por lo que no pretendo que valga para los demás jueces como vale para mí; y más, reconozco idéntica potestad a los otros jueces, de forma que me parece bien que cada uno haga lo

mismo y ponga a las normas jurídicas que está llamado a aplicar tantas excepciones como le dicte caso a caso su conciencia. La diferencia entre este juez, al que llamaremos relativista, y el que denominamos absolutista y que excepciona la aplicación de la norma jurídica desde la convicción de que lo mueve una moral perfectamente objetiva, una moral que está por encima del Derecho positivo o legislado y una moral que, por tanto, rige de idéntica forma para los mismos casos y para todos los jueces que se pretendan racionales y justos aplicadores del Derecho, está en lo siguiente. El juez absolutista sigue pensando que aplica Derecho cuando decide en conciencia, gracias a que su conciencia es el receptáculo de esa otra parte del Derecho, tan objetiva o más, que es la moral verdadera. Se tiene en buen concepto y es alta su autoestima, por tanto. En otras palabras, cuando en conciencia inaplica la norma jurídica que viene al caso, ni sobrepone su conciencia sobre el valor de la ley, lo cual podría ser digno de alabanza en algunas ocasiones, ni propiamente le pone una excepción al imperio del Derecho "objetivo" para el caso, pues entiende que la pauta que en su conciencia encuentra también es Derecho y que, en consecuencia, no está la moral excepcionando al Derecho sino una parte del sistema jurídico marcándole una excepción a otra parte del mismo sistema. En suma, como los niños cuando gritan ¡yo no he sido! o los que aseguran que actúan poseídos y sin ser dueños de sí, pues oyen voces o notan una fuerza irresistible que les mueve la mano o lo que sea.

Nos gustará más o menos ese juez que denominamos absolutista, pero incongruente no es a la hora de describir el sistema jurídico que él ve. En cambio, el juez que hemos calificado como relativista es poco menos que un imposible, por incongruente o por radicalmente cínico, pues para él el sistema jurídico propiamente no existe, ya que no sería más que un conjunto de convicciones personales de los jueces sobre la justa resolución de los casos. Así que si quiere dar cuenta de su función, tendrá que describirla como mero ejercicio de un poder socialmente establecido y, además, deberá asumir que los jueces propiamente no aplican Derecho, sino que lo crean por completo. ¿Y las normas del llamado Derecho positivo qué serían, entonces? Meras sugerencias de respuestas posibles para los casos, pero que pueden acatar o no según les parezca.

El Estado de Derecho, al menos ése, funciona -en lo que funcionagracias a que la mayor parte de los jueces que en él ejercen no son ni relativistas ni absolutistas, en el sentido que acabamos de proponer. Por un lado, no creen que su conciencia personal sea reina y señora de las decisiones en los casos que juzgan, sino que piensan que deben aplicar las normas de un Derecho que no es suyo ni vive en sus gustos y sus opiniones; no son tan escépticos respecto al Derecho y se creen algo del llamado principio de legalidad. Por otro, no viven tan pagados de sí mismos, no son tan narcisistas como para pensar que sólo con que a ellos se les ocurra que algo es injusto, ya han dado con la moral verdadera, que por arte de birlibirloque se transmuta a través de su pluma en Derecho supremo y perfectamente objetivo.

En realidad, ese modelo de juez que ni está aquejado de depresión, ni pletórico de soberbia es el que en el Estado de Derecho presumimos cuando le exigimos que argumente sus decisiones. Si éstas fueran nada más que cuestión de gusto, del gusto de cada juez, habría que aplicar aquello de que sobre gustos no se discute, y nada habría que argumentar. Si fueran las decisiones judiciales asunto de verdades incontestables, tampoco darían para mucha argumentación, pues diríamos lo de que la verdad no tiene más que un camino y basta una sencilla demostración para poner de manifiesto que se ha seguido el único camino posible, el de la única respuesta correcta. Pero, entre esos dos polos viciosos, hacemos a los jueces que justifiquen sus decisiones porque ni todo vale igual, ni lo que digan ellos vale más, por ser vos quien sois.

Al hablar de arbitrariedad, por contraste con la arbitrariedad que mediante la exigencia de argumentación se quiere desterrar en lo posible, será útil diferenciar entre sujeto decididor arbitrario y decisión arbitraria. Que algunos jueces sean arbitrarios es algo que, por sí, tiene menos importancia de lo que a primera vista parece. Lo relevante, y para lo que sirve antes que nada la obligación de argumentar, unida al principio de legalidad o de sumisión del juez al Derecho "objetivo", es para que no haya decisiones arbitrarias. Veamos con más calma esta distinción.

Imaginemos dos jueces que juzgan el mismo caso o casos perfectamente idénticos. Llamemos a esos jueces A y B. El juez A es un santo varón -o una santa dama, pero no nos compliquemos también con los géneros-, la mejor persona que imaginarse pueda, el más honesto y esforzado de los seres humanos, un prodigio de conciencia escrupulosa y de celo profesional. Cuando ve y oye al acusado -supongamos que el caso es penal- se esfuerza hasta el límite de lo humanamente posible para desterrar de sí todo prejuicio, asiste a cada trámite del proceso con la atención máxima, medita cada decisión hasta el extremo, reflexiona con el mayor rigor y a la búsqueda de la más pura justicia. Finalmente condena, pero sus argumentos son tan endebles como profunda e incontaminada era su convicción de la culpabilidad del reo. No será difícil que el abogado del condenado recurra la sentencia ni que el tribunal superior se la case.

Ahora vamos con el juez B. Es y se sabe tendencioso, aunque, inteligente también, no se delata. En cuanto echa un vistazo al caso y al procesado ya sabe que va a condenar, lo decidió así porque detesta a ese tipo de personas, tal vez le recuerda el reo a un novio que su hija tuvo y que la trató mal, o al antiguo marido de su esposa, lo que sea. Se pasa el proceso medio distraído, no es demasiado riguroso en su manera de actuar. Al fin dicta el fallo que tenía predecidido, aquel al que su prejuicio le llevó, pero lo motiva con tal cantidad de argumentos oportunos, bien traídos y sabiamente desarrollados, que cualquiera que lea la sentencia quedará bastante convencido de lo correcto de la decisión y, además, no parece fácil que la parte perdedora pueda contrapesar con éxito esos argumentos en un hipotético recurso.

Si nos preguntamos cuál de los dos, A y B, es mejor ser humano y más honesto, coincidiremos en que sin duda A. Si la cuestión es la de cuál es mejor juez, empezarán las dudas, pues, igual que no hay más cera que la que arde, de los jueces normalmente ni conocemos ni tenemos por qué conocer mayor cosa que sus sentencias. Porque, si el interrogante versa sobre cuál de las dos sentencias es mejor, estaremos de acuerdo en que la de B. ¿Pese a lo reprobable de sus móviles? Sí, pese a ello, y veamos ahora la razón.

Mi pareja puede tener quién sabe qué móviles conscientes o qué inconscientes impulsos para estar conmigo. Pero yo de eso no sé nada, si ella no me lo dice o no me lo cuenta su psicoanalista. Yo sé lo que sí me dice y lo que por mí mismo percibo: cómo me trata, cómo se porta conmigo, cómo nos entendemos. Si yo pienso que me quiere -y si yo la quiero-, es por lo visible, no por lo invisible, por sus obras, no por sus móviles secretos; pues, si son secretos, no podrán contar en mí ni para bien ni para mal. A ella le pasa conmigo otro tanto. Y si me dijeran que la verdadera causa de que busque mi compañía y se acople a mi temperamento, es que le recuerdo a su papá o a un perrito con el que jugaba de pequeña, seguramente yo respondería que bueno y que qué importa, que para mí lo decisivo no son esos móviles originarios y ocultos, sino lo que puede ver y sentir. Con los jueces también ocurre algo similar, *mutatis mutandis*.

Los de aquella corriente doctrinal de tierra fría que se llamaba realismo jurídico, afirmaban que el juez primero decide y después motiva. Como nuestro juez B y contrariamente a nuestro juez A. O sea, que primero adopta intuitivamente su resolución de condenar o absolver o de dar la razón a una parte o a la otra, y después busca los mejores argumentos para revestir de la apariencia de razones lo que propiamente no las tiene, pues estuvo guiado por las pasiones, por pulsiones más o menos elementales. Esto fue durante mucho tiempo una seria objeción para las corrientes de teoría del Derecho que querían dejar a salvo algo de racionalidad posible en la decisión judicial, la esperanza de que con algo de objetividad y racionalmente podamos distinguir entre decisiones mejores y peores. Al fin, desde las filas de las teorías de la argumentación jurídica salió la respuesta adecuada para evitar ese embrollo realista. Veámosla.

Al igual que yo de mi pareja sólo conoceré los móviles recónditos si ella es consciente de ellos y me los confiesa, del juez sólo sabremos que obró por móviles indebidos si él es tan torpe como para dejar que se le vean. Y de la misma manera que del amor de mi compañera yo juzgo por sus acciones, la sentencia del juez la valoramos por las razones que contiene en forma de argumentos; si éstos son convincentes para un

observador imparcial, pensaremos que cualquier juez imparcial podría
haber decidido así y probablemente habría decidido así.

Naturalmente, tendremos luego y aquí que aclarar qué significa exactamente lo de que los argumentos sean convincentes. Será en el último apartado de este escrito. Pero, mientras tanto, podemos calar mejor en el sentido último de algo que ya sabíamos: que de las sentencias lo más importante, en términos de racionalidad, no es el fallo en sí, sino la motivación que lo sostiene, los argumentos con que se ampara; y que, correlativamente, para la racionalidad de esas sentencias cuenta más su motivación que los móviles del juez, que sus motivos personales, normalmente ocultos. Y cuando son indebidos esos móviles y se pueden conocer, ya prevé el sistema jurídico vías para que la sentencia se invalide y al juez se le sancione. De ahí que, aunque suene algo extraño, el problema más grave sea el otro: el de los jueces con las mejores intenciones que hacen las peores sentencias. Algo hoy bastante común, y no hay más que leer abundante jurisprudencia para constatarlo. A ese mal es al que quiere poner algo de freno la teoría de la argumentación jurídica, aunque, al paso que vamos y cuando esa doctrina anda de la mano del iusmoralismo, podemos acabar agrandando el desaguisado en lugar de arreglarlo.

Resumamos la diferencia principal, en este contexto de la decisión judicial, entre arbitrariedad y discrecionalidad. Quedamos en que juzgamos por lo que vemos en la sentencia, prescindiendo de los móviles personales del juez, que no nos serán conocidos, salvo en los casos marcadamente patológicos. Pues bien, una decisión es arbitraria cuando o bien se toma al margen de cualesquiera razones, sin razones de ningún tipo que justifiquen la opción como auténtica elección, como ocurre en el caso de que se decida lanzando una moneda al aire, o bien las razones de la decisión son estrictamente personales y, a fin de cuentas, inconfesables. Serán inconfesables, en este marco, porque si se confiesan o se detectan, denotarán parcialidad y ánimo discriminatorio, opuesto todo ello, por tanto, al requisito de universalización. Esas razones parciales por palmariamente subjetivas, personales, no podrán

valer como razones aceptables para un observador imparcial, genérico. Aquí es posible formular la siguiente tesis: una decisión judicial es *tanto más sospechosa de arbitrariedad, en el sentido que se acaba de exponer, cuanto más defectuosa es la argumentación que la apoya*, la justificación que de ella se da en la motivación de la sentencia. Tendremos, en consecuencia, que precisar más en qué consiste una argumentación defectuosa, y de eso nos ocupamos en el apartado que sigue.

3. ¿Cómo sabremos si los jueces han argumentado (suficientemente) bien?

Cuando la administración de justicia se tomaba por ejercicio de autoridad ante todo, aunque fuera la autoridad delegada del monarca, las sentencias no debían motivarse, pues el que da razón de sus decisiones se muestra con ello sometido a algún imperativo externo. Cuando la justicia impartida era absoluta, porque absoluto era también, o se pretendía, el poder que con las decisiones se expresaba, los jueces debían fallar sin explicar sus porqués. Por la misma razón que, hasta hace bien poco, los padres tampoco se veían en la necesidad de explicar a sus hijos pequeños, por qué les ordenaban ésto o lo otro. Al fin y al cabo, el poder absoluto, sea de las monarquías de antaño, sea de las tiranías de hoy, ve al súbdito como un menor de edad permanente.

Luego las cosas cambiaron, donde cambiaron. Primero el racionalismo sembró la ilusión de que el Derecho podía erigirse en ciencia exacta y de que la impartición de justicia era labor poco menos que mecánica. El juez ya estaba sometido a algo, sí, a un imperio que se ha tornado impersonal, el imperio de la ley, pero la ley se piensa tan perfecta, recogida en sus códigos nuevos, que en la decisión judicial no se ve más que razonamiento silogístico puro y duro. Lo que, al motivar, debe el juez mostrar ahora es que él no inventa ni los hechos del caso ni la norma que trae para el conflicto la solución, sino que los unos y la otra los recoge ahí afuera, en un mundo perfectamente objetivo en el que se encuentran acabados y a la espera de ser descubiertos hasta en su más mínimo detalle. La práctica del Derecho deja de consistir en mandar, más que nada, y se convierte en conocer, es actividad parangonable a cualquier otra labor científica. Lo único

que el juez necesita es un buen método y se cree que lo tiene en el de la subsunción, el del elemental encaje de los hechos bajo las normas. Júntense los hechos del caso con la norma pertinente y, si encajan, si se compenetran, la solución sale sola, como feliz alumbramiento resultante de tal ayuntamiento y a modo de conclusión de un silogismo tan sencillo, que cualquiera puede ser juez a nada que no se le olviden los preceptos del código. Al motivar, lo que el juez acredita es que no es él quien aporta ni manipula los hechos ni las normas del caso, únicamente los muestra y viene a decir ahí están, la conclusión la saca cualquiera. Por tanto, el fallo se vuelve poco menos que indiscutible, o así se pretende.

De la sentencia como mandato y mero ejercicio de autoridad se pasó, allá por el XIX, a la sentencia como producto de la razón cognoscente, de la razón teórica. En la fase siguiente, desde comienzos del siglo XX, empezará a concebirse la sentencia como decisión propiamente dicha, y en la motivación se verá la exposición de los porqués de ese juez que, ahora, elige entre alternativas usando su discrecionalidad. De la autoridad del que decide se había pasado a la autoridad de la ciencia, de la razón cognoscente, y, en este momento, el tránsito será a la autoridad, relativa, de la razón práctica. Mas retornarán a lo largo del XX los intentos de hacer de la razón práctica, una vía tan segura como la de la razón científica y reaparecerá cada tanto el viejo sueño de la única respuesta correcta para cada litigio y la ilusión de que la discrecionalidad puede desterrarse como un mal evitable.

En las últimas décadas del pasado siglo, la teoría de la argumentación jurídica, nacida para ofrecer un modelo discursivo de racionalidad de las decisiones se bifurca. Una corriente pretenderá ofrecer las herramientas para convertir el razonamiento práctico del juez en razonamiento cuasidemostrativo, a base de ofrecer el método para que quien decide pueda conocer la solución objetivamente correcta y verdadera que para cada asunto late, a la espera, en el fondo de un ordenamiento que vuelve a ser perfecto, ahora en tanto que sistema axiológico u orden objetivo de valores. Otra rama de la teoría de la argumentación, menos optimista o con menor idealismo, se conformará con ofertar las

estructuras mínimas de la argumentación judicial razonable y tendrá como objetivo la detección de la arbitrariedad, no la justificación de la respuesta correcta única. Veamos todo ésto algo más despacio.

Con la crisis de aquel ingenuo y metafísico positivismo del siglo XIX, crisis que, con el cambio de siglo, llega ante todo de la mano de otras corrientes positivistas, curiosamente, sea del positivismo normativista de Kelsen, sea del positivismo empirista del realismo jurídico, sea del positivismo sociologista de parte también de los realistas y de muchos de los de la llamada Escuela de Derecho Libre, se subraya que la discrecionalidad judicial es inevitable y que a ese dato básico hay que adaptar la exigencia de motivación de las sentencias. Ahora la obligación de motivar se entiende como exigencia de que el juez haga valer que sus valoraciones, determinantes al apreciar la prueba y al interpretar la norma –entre otras cosas-, no son arbitrarias. Se trata de que mediante sus argumentos nos convenza de que cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él, puesto que ha buscado las mejores razones del Derecho, en lo que el Derecho es instrumento de todos, en lugar de dejarse sin más guiar por sus móviles personales o sus intereses.

En las últimas décadas del siglo XX, y especialmente a partir de la obra inicial de Dworkin, renació en la teoría jurídica aquel viejo anhelo de que la discrecionalidad pudiera evitarse y de que el razonamiento judicial pudiera ser plenamente guiado por la razón cognoscente, objetivo. Otra vez la aspiración de que exista una razón práctica que no sea menos que la teórico-científica. Si existe y está predeterminada una solución correcta, latente en algún fondo del sistema jurídico, necesitaremos nada más que un buen método para desenterrarla y aplicarla al caso. Ese método quiso brindarlo Alexy con la ponderación, que es al iusmoralismo actual lo que la subsunción fue al positivismo metafísico del XIX: una técnica soñada para que los casos difíciles tengan fácil solución, en la idea de que sólo en la superficie o a primera vista, *prima facie*, son intrincados y dramáticos algunos casos, pero que en el fondo se componen las soluciones gracias a que el sistema jurídico tiene una interna armonía a tenor de la que cada asunto, casa nada más que con una solución correcta; o casi. Es cuestión de llevar bien las cuentas, de calcular los pesos con la balanza

de nuestra razón práctica, si bien adaptada al pesaje peculiar de lo jurídico. Cuentas complicadas a veces, sí, pero cuentas. Con un buen silogismo lo solucionaban los de la Jurisprudencia de Conceptos y con una imaginaria balanza, más o menos precisa, lo arreglan los de la Jurisprudencia de Principios y Valores.

Aquí asumimos la otra versión de la teoría de la argumentación, la de pretensiones menos idealistas, la menos dada a mitificar las propiedades del sistema jurídico y la que asume la discrecionalidad judicial como inevitable, precisamente porque el sistema jurídico ni es completo ni es coherente ni se expresa con total claridad a través de esas normas suyas que se escriben en el lenguaje ordinario. Porque también asumimos que el Derecho se compone con la materia prima del lenguaje y sus enunciados, no con valores prelingüísticos en un mundo de ontologías platónicas.

Si el razonamiento del juez no es demostrativo de que la suya es la única solución correcta en Derecho –asumamos aquí esa razonable tesis-, su argumentación servirá más que nada para justificar las valoraciones suyas que sean determinantes a la hora de seleccionar los hechos relevantes del caso, de admitir las pruebas de los mismos y de valorar dichas pruebas, por un lado, y, por otro, al tiempo de seleccionar la norma aplicable al caso y elegir una de entre las interpretaciones posibles de la norma en cuestión. Y, puesto que esa justificación la hacen para las partes, sí, pero también para nosotros, el conjunto de los ciudadanos, habrá de realizarla con las claves que compartimos, con los patrones pragmáticos de racionalidad y razonabilidad que, aquí y ahora, nos son comunes. Tal es el sentido con que podemos recuperar, en este contexto, nociones como la de auditorio universal de Perelman. Entre cómplices se puede argumentar al servicio de un interés, un fin o una obsesión particular; entre conciudadanos indeterminados, si la argumentación busca el entendimiento tiene que hacerse sin trampa ni cartón, poniendo el énfasis en lo que todos pueden entender y cualquiera podría asumir, en tanto que ciudadano prototípico y comprometido con el interés general. Con sus argumentos en la motivación de la sentencia el juez dialoga con nosotros, ciudadanos genéricos, y debe hacerlo apelando a la razón común y compartida,

a los esquemas colectivamente vigentes, no de la manera en que un vendedor sin muchos escrúpulos, se dirige a sus clientes o un político populista a sus electores, nada más que para seducir, salirse con la suya y ahí te las den todas y si te vi, no me acuerdo.

Así debería ser y sobre esa base podemos y debemos construir los instrumentos de control de la calidad y racionalidad argumentativa de las sentencias. Es posible y deseable que la doctrina vaya elaborando modelos bien complejos y, al tiempo, manejables. Es grande la laguna que a tal propósito existe todavía, pues buena parte de la teoría de la argumentación ha pasado a circular por otros derroteros, más cercanos a la ética que a la lógica y más afines al lenguaje de los sacerdotes que guardan el Oráculo que al del común de los mortales juristas. No vamos a desconocer, con todo, que también se han hecho propuestas muy notables, desde las de Alexy, en particular el primer Alexy, a las de Manuel Atienza, entre otros, y pasando por aquellos autores que a la racionalidad argumentativa llegan desde los rigores primeros de la lógica y la inteligencia artificial. No es tan raro, al fin, que los intelectuales tarden décadas en descubrir, sorprendidos, lo que ya sabían nuestras abuelas.

Aquí vamos a proponer lo que podría denominarse un modelo básico de análisis de la racionalidad argumentativa de las decisiones judiciales. También puede verse como modelo básico de construcción de sentencias argumentativamente racionales. Si lo tildamos de básico, es por su evidente sencillez, en primer lugar, pero también porque recoge el núcleo o la esencia de la racionalidad de ese tipo. Puede y debe ampliarse ese núcleo esencial, pero no será tarea que emprendamos en este trabajo.

Supongamos que estamos leyendo, con propósito analítico y crítico, una sentencia. Vale pensar también que vamos a escribirla. Pues bien, *ante cualquier afirmación de contenido no perfectamente evidente que en ella se contenga y que resulte o se presente como relevante para la justificación del fallo, debemos hacernos siempre la siguiente pregunta, para empezar*: ***eso por qué***. Algunos ejemplos rápidos y bien elementales. Que el juez dice que la voluntad del legislador al crear la norma era tal y cual: por qué. Que el juez afirma que el testimonio de aquel testigo

era difícilmente creíble o que el perito no parecía nada competente: por qué. Que el juez sostiene que el fin de la norma que interpreta y aplica es éste o el otro: por qué. Y así siempre.

La idea de fondo es que *se puede tildar de arbitraria toda afirmación, no evidente en su contenido, que sea relevante para la resolución del caso y que no esté justificada con razones admisibles que la hagan o, al menos, sirvan para hacerla y pretendan hacerla, razonable.*

Esa idea general, la de interrogar siempre sobre los porqués, puede desglosarse o precisarse en tres preguntas que cabe enunciar así: usted por qué lo sabe (i), eso a qué viene (ii) y por qué tenemos nosotros que pasar por eso (iii).

(i) La pregunta sobre *usted por qué lo sabe* será aplicable siempre que en la sentencia, el juez haga una afirmación relevante y cuyo contenido no sea del dominio común. Supongamos que, con importancia para el caso que se está dirimiendo, se afirma en la sentencia que el ochenta por ciento de los varones españoles calzan zapatos de talla superior a la cuarenta y cuatro. Una tesis así, más que dudosa y discutible, o está avalada por algún tipo de estudio empírico, análisis fáctico o encuesta, por ejemplo, o podrá tenerse por perfectamente gratuita, arbitraria del todo. Si el juez mantiene que tal afirmación está respaldada por este o aquel trabajo de campo, la perspectiva crítica podrá trasladarse al método y fiabilidad de dicho material científico, pero, en principio y mientras no conste o se haya aportado un análisis de contenido opuesto, podremos considerar que sí se ha justificado la tesis, al menos mínimamente. En caso contrario, podremos aplicar la siguiente pauta crítica: *si el juez mantiene, sin más, que "A" y yo mantengo, sin más, que "no A" y si ni él ni yo aportamos ulteriores razones, por qué ha de valer más su tesis que la mía.* Si la única contestación con la que podemos contar es que porque él tiene una autoridad de la que yo carezco, nos hallaremos ante una deficiencia en la racionalidad argumentativa de la sentencia: el juez solicita para su afirmación acatamiento por ser él quien es, no porque valga ella en sí e independientemente de la condición del que la sostiene. Resquicios de aquel absolutismo de antaño.

Nos estamos refiriendo, en este primer apartado, al requisito de *exhaustividad o de saturación de los argumentos*, que viene a expresar, repetimos, que *toda afirmación no obvia debe aparecer justificada hasta el límite de lo razonablemente posible.*

(ii) La exigencia siguiente es la de *pertinencia* de los argumentos. Por muy verdadera que sea una afirmación o muy convenientes las razones que se expongan, han de venir a cuento, han de ser pertinentes para el caso, para lo que concretamente se está debatiendo. En caso contrario, no es razón para el caso y su fallo, aunque lo sea, y buena, para otras cosas. De ahí que siempre debamos tener lista esta pregunta al analizar los argumentos judiciales: e*sto a qué viene.*

Si un amigo nos pregunta por qué hemos dejado de fumar y le respondemos que es debido a que en todo triángulo rectángulo el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos, le estaremos mentando el teorema de Pitágoras, que no es broma, pero él sí puede considerar, con fundamento, que le estamos tomando el pelo o que no tomamos su pregunta en serio. Y así será, con seguridad, salvo que desarrollemos el argumento para mostrar la conexión entre aquel teorema geométrico y nuestra saludable decisión.

Suenan a chiste los ejemplos y a simpleza el método, pero sólo hasta que aportamos algún caso jurisprudencial bien notable. Mencionemos la Sentencia 16/2004 del Tribunal Constitucional Español, de 23 de febrero, sentencia que tuvo gran eco mediático y favorable acogida en la opinión pública. En esta sentencia se plantea el problema de si una sanción impuesta por un ayuntamiento al dueño de un bar, por exceso de ruido, tiene o no tiene el respaldo legal que para toda sanción administrativa se necesita, conforme al art. 25 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional realiza a tal propósito un razonamiento interpretativo complejo, con dos partes principales. En la primera, concreta el significado del principio constitucional de legalidad sancionatoria, aclarando que para que tal requisito se cumpla ha de existir una ley habilitante que predetermine dos cosas: la "fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad" y las clases de sanciones que la Administración correspondiente puede establecer.

En un segundo paso, se trata de ver si tales condiciones se cumplen para la ocasión. En la ley de la que se discute si ofrece o no cobertura para el reglamento municipal que preveía sanciones para el ruido, la *Ley de Protección del Ambiente Atmosférico*, de 1972, se definía contaminación atmosférica, a los efectos de la ley, como *"la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza"*. Por tanto, la sanción reglamentaria del ruido sólo tendrá respaldo legal si el ruido constituye contaminación atmosférica de la referida por tal ley, lo que, a tenor de la citada definición, implica que, a tal efecto, el ruido ha de ser o materia o energía. Pues bien, el Tribunal dice que "cualquiera que fuese la voluntad del Legislador de 1972 (...) el ruido puede encajar en alguna de las expresiones citadas, no tanto como <<partículas>> como más bien en el término <<formas>> en general –se habla en el lenguaje común de <<contaminación acústica>> o en el de <<formas de energía>>". Y esta última aseveración la fundamenta el TC así: "El ruido en cuanto provoca determinadas ondas que se expanden en el aire, puede incluirse en esta expresión <<formas de energía>>".

Tal subsunción será racional en la medida en que sea sostenible la verdad de que el ruido es energía y no otra cosa. El Tribunal no da más argumento ulterior que éste que acaba de citarse. Ahora bien, tan endeble argumentación en lo procedente quedó oculta bajo la extensión de un argumento que no era pertinente para la ocasión. Se extiende la sentencia en amplias y muy fundadas consideraciones sobre lo dañino que el ruido puede resultar para la salud y la calidad de vida de los ciudadanos y sobre cómo una excesiva exposición al mismo puede con razón tenerse por atentado grave contra derechos tan fundamentales como el derecho a la intimidad y a la vida privada. Cierto, pero hay un problema: al Tribunal no había acudido, mediante recurso de amparo para proteger un derecho fundamental, ningún ciudadano que estimara dañados esos derechos suyos por causa del bar del propietario multado, sino que fue este el que recurrió para hacer valer que, si no había respaldo legal para la sanción administrativa, se violaba de modo muy grave su derecho a la legalidad sancionatoria, consagrado en el art. 25 de la Constitución. Ese era el tema y ese era

el derecho que estaba en discusión, no otro, no aquellos otros. Y al argumentar sobre otros derechos lo que se está haciendo, posiblemente, es encubrir la débil protección que a ese concreto ciudadano se le otorgó de su derecho a no ser sancionado, si no es con un apoyo mínimo en la ley, en una ley cabalmente interpretada y no de la manera absurda en que aquella Ley de Protección del Ambiente Atmosférico aparece interpretada en esta sentencia.

(iii) Decíamos más arriba que el tercer test al que podemos someter los argumentos judiciales es el que se plasma en las preguntas sobre *por qué tenemos que pasar por eso* o, más vulgarmente expresado, eso a nosotros qué nos importa. Se hace referencia a que todo argumento que pueda contar como sustento del fallo judicial ha de ser un argumento *admisible*. Aquí no hablamos, como en el punto anterior, de la admisibilidad para el caso, sino de la admisibilidad general de un argumento, como argumento que pueda utilizarse en un razonamiento jurídico, y más dentro de los márgenes del Estado de Derecho.

Tomemos un ejemplo. El juez que interpreta el enunciado normativo N se ve en la necesidad de elegir entre dos interpretaciones posibles del mismo, S1 y S2, de cada una de las cuales van a derivarse diferentes consecuencias decisorias para el caso. Pongamos que ese juez adopta un punto de vista religioso y dice que se debe dar preferencia a S^1 por ser el contenido resultante el que mejor se compadece con el credo cristiano. Habría usado lo que podríamos llamar un argumento teológico de interpretación para respaldar su preferencia interpretativa. Y, sin duda, su proceder no nos parecerá admisible, por incompatible con los fundamentos de nuestro Derecho, del sistema jurídico de un Estado pluralista y no confesional. O imaginemos que ese juez se inclina por S^2 con el argumento de que el sentido así resultante de N es el estéticamente más bello, el más acorde con las pautas vigentes de belleza literaria. El argumento aquí sería de tipo estético, y nos provocará el mismo rechazo.

¿Qué tienen en común ese argumento teológico y ese argumento estético, que hace que la interpretación resultante no nos parezca justificada en tanto que interpretación jurídica? Pues que se trata de dos argumentos interpretativos no admisibles en nuestra cultura

jurídica. En cambio, si tal juez echa mano de un canon o argumento teleológico, o de uno sistemático, o de uno subjetivo, alusivo a la voluntad del legislador, o de uno social, etc., la interpretación resultante nos convencerá más o menos, pero no diremos que carece de justificación admisible.

La pauta de admisibilidad nos la da el que pueda un ciudadano genérico compartir o no el argumento de que se trate. Las creencias religiosas son de cada uno y los gustos estéticos son de cada cual en un Estado liberal y pluralista, en el que no hay ni una religión común obligatoria, oficial, ni un patrón estético autoritariamente impuesto como único o supremo. Pero, si la religión es de cada conciencia y el gusto pertenece a cada individuo, resulta que el *Derecho es de todos*, y esa su naturaleza común se tergiversa cuando, al aplicarlo, se hace pasar por el tamiz de lo que es *meramente* personal del juez. Los gustos culinarios del juez, por ejemplo, no pueden ser los dirimentes cuando resuelve un asunto en materia de seguridad alimentaria, o su credo religioso no ha de determinar su decisión en un pleito en que algún asunto de la fe ande de por medio. No es que sus creencias o gustos no puedan influir de hecho en él, incluso de modo inconsciente, sino que sus argumentos los valoramos positivamente nada más que si en ellos vemos algo que, más allá de las divergencias religiosas y de gusto, a nosotros, en tanto que ciudadanos genéricos, de cualquier religión o de ninguna y de cualquier inclinación ética o estética, también pueda convencernos. *Porque el Derecho es de todos, las razones admisibles del juez sólo pueden ser las razones que tenemos en común*, las que todos podamos admitir y, por tanto, no pueden ser basadas en lo que nos separa o legítimamente nos diferencia dentro de un Estado y una sociedad que consagra el pluralismo y la libertad como valores constitucionales. Las sentencias de los jueces también pueden y deben aspirar a ser elementos en el proceso de construcción de lo común en nuestra diversidad legítima como ciudadanos libres.

Nada se avanza para ese fin al negar la discrecionalidad judicial, al camuflar la presencia de las valoraciones en las decisiones. El único camino transitable es el de la exigencia de razonabilidad de las argumentaciones con que se fundamentan los fallos que, Derecho

en mano, pueden tener varios caminos, pero que, también Derecho en mano, no pueden provenir simplemente de la conciencia del juez elevada a *suprema, gratuita e incontrolada* fuente del Derecho. El control lo hacemos nosotros, en última instancia, y lo hacemos, entre otras cosas, con el instrumental crítico que nos aporta una teoría de la argumentación jurídica tan poco pretenciosa como, al tiempo, ineludible; una teoría de la argumentación jurídica que no quiera negarse a sí misma los fundamentos al convertir la argumentación en demostrativa de soluciones únicas correctas que aguarden la razón práctica que indubitadamente las descubra, sino que asuma que también en Derecho la gente se entiende hablando y que por eso dicha conversación no puede acaecer de cualquier manera, ni siquiera por concesión a la autoridad de los jueces.

Garantías, Principios y Reglas del Proceso Civil

Osvaldo A. Gozaíni *

* Es abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1978); y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1987, área Derecho Constitucional), con segundo doctorado (2010) en la misma universidad con tesis aprobada como sobresaliente en el área Derecho Procesal Civil. Es profesor titular por concurso, del Departamento de Derecho Procesal, de esta última Facultad desde el año 1997.

Es director de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; y de la carrera de especialización en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Ha escrito más de cuarenta libros propios y otros tantos en colaboración. Se destacan: *a*) Tratado de Derecho Procesal Civil, cinco tomos, La Ley, 2009; b) Tratado de Derecho Procesal Constitucional, dos tomos, Porrúa, 2011; c) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tres tomos, editados por La Ley (2002, 2006; 2009 y 2011); *d*) Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, dos tomos, editados por La Ley (2003, 2008; 2010); *e*) Derecho Procesal Constitucional –seis tomos-, 1. Introducción al derecho procesal constitucional, 2. Amparo, 3. Hábeas Data. Doctrina y Jurisprudencia. 4. Hábeas Data. Legislación y reglamentación. 5. Debido Procesal. 6. Protección procesal del usuario y consumidor, editados por Rubinzal Culzoni; *f*) Costas Procesales, varias ediciones, de Ediar; g) Formas alternativas para la resolución de conflictos, editado por Depalma (1997).

Fue Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, donde también se desempeñó como Director de la Carrera de Abogacía (1993/2000).

Es director del suplemento de Derecho Procesal Civil de la revista Doctrina Judicial, editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

Ha sido Investigador Principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Es profesor honorario de las Universidades Antenor Orrego de Perú; y San Antonio Abad del Cusco (Perú). Y profesor *permanente* del plantel de posgrado de la Universidad Panamericana de México; profesor visitante de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), entre muchas otras del exterior.

Es miembro titular de la Asociación Internacional de Derecho Procesal; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; vocal del consejo directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional; entre muchas más.
Ha dictado más de cuatrocientas conferencias en el país y el exterior (Uruguay, Perú, Colombia, Brasil, Venezuela, Costa Rica, Panamá, México, Estados Unidos, España, Italia y Francia).

INDICE

- Capítulo I
- Introducción
- Capítulo II
- Interpretación de los principios procesales

Capítulo I

Introducción

1. ¿Principios o sistemas?

Un sector de la doctrina clásica, dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera (1).

Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostiene que "se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal" (2).

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al admitirse que los principios eran "presupuestos políticos", fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones "políticas" (3).

---

1 Díaz, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal,* Parte General, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 212.

2 Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 250.

3 El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a "*sistemas*", dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo ([4]).

Con estos parámetros, en lugar de referir a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos.

De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes de la ciencia, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la Ley, pretendiendo así señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo, sin importar los condicionamientos formales ([5]).

Aunque frente a este criterio aparecía una concepción diferente, que veía en el proceso una lucha entre partes, donde el Estado sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradictores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etc.

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenían (tienen) diferencias significativas, y establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

En la actualidad, este enfrentamiento pervive y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales.

---

tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa, ni comprometa la igualdad de las partes (ob. cit., p. 251).

4 Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 448.

5 Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Cárdenas, 1989, p. 51. Agregando: "Ni siquiera la circunstancia de que el Juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento e*n el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero ésto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley…".

La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial.

En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables; o bien, que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas (6).

2. Principios y presupuestos. Reglas y garantías

Para nosotros deben diferenciarse las *garantías*, los *principios*, y las *reglas*.

En efecto, el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Es una cuestión técnica pero también dogmática, porque aún siendo cierto que no impiden introducir en ellas algunas ideas políticas (7), consienten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

---

6 Montero Aroca sostiene que, "frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria …[…]" (Montero Aroca, Juan, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 144/5).

7 V.gr.: La entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien, relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

2.1 Las garantías

Se llaman *garantías* a los derechos constitucionales o fundamentales que siem-pre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

Éste sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquél establece. Menos aún dejarlas de lado, y sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transitan el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controver-tidos. También, la independencia e imparcialidad judicial; la igualdad de las partes; el derecho a ser oído; la razonabilidad judicial; entre otras.

2.2 Los principios

Los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando peticiona protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al proceso (acceso a la justicia); cuando se debate en el proceso (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios, el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte); la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales); la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes, aunque pueda serlo para el público); la *lealtad, probidad y buena fe* (que se puede resumir en

el principio de moralidad; o en la prohibición de abuso procesal); la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* ("En el desempeño de su profesión, el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele" –art. 59, CPCC-).

No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios a auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

2.3 Las reglas

Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de ellos existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de ellas en el litigio que se sustancia con oralidad.

También las imposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas preclusivas del proceso) (8); la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso; y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones, y la periodicidad o preclusión de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

8 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal*) Volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 360.

2.4 Los presupuestos

El primero que se refirió a los "presupuestos procesales" fue el jurista alemán Oskar Von Bülow ([9]), que ya había desarrollado su tesis sobre el fenómeno de la rela-ción jurídica procesal procurando explicar la validez y significado del encuentro de partes en un conflicto judicial.

La diferencia establecida parte de considerar que hay "requisitos" anteriores a la demanda; y recaudos que se deben tener y cumplir para continuar en el proceso judicial. De este modo, los *presupuestos procesales* son requerimientos de admisibilidad donde anidan condiciones previas a la constitución de la relación procesal. En ellas se encuentran: las personas que pueden demandar y ser demandadas (legitimación); objeto y materias que pueden llevarse al terreno del litigio (idoneidad); y el tiempo para hacerlo (prescripción y caducidad del derecho).

[9] Von Bülow pertenece a la llamada Edad de Oro del procesalismo alemán, época caracterizada por la fundamentación científica de las nociones básicas del Derecho procesal. Nació en Breslavia en 1837. Estudia en Berlín y Heidelberg, y en esta famosa ciudad universitaria comienza su carrera docente que continúa en Giessen, Tubinga y Leipzig. En 1892, aquejado de una penosa enfermedad, abandona la enseñanza y se retira a Heidelberg, donde murió el 19 de noviembre de 1907.
El mérito de Bülow radica en la interpretación que hizo de los requisitos para entablar un proceso válido entre partes, diferencia que lo posiciona, para algunos, en el privilegiado lugar de ser "creador de la ciencia procesal". Fue discípulo de Vangerow y profundo conocedor del Derecho romano, comienza su elaboración doctrinal con publicaciones del tipo de *De praeiudicialibus formulis* (1859) y *De praeiudicialibus exceptionibus* (1863), que posteriormente desarrolla con maestría en *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzung*en (1868), donde estudia el problema de las excepciones y de los presupuestos procesales y aboga por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquéllas, a las que califica de «pomposo ornato del más caprichoso latín canónico».
A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del derecho procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa. Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda. La función del juez, afirma en *Gesetz und Richteramt* (1885), es más legislativa que interpretativa. El campo de acción del juez es tan creador como el del legislador. En el proceso se produce Derecho objetivo. Como ha dicho Chiovenda, fue «un pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas».

En esta perspectiva, se habla del interés, la posibilidad jurídica, y la legitimación en la causa.

Por otro lado, aparecen las excepciones y defensas que se pueden oponer contra el progreso de la demanda. Algunas se dirigen a cuestionar la "posibilidad jurídica", y otras atacan, directamente, las razones de fondo o materiales. Las primeras son excepciones, las otras se llaman defensas.

Esta simplificación no conformaba a Bülow quien rechazó la supuesta confusión proveniente del derecho romano entre excepciones (que indican actividad dispositiva de la parte) y presupuestos procesales (condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal). Para aquél era necesario que el Juez adoptara un control directo sobre la relación jurídica procesal evitando que fueran las partes quienes, merced al principio dispositivo, implementaran y desarrollaran la litis. Tanto poder no fue comprendido en su tiempo, y por eso fueron las críticas certeras de Kisch, Rosenberg o de Goldschmidt, años después.

En la doctrina italiana se pretendió morigerar el impacto de una teoría tan avanzada, estableciendo una suerte de clasificación de los presupuestos;sepropusieronentonces:"Presupuestosdelconocimiento del mérito", "extremos exigidos para decidir el fondo de la cuestión", o "condiciones para la sentencia de mérito".

Lo cierto es que la mayor parte de los comentarios en contra de la teoría de las excepciones y los presupuestos procesales que explanó Von Bülow, se dirigieron a advertir que hubiera o no defectos en la constitución de la relación jurídica procesal, a pesar de ello, había actividad procesal.

En consecuencia, cuando se habla de requisitos o presupuestos para dar vida al proceso judicial, necesariamente habrá que distinguir entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

En definitiva, los presupuestos son requisitos de validez intrínseca que refieren a requerimientos internos de los actos procesales. Por eso, la legitimación procesal se instala en la antesala del proceso; la competencia atiende la regularidad de la instancia; el derecho de defensa en juicio conforma la estructura garantista que se protege; y los recaudos constitucionales para una sentencia válida cierran el circuito.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican en lo siguiente:

2.5 Síntesis

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de conducta para el Juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

Llevado a la práctica, cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar porque las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerado; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuantas veces se afecta; por ejemplo, con el llamado "enjuiciamiento *prima facie*" ([10]) donde la bilateralidad se atenúa alterando, por vía de principio, el derecho de defensa. Otro caso es la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción que se ejecuta dando opor-tunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (v.gr.: notificaciones mal practicadas; también al permitir emplazamientos que no son tales; notificación por edictos; etc.); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, siquiera están relacionados adecuadamente.

[10] Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, Barcelona, 2007, en especial ps. 37 y ss.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas; etc. etc., en fin, cada una y todas a la vez, son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan explicarse con nuevas argumentaciones.

Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial* en el que se plantea el debate entre el ejercicio con autoridad (director del proceso), o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia como resulta, la aplicación del principio de saneamiento procesal (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); la iniciativa probatoria del Juez (¿viola la imparcialidad?); la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de defensa?); el poder cautelar (¿cercena el derecho a ser oído? ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros) ([11]).

3. Principios del proceso y del procedimiento

Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el Juez; con formas legalmente establecidas; conductas honestas y de buena fe, etc.); las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende ([12]); mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

---

[11] Los interrogantes que se ponen como afirmaciones no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

[12] Gozaíni, *Derecho Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 260.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas, son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía ([13]), y como tal debe comportarse en su paradigma. Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos

[13] Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban. Pero con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto.
De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales. A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 115)
No debe creerse -dice Gelsi Bidart- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo (Gelsi Bidart, Adolfo, *De Derechos, deberes y garantías del hombre*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 45).
Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes; el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos –administrativos- que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, como garantía, se enrola en la categoría del derecho procesal constitucional, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que existen particularidades permitidas –sin menoscabar la regla general- que acuña cada proceso constitucional ([14]).

---

[14] Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, ps. 187 y ss. Allí hemos sostenido que: "[…] Los principios procesales constituyen una suerte de máximas inalienables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común. En el caso, la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, de modo tal que el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes".
"La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación. En definitiva, al hablar de principios procesales para los procesos constitucionales, tenemos que mostrar aquellos que informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez".
"Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse. No obstante, no debe olvidarse que también el proceso significa garantía. Como tal, su función institucional contrae un notable compromiso hacia el deber de tutela. Si es garantía y reserva de los derechos fundamentales del justiciable, no podremos hablar de principios flexibles, adaptados

En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo, debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (vgr: la neutralidad absoluta del Juez puede sufrir alteraciones actuando en la justiciabilidad de los derechos sociales); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (v.gr.: la carga de la prueba en los procesos constitucionales no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (v.gr.: la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el Juez tenga en cada uno).

Esta distinción entre proceso y procedimientos ha puesto a la doctrina con opiniones heterogéneas sobre cuál de ambos es el género. Redenti, no dudó que el primero fuera el "principio general" (15), teniendo en cuenta la integración de los actos secuenciales y progresivos que culminan en una resolución integral del conflicto. Más o menos igual fue el pensamiento de Calamandrei, para quien la voz "proceso" tenía un significado común, que se relacionaba con la continuidad de una serie de operaciones vinculadas por la unidad del fin; por eso, afirmó que "proceso y procedimiento, aún empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen un significado técnico diverso. El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior

a una dinámica de conjunto atrapada en el conjuro de ciertas coyunturas. En verdad, el proceso como garantía constitucional, inspira una serie de principios propios, estables, de esencia. Ellos son los principios del proceso y, de alguna manera, se vinculan con las seguridades que preserva la jurisdicción. El proceso tiene, entonces, un contenido bifronte que lo explica a partir de su significado y de su desarrollo. Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal".

"La presentación del espacio que le corresponde a los principios procesales (del proceso y del procedimiento) desde esta óptica, obedecen a nuestro criterio acerca de que el proceso no es sólo técnica, sino antes bien, un fundamento de vínculos que atraviesan el clásico conflicto entre el derecho material - derecho procesal. Por ser un método único, particularizado, de singulares proyecciones hacia la unidad del orden normativo, estos principios manifiestan mucho más que la razón de una estructura, o de una motivación de política procesal o económica".

15 Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1 "Nozioni e regole generali", Giufrè, Milano, 1995 (4ª ed.), ps. 97 y ss.

del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento)…" ([16]).

Carnelutti fue más complejo, pues no hizo de la relación *proceso – procedimiento* una cuestión visceral para determinar los presupuestos y condiciones de su regularidad, porque prefirió partir del concepto de la unidad o pluralidad de procesos respecto al tipo de litigios. Sobre esta base distinguió un proceso jurisdiccional, otro ejecutivo y uno más, cautelar. Mientras los dos primeros, con sus propias modalidades, generaban una función distinta y una estructura desigual, tenían no obstante, reglas asimiladas para el litigio. Mientras que, el proceso cautelar, siendo un arreglo provisional del litigio, no le excluyó de sus principios aquellos que tenían los demás que reclamaban una composición definitiva ([17]).

La distinción no es baladí, pues como señala Montero Aroca, las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que:

"1º. El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable – refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico- a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).

"2º. Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.

"3º. Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el <<lado externo de la actividad procesal>>, <<una consideración meramente formal del proceso>>, o <<el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo>>, la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.

---

16 Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* volumen, Buenos Aires, 1986, p. 318.

17 Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* tomo II, Cárdenas, ps. 615 y ss.

"4º. Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere,* en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional" ([18]).

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el *proceso como garantía constitucional*; y el *proceso desenvuelto como herramienta* (posible de tener una diversidad de procedimientos), será factible observar que las garantías, principios y reglas, tienen adaptaciones que sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afincar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí sólo, es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

Es ésta una visión ampliada de las garantías mínimas predispuestas en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

El primero establece que: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra*

[18] Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del Juez y la oralidad),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ps. 58/59.

ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" ([19]).

Por su parte, la Constitución Nacional (art. 18), y cada uno de los códigos procesales locales, culminan dándole normatividad a estos presupuestos generales, los que, siendo "garantías" perviven en todo tipo de procesos, sin que ningún procedimiento pueda alterar la plena vigencia de los principios establecidos ([20]).

El resumen enumera como garantías inclaudicables del proceso a las siguientes:

a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia, sin restricciones personales ni económicas;

b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica.

c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) *El derecho al Juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función

---

19 Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 37).

20 Peyrano, siguiendo a Guasp y Couture, reafirma que los principios generales del proceso civil son normas similares a las demás que integran un ordenamiento…[…] "Desconocer la normatividad –afirma- de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación …", por ello, "…los principios generales del proceso civil son construcciones jurídicas normativas" (Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil. Principios y Fundamentos,* Astrea, Buenos Aires, 1978, ps. 40/41) .

jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión ([21]).

e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial, a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplen con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura; legalidad o informalidad; carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación; inmediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal; saneamiento; eventualidad; etc.).

---

[21] Este punto, en particular, tiene diferencia de criterios importantes y fundadas, porque establecer para los procedimientos la garantía de "independencia", puede ir en contra de la propia naturaleza del sistema (por ejemplo, en el procedimiento administrativo). De allí que autores como Montero Aroca afirmen que: 1) La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2) Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3) Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4) Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el Juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5) Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos (cfr. *Los principios políticos…,* cit., p. 59).

4. Clasificaciones

Otra de las cuestiones previas antes de ocuparse de cada uno de los principios procesales, *lato sensu*, radica en atender la diversidad de clasificaciones que la doctrina establece.

Buena parte coincide en fraccionar entre los que corresponden al proceso y las que se aplican a los procedimientos, pero no faltan quienes prefieren darle más precisión al problema, clasificándolos siguiendo el momento cuando han de imperar.

En esta línea Ramos Méndez sostiene que "los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Entre ellos, unos rigen la actividad de las partes, otros la actividad del órgano jurisdiccional y otros la interacción de ambas en orden al juicio. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter mas bien técnico. Se adoptan con criterios de oportunidad, en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas" ([22]).

En el mismo sentido, Gimeno Sendra ha señalado que […] "Para reflejar la estructura del proceso, dos caminos se nos ofrecen: el uno podría consistir en descubrir cada uno de los actos o fases fundamentales que transcurren en el mismo desde la demanda hasta la sentencia, y el otro estribaría en reflejar los principios informadores del proceso, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales" ([23]).

"El primero de ellos, que podríamos calificar de *procedimentalista,* ocupó a los <<prácticos>> o autores del siglo XIX, pero en la actualidad

[22] Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990 (4ª ed.), p. 337. De nuestra parte, también seguimos este modelo de clasificación en nuestra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional,* cit., ps. 187 y ss. Asimismo en *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Volumen 1, cit., ps. 371 y ss.

[23] Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal,* Cívitas, Madrid, 1981, p. 177.

debemos rechazarlo por incompleto, pues tan sólo contempla el lado formal de la actuación procesal, y poco científico, toda vez que mediante tal método, tan sólo se adquiere una visión casuística del que hacer diario en la actividad de los Tribunales" ([24]).

Por su parte, Lino Palacio en Argentina, advierte claramente el inconveniente de concretar los principios procesales de una vez y para siempre, pues afirma que ellos responden a circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al Estado. Por eso mismo sostiene que, "en su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o en menor medida, un principio distinto, y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad entre las partes. El principio de contradicción sufre atenuaciones importantes en cierta clase de procesos, cuya efectividad resulta incompatible con una plena y actual posibilidad de audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)…" ([25]).

Muchas más podrían ser las opiniones sobre la división práctica o la enseñanza por esquemas de cada uno de los principios procesales, pero desde nuestra perspectiva queremos formular un ideario diferente.

Se insiste con diferenciar los *principios, las reglas y las garantías*. Los primeros pueden resultar permeables a situaciones de práctica porque determinan acciones y conductas de las partes en el proceso; el restante, en cambio, no admite deformaciones ni lecturas ambivalentes o alternas.

De este modo, se puede aceptar la penetración en la formación técnica del proceso, de otras cuestiones vinculadas con la política (social, jurídica, económica, etc.), de manera que, en definitiva, el

24 Gimeno Sendra, ob. cit., p. 177.
25 Palacio, ob. cit., ps. 251/252.

cuadro de formalidades y características quede adaptado para un determinado contexto.

Si esta permeabilidad no se discute, será verdad que los efectos más inmediatos se apreciarán en los principios *dispositivo y oficial*, pues del reconocimiento o no del derecho a la propiedad privada de los medios de producción, o si se prefiere –como argumenta Gimeno Sendra- de la existencia de un sistema capitalista o socialista puede depender la hegemonía en la esfera del principio dispositivo u oficial ([26]). Lo mismo podrá acontecer con el modelo que se adopte para la investigación de los hechos y, en su medida, el valor que se quiera dar a la verdad en el proceso y los modos de alcanzarla. E inclusive, el propio reaseguro de la intervención del Juez podrá quedar sometido en el campo de las reglas, si es que desde la legislación se prefiere un Juez inactivo, pasivo, inerte, en lugar del actual director, activo, y protagonista en el conflicto que debe resolver.

Sin embargo, lo que no podrán cambiar serán los parámetros para que exista "debido proceso", en definitiva, la máxima garantía que se debe resguardar de toda influencia política.

5. La ideología en el proceso

Al comienzo indicamos la tendencia doctrinaria que muestra a los principios procesales como "presupuestos políticos" de carácter funcional. Precisamente esta connotación fue decisiva a la hora de encontrar la ideología imperante en un proceso. Lo que supone, en opinión de algunos –no es la nuestra- que el tiempo es el espejo de las instituciones.

Por ejemplo, Cipriani afirma que: "El código de 1940 marca declaradamente un gran vuelco en sentido publicístico. El legislador

[26] Gimeno Sendra, ob. cit., p. 178. Además, cabe destacar la opinión de Serra Domínguez quien afirma para apoyar su tesis sobre el carácter técnico de los principios del proceso, que el CPC Italiano de 1942, promulgado en la Italia fascista, es hoy el vigente, que la ZPO alemana no fue derogada por el Estado nazi y que la LEC de 1881 también ha perdurado bajo los regímenes más diversos (Serra Domínguez, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil,* Revista de Derecho Procesal, 1971, ps. 514/515).

tuvo el cuidado de suprimir el <<*principio de libertad* al cual se inspiraba el código de 1865>>, por multiplicar los casos de intervención del ministerio público y, sobre todo, por reforzar los poderes del juez en menoscabo de las garantías de las partes, de tal forma que se asegurara que cada causa fuera lo más rápido o conciliada o decidida: en particular, se dijo que, mientras el viejo código disciplinaba el proceso desde el punto de vista de las partes, el nuevo lo disciplinaba desde el punto de vista del juez. Bajo el presupuesto, no manifestado, pero claramente sobrentendido, de que la solución del problema estuviera en neutralizar a los abogados, que serían el origen de todos los males del proceso, y en la certeza –que se reveló, en verdad, injustificada- de que haciéndose así, las cosas en el proceso, habrían sido mejor" ([27]).

En la misma línea, Montero Aroca compara los principios políticos de la Ley española con el *Códice di procedura civile* italiano de 1940, al afirmar que […] "Una ley o un código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil, respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores, lo mismo que un código procesal de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana… […] Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de

27 Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil,* Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 52.

autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo" ([28]).

Esta mirada histórica refleja la época con las ideas, lo que es correcto con dicho emplazamiento; sin embargo, aunque la impronta quede impresa con el mote que se pretende estigmatizar (código autoritario), lo cierto es que la dirección formal del proceso pasó a manos del juez, sin que ello fuera suficiente para convertirlo, definitivamente, en un dictador de las reglas.

Obsérvese, por ejemplo, que cuando Estados Unidos recibe la influencia inglesa en sus instituciones, en materia procesal significó asumir un sistema diferente pero útil al mismo tiempo, como explican Hazard y Taruffo.

En efecto, "el origen y fundamento del proceso civil americano se hallaban, en un sistema tan extraño como valioso. El proceso de *common law* era extraño, en la medida en que había evolucionado para hacer frente a los problemas de la justicia civil en la Inglaterra feudal y post-feudal, pero después se había implantado en América, es decir, en un país en trance de construcción que nunca había conocido el feudalismo. Y este proceso también se consideraba valioso, porque su conservación era una de las justificaciones para derrocar el régimen colonial inglés. Este dualismo puede explicar cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses premodernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales" ([29]).

Ese dualismo entre autoridad en el proceso y autoritarismo ideológico, no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecieron sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambiaron fueron algunos principios (no todos); se alteraron pocas reglas (como el pretendido tránsito de la

---

28 Montero Aroca, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, cit., ps. 134/5.

29 Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25.

escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturbaron las garantías. Es más, éstas se consolidaron con el control y la aplicación jurisdiccional.

6. EL PROCESO COMO GARANTÍA

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y "*autorictas*" no excedan sus límites, el procesalismo pone la valla con el principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social, antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era sólo cosa entre partes donde el Juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al Juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que

conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial, porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

Capítulo II

La Interpretación de los Principios Procesales

1. Principios generales

La diferencia establecida en el capítulo anterior entre *garantías, principios y reglas* se presenta ahora desde una perspectiva diferente. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quien lo puede autorizar.

En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

Desde las leyes, aparecieron las primeras consignas que antes eran "poco más que un arte de secretarios" ([30]); ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en

[30] Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 85.

pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las Normas Fundamentales.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iuditio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etc.

La *ley* se convirtió en un mito de soluciones "de una vez y para siempre", pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional), de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El Juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio la posibilidad de cuestionar sus alcances, pues no era esa su función. Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización a que ejerciera actividad discrecional.

Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo, que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades (31).

Inclusive la famosa expresión de Voltaire: "la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes" (32) explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió.

Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas.

---

31 Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, Cuadernos* "Bartolomé de las Casas" (Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid), Dykinson, Madrid, 1998, p. 15.

32 Voltaire, *Pensamientos sobre la Administración Pública*, en "Opúsculos satíricos y filosóficos", Alfaguara, Madrid, 1978, p. 194.

Poco tiempo después, alguna de esas normas dispuestas se entronizaron en las Constituciones. Es la época de la constitucionalización que promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

Paulatinamente, dice Prieto Sanchís, aquella […] "armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen , el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica" (33).

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las Constituciones siguieran sus preceptos y los fijaran definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de "garantías". Otros principios llegaron de algunas reglas, tal como sucedió con el ritual del derecho romano (34) que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

Inicia entonces una suerte de "cláusulas generales" o "principios programáticos" que se convierten en patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, donde la idiosincrasia de los pueblos, no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres.

La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera surge este primer fenómeno que trasciende en el aspecto que queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

---

33 Prieto Sanchís, ob. cit., p. 17.

34 La regla, usada preferentemente por los postglosadores, se expresaba en forma de brocárdico, y era básica para el uso de la retórica. No es sólo un destilado de conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar (Lorenzetti, ob. cit., p. 143).

Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem*.

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy, […] "en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley" (35) (36).

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía ser bastante con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

---

35 Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

36 Apunta Prieto Sanchís que, más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración o que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que ésta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación, donde dos criterios en conflicto (v.gr., la libertad de expresión y el derecho al honor…) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso, mediante un juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía, porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución" (ob. cit., ps. 35/36).

No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (v.gr.: el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Bien dice Lorenzetti que la afirmación de las garantías ha sido un proceso histórico que insumió grandes debates que parecen no haber concluido (37); cuestiones que remarcan la circularidad de la evolución.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables, porque indican cómo se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos contingentes (v.gr.: principio de congruencia).

2. El activismo judicial en la transformación de los principios

Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

Como punto de partida debemos estudiar si las "garantías" son inmutables; si los "principios" son invariables, y si las "reglas" admiten alteraciones.

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se

---

37 Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 157.

permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación (38).

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso.

Por ejemplo, el recordado caso *Colalillo* (CS, 18 de septiembre de 1957), testimonia como un principio procesal (preclusión) pudo ser resuelto con justicia, a pesar del rigor de su emplazamiento formal (39);

---

38 El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esa labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa "visión") (cfr. Prieto Sanchís, ob. cit., p. 41).

39 La Corte nacional debía resolver si, a la fecha del accidente, la demandada carecía o no del registro habilitante correspondiente, a cuyo fin se había ofrecido como prueba las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho, el conductor "carecía de registro". El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de tránsito de la misma, figuraba extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días, con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque "los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares". La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Fallo que la Alzada confirmó.
Al llegar por recurso extraordinario al Alto Tribunal de la nación se dijo: […] "Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios" […] "El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación

lo mismo sucedió con la aplicación concreta de otros principios como el de perentoriedad de los plazos, donde también se sigue la línea de excepción que señalamos (Fallos, 303:1532 y 306:485); o cuando se interpreta el principio de eventualidad en orden a la conducta procesal desenvuelta (40).

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que ofrecen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?.

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

---

de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho" […] "Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aún cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación".

40 Aún cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (CNCiv., Sala C, 08/10/1991, "*Pérez Filimón y otra c. Dadona, Donato y otro*", DJ, 1992-1-1077). Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no pueden ser negadas ni limitadas. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercenan al emplearlas. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman "garantías constitucionales del derecho procesal" (41); si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (v.gr.: independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista (42).

De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso, para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto principal está en la norma a interpretar, antes que en la controversia entre partes.

La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces

---

41 Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 213.

42 Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la O/C 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*".

constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación (43).

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso, porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse (44).

Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El quid de las reglas está en asumir si ellas pueden quedar convenidas por las partes (como en el procedimiento arbitral), o solamente provenir de las normas que las establezcan. Pero, como dice Díaz, […] "el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen, las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística*; adaptabilidad de las formas,* para conseguir las finalidades propuestas*; simplicidad de las formas* para evitar el fárrago

---

43 Sostiene Couture que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 312).

44 Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 256.

y la confusión; y finalmente, *rigor formal*, en un sentido teleológicotrascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars*" [45].

3. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS

Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *principio*, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (v.gr.: temeridad y malicia); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido [46].

Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no sólo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de convalidación.

Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso, ni evite la validez de los actos cumplidos.

---

45 Díaz, *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 225.

46 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), comentarios al art. 172 (ps. 515 y ss.).

La convalidación del error se mide con dos parámetros: uno, la efectiva posibilidad de conocimiento que se ha tenido; y la segunda, que el planteo se realice en término legal.

4. Diferencias en la interpretación

La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o constitucional), es diferente entre las *garantías, los principios* y las *reglas*. Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales ([47]).

Asimismo se ha explicado que "la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés, cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su <<peso>> o <<importancia>> y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos: lo que no ocurre con las reglas, donde no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema" ([48]).

---

47 En el análisis de la cuestión se pueden adoptar varias corrientes. Una de ellas la denomina Alexy como "teoría de los principios". Para el profesor alemán (Universidad de Kiel) la tesis básica consiste en entender a los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. De este modo, la tesis de Alexy también tiene profundas implicancias en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza la función del principio de proporcionalidad, y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción (Introducción de Carlos Bernal Pulido a la obra de Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia (Serie de teoría jurídica y filosofía de derecho), nº 28, Bogotá, 2003, p. 15).

48 Prieto Sanchís, ob. cit., p. 57.

O como dice Dworkin: si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida ([49]); o la solución de Alexy, para quien, si dos reglas están enfrentadas, solamente hay dos soluciones: o bien se declara la invalidez de una de ellas; o en su caso, se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra ([50]).

En cualquier supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un supuesto como el formulado en el punto anterior: las *garantías* son inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son normas cerradas, pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un principio orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

Desde una visión distinta, el paralelo se puede trazar como lo explica Zagrebelsky: […] "las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios" ([51]).

En consecuencia, la vigencia práctica de cada uno puede ser errática y ello se evidencia constantemente en la dinámica procesal.

Veamos como ejemplo, el caso de la garantía procesal que indica los contenidos del debido proceso. En su dimensión se debe resolver que se quiere obtener con la prueba, y en la actividad que deben tener quienes se encuentran litigando.

Desde tiempos inmemoriales se debate acerca de cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos que pueden quedar

---

49 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 78

50 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

51 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2002 (4ª ed.), p. 109 y ss.

desvinculados del tema que aquí se propone; pero que sirven para demostrar los principios eventualmente aplicables.

Una respuesta puede ser que, la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, en cuyo caso, las *garantías* son: el debido proceso, el derecho de defensa, la bilateralidad de las instancias, la sentencia fundada, la ejecución del pronunciamiento, y la efectividad de la actividad jurisdiccional. En este terreno habita un primer interrogante: ¿cuál es el rol del juez en la obtención de la verdad? Si la respuesta se deduce del *principio dispositivo*, dentro del cual no se niega la dirección material del proceso, evidentemente la iniciativa probatoria es una garantía de la eficacia jurisdiccional; pero hipotéticamente, quedaría en duda si esa actividad compromete la imparcialidad del juez en el proceso.

Desde los *principios*, la buena fe de las partes diseña un tipo de comportamiento ideal, en cuyo caso, la colaboración de ambas en la búsqueda de la mencionada verdad jurídica, no sería extraño requerirla (v.gr: el principio de solidaridad en la obtención de la prueba testimonia y prueba la afirmación); sin embargo, el principio procesal de la carga de la prueba, pone en cabeza de quien alega el deber de confirmar su versión de los hechos.

Por su parte, las *reglas* procesales conspiran constantemente con estos objetivos, como señalamos en el caso la regla de aportación de hechos (enclavado en el principio de preclusión y oportunidad); en el legalismo formal (presentaciones fuera de término); en las solemnidades propias del acto (v.gr.: forma de practicar la prueba de absolución de posiciones; interrogatorio de testigos; puntos de pericia, etc.), pues prefieren el cumplimiento del rito, antes que la realidad conseguida.

En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías, principios y reglas*, el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes le fueron señaladas obligaciones, entre las cuales, la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

5. LA INFLEXIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS

Dogmáticamente ninguna garantía debiera ser flexible pues no sería, en tal caso, una garantía cierta, previsible y segura. La firmeza de contenidos esenciales promete certidumbre y quiere evitar el riesgo de la interpretación pendular.

Sin embargo, a veces la misma garantía acepta lecturas contrapuestas. Que el juez sea independiente es una obviedad manifiesta, pero ¿a qué independencia referimos? Que la justicia sea el resultado de una valoración objetiva que se traduzca en una sentencia debidamente fundada, tiene igual connotación, no obstante los pesares por decisiones absurdas, arbitrarias o excesivamente discrecionales. Que la presunción de inocencia sea un estado que evite la indefensión, es también una seguridad para el justiciable, pero ¿puede ella extenderse como garantía a los procesos no penales?

En fin, cada garantía jurisdiccional o procesal plantea incertidumbres, donde la interpretación judicial puede conducir a resultados inciertos. Inclusive, algunas garan-tías indiscutibles (v.gr: principio de igualdad) deben superar la permeabilidad con las circunstancias que lo rodean, porque en ocasiones lo que es igual para algunos, no recibe idéntica aplicación en otros, afectando la seguridad que aquellas persiguen.

La *garantía de igualdad* puesta en orden con la jurisprudencia de nuestro país, advierte que al no existir obligatoriedad de seguir la doctrina de los tribunales superiores, admite que cada juez tenga plena libertad para trabajar con "su criterio".

¿Se afecta el principio fundamental? ¿O se respeta el sistema procesal previsto?

Cualquiera sea la observación preferible, lo cierto es que todo juicio de igualdad es siempre un comparativo de valores; por tanto, la garantía tiende a evitar las desigualdades de hecho y de derecho ([52]).

---

[52] Es muy amplia la bibliografía que aborda los problemas de la igualdad en el proceso. Quizás el punto central consista en determinar los rasgos que representa una razón para el tratamiento igual o desigual; rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio*

En esta línea, la igualdad como garantía procesal se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero las Normas Fundamentales no enuncian más que un programa de tipo preventivo (así, por ejemplo, el art. 16 de la Constitución Nacional); una teoría constitucional que no refiere a ningún hecho en particular, sino a un objetivo a conseguir.

En suma, el principio de igualdad supone dar a cada parte la posibilidad real de alegar y demostrar (bilateralidad y contradicción), evitando que cualquiera de ellas esté en inferioridad jurídica, sin conceder a uno lo que a otro se niega.

A su vez, también exige que la igualdad se concrete respetando la certidumbre lograda en situaciones similares a la que se resuelve, las que sirven de modelo para otras conductas o situaciones que se emparentan por su fisonomía similar.

Con estas perspectivas, la garantía es inflexible.

Otro ejemplo: en la *independencia judicial* hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del Juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también, porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el Juez no esté aislado ni inerte ([53]).

---

de la clasificación normativa, ésto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica (Cfr. Calsamiglia, A., *Sobre el principio de igualdad*, en *El fundamento de los derechos humanos*, de Muguerza J. y otros, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

[53] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional - *Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 145

En todo caso, la independencia judicial persigue que quien debe actuar como tercero imparcial, no esté vinculado a alguna de las partes en el conflicto; y que pueda resolver con justicia sin comprometer la objetividad.

Las demás "garantías del proceso" muestran iguales desequilibrios. La defensa en juicio se pone a prueba en instituciones novedosas como la tutela de urgencia. El derecho al juez natural hoy se conforma con la actuación imparcial del órgano preferido. A la sentencia fundada en ley le basta la motivación suficiente, y en definitiva, todo hace ver que en las garantías se alojan valores que constituyen límites a la versatilidad.

Es verdad que la constitucionalización de los principios llegó de la ley, y que ésta fue producto de la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. También lo es que la consagración de garantías se complementa con normativa transnacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos más que constituyen, luego de ratificarse por los Estados, el denominado "bloque de constitucionalidad" ([54]).

Por eso, cada una de las garantías necesita del juicio de ponderación que las vuelva efectivas. No se afirma con ello que las declaraciones constitucionales sean meros programas de acción, sino garantías directamente operativas que, al estar formuladas de manera abstracta, necesitan concretarse en cada caso, para alcanzar soluciones justas y razonables ([55]).

---

[54] La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 23/11/1995, "Viaña, Roberto", La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aún a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 -Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional-, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 21/08/2003, "Videla, Jorge R.", La Ley, 2003-F, 87).

[55] Muchos autores, señala Lorenzetti, cuestionan la idea de una decisión correcta porque la consideran racionalista, ya que nunca se podrá prescindir de ciertas posiciones

6. La flexibilización de los principios

Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes le asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso la utilidad como estándares de integración.

Agrupados representan una estructura deontológica, pues señalan un "deber ser", y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el "mínimo indisputable". Esta flexibilización depende de cierto casuismo, aún cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

En primer lugar, hay *principios* que corresponden al "*acceso a la justicia*", que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que puede actuar como *regla* (legitimación *ad causam y ad processum*) o como principio (*Toda persona tiene derecho a ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial*), dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y las que pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto al *principio de exclusividad* jurisdiccional que supone establecer la posibilidad de

previas que tienen los jueces basados en sus propias convicciones. Esta crítica es adecuada desde el punto de vista filosófico, sociológico y aún económico, pero si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección, que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones se basan en la igualdad y en el Estado de Derecho (Ob. cit., p. 213).

dictar pronunciamientos definitivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto a las partes, la bilateralidad y contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars*, o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia, pese al derecho, al recurso o doble instancia, etc.

En la especie, el juicio de ponderación fluctúa entre el derecho fundamental a ser oído y la contradicción necesaria que puede llegar después, sin alterar el régimen procesal.

Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del proceso ([56]); con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (v.gr.: la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo colectivo aumenta el alcance objetivo, etc.) ([57]),

[56] Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos que […] "En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego" (Benabentos, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001, p. 78). Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización en realidad, esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

[57] En este sentido, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, en La Ley, 2005-F, 626); De Los Santos, Mabel A., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005 (J.A. 2005-IV, 1269). Pellegrini Grinover se refiere a una nueva dimensión del impulso oficial en esta arena, señalando que aún cuando se bregue por el aumento de los poderes del juez en el marco

con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes ([58]).

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (v.gr.: el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (v.gr.: objeto; plazos, etc.) ([59]).

7. La adaptación de las reglas, a las garantías y principios

Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo que exige observar la aplicación práctica de la regla para señalizar si ella es justa o puramente formal.

---

del proceso individual, *la suma de los poderes atribuidos al juez del proceso colectivo es inconmensurablemente mayor*. Entre tales poderes destaca la posibilidad de *flexibilizar la técnica procesal, como por ejemplo, en la interpretación del objeto pretendido y de la causa de la pretensión*. Asimismo, al referirse al *principio de instrumentalidad de las formas señala que La técnica procesal debe ser vista siempre al servicio de los fines de la jurisdicción y ser flexibilizada de modo de servir a la solución del litigio (conf. Pellegrini Grinover, Ada, Derecho Procesal Colectivo*, traducción del portugués de Copani, Juan C., aún sin editar). También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

58 Ver Capítulo

59 Recordaba Véscovi que […] "Las partes pueden, además, *disponer*, no sólo de los actos procesales, sino del propio proceso, ésto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención)…" (Véscovi, Enrique, *Manual de derecho procesal*, Idea, Montevideo, p. 64.

El código procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones, que tanto el juez como las partes deben respetar.

Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo, que sirvan para fomentar un parasistema deformante y desnaturalizador del objetivo primordial que es lograr la eficacia de las instituciones ([60]).

La dicotomía que presentamos, enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el "deber ser" y la teleología que llega de los principios y garantías.

El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios y reglas*, que al efecto no se puede simplificar con el núcleo abierto o cerrado que presentamos *ab initio*. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, etc.

La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y si éstos los encuadramos dentro del art. 16 del Código Civil ("*Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*"), fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio, permitiría que un

---

[60] Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *El proceso civil: Modelo teórico y realidad*, en "Derecho Procesal", trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005, ps. 257 y ss.

litigante use todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso) ([61]); también puede ocurrir que una regla sostenga los tiempos del proceso, y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (v.gr.: art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (v.gr: procesos colectivos).

Es evidente así que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes y la imparcialidad del*

---

[61] En nuestra obra "Temeridad y malicia" destacamos algunos ejemplos de ello: 1.- La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2.- Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa; 3.- Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4.- O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5.- Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

juzgador ([62]); con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder "sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas" ([63]).

En uno y otro caso, aparecen limitaciones propias del camino que se quiere adoptar. Cuando la garantía es concreta (v.gr.: imparcialidad del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (v.gr.: causales de excusación) ([64]); si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino ([65]); y si los principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un

---

[62] Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286

[63] Taruffo, Michelle, *La giutificazione delle decisión fondate su standards,* en "L´Analisi del racionamiento giuridico", dir. Comanducci, P. – Guastini, R., Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

[64] Como ha sostenido la Corte Nacional, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido (CS, 30/04/1996, La Ley, 1998-A, 711). Las partes no pueden crear motivos de excusación. De lo contrario, se corre el riesgo de que quien pretenda separar al juez natural del conocimiento del juicio y no lo consiga por medio de la recusación con causa, por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 17 del Código Procesal lo obtenga en forma elíptica por la excusación que él mismo pudiera provocar (Cfr. CNCiv., Sala F, 30/11/1995, "*Calomite, Alberto c. Consorcio de Propietarios Avda. Pueyrredón 1774/78*", La Ley 1996-C, 790).

[65] En esta línea, afirmamos en nuestro "*Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*" (ob. cit.,p…), que la tarea consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes). La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Por ejemplo, se ha dicho que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (CS, 02/08/1983, "*Abal Medina, Juan M.*", ED, 107-165 - Fallos, 305:973 - JA, 984-I-30).

modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad (66).

En esta línea de opciones, dice Falcón que los llamados principios derivados de la legislación procesal, que constituyen sistemas de organización del procedimiento, en general no aparecen puros sino combinados. Una cuestión interesante es que los principios derivados pueden tener más de una variante. Muchos de estos sistemas están fundados en principios o líneas jurídicas que el legislador pretende imponer, ya sea porque se funde en ideas principistas o prácticas (67).

También Eisner al explicar los principios dice (refiriéndose a dichos sistemas) que ellos se manifiestan en múltiples formas, que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo, y son o pueden ser diversas las orientaciones a que obedecen. Las orientaciones explican los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; una vez establecidos se conocen los principios formativos o rectores del proceso. Estos principios formativos o monitores, inspiran las soluciones de

---

Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 19/10/1995, "*Dessy, Gustavo G.*", La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97). Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 27/04/1983, "*Perón, Juan D., suc.*", La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

66 La polaridad es ideológica. Por ejemplo, dice Alvarado Velloso que […] "el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*" (Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286).

67 Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 106 y ss.

los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de sus normas ([68]).

En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial, conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el derecho procesal penal, el vínculo con el derecho constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios provienen de las cartas superiores y del derecho trasnacional (v.gr.: art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aún no es tan explícita en el derecho procesal civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual ([69]).

8. LOS NUEVOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES

El tramo final de la interpretación sobre los principios procesales tiene otra hipótesis de trabajo: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso), o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

---

[68] Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 47 y ss.

[69] No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho […] "El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma […]. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia…"(Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lexis Nexis (4ª ed.), Buenos Aires, 2003, ps. 21/22).

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto al primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y cómo debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es asimismo una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (v.gr.: observancia de la ley; reintegrar el derecho transgredido; ofrecer certidumbre y seguridad jurídica; restituir la vigencia del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.) ([70]); y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

Aparece así una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? ¿El debido proceso es un principio fundamental?

Es verdad que el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres, sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías

---

70 Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, cit., ps. 141 y ss.

del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios, se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal ([71]). No se trata de radicar toda la protección en el "debido proceso", sino en un *proceso rápido y expedito* (art. 43, Constitución Nacional Argentina); o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente y sumario* (art. 53.2 Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido ([72]).

---

[71] Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 358, México, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1997. Fiaren Guillén, Víctor, *El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo*, Revista de la Administración Pública (RAP) nº 89 (1989), entre muchos más.

[72] Hay que diferenciar las "garantías judiciales" que porta, por ejemplo, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión "garantías judiciales", *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho […], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia." No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del artículo 8 de la Convención

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva; el derecho al amparo; el también denominado "derecho a la jurisdicción", o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.

Este desarrollo modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia, al explicar los alcances de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva ([73]).

Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

[73] Explica Aragón Reyes que el art. 53.2 de la Constitución española, acota la defensa a los derechos fundamentales vulnerados por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley. Sin embargo, la confluencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respectos de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho. No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la "constitucionalidad" y otra de la "legalidad", sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): "La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución, no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas, cuya salvaguardia le esté encomendada" (STC 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo ([74]).

En lo sucesivo, procuraremos demostrar el impacto de esta corriente -a la que adscribimos- en los principios procesales.

necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional (Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, ….).

74 Explica Natarén Nandayapa, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los derechos procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que […] los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los derechos fundamentales (ob. cit., p. 10) […] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos, siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales –*lato sensu*-, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios (p. 12).

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Imprenta de la Editorial Universitaria Católica de Cuenca (EDÚNICA), el 30 de junio de 2015, con un tiraje de 500 ejemplares y previa aprobación del Consejo Editorial emitida en sesión de fecha 23 de junio de 2015.
Dirección Ejecutiva
Consejo Editorial
Cuenca-Ecuador