

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

UNIDAD DE POSGRADO DE DERECHO

TEXTO UNIVERSITARIO PARA
POSGRADO:

MATERIAL DE ENSEÑANZA

SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PENAL GENERAL

Elaborado por: Magister Alexei Dante Sáenz Torres

Jesús María, abril de 2021

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

UNIDAD DE POSGRADO DE DERECHO

**TEXTO UNIVERSITARIO PARA
POSGRADO:**

MATERIAL DE ENSEÑANZA

**SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PENAL GENERAL**

Elaborado por: *Magister* Alexei Dante Sáenz Torres

Jesús María, abril de 2021

DEDICATORIA

Este material lo dedico a mi señor padre Don Hermójenes Ivento Sáenz Marín, quien en vida fue un destacado abogado especialista en Derecho agrario, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Gracias papá por todo lo que me ensañaste...!

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

COMPETENCIAS

GUÍA DE PREGUNTAS

DESARROLLO TEMÁTICO Y LECTURAS DE APOYO

UNIDAD 1: GENERALIDADES

- 1. PRIMERA:** Barquín Sanz, J. (2018). Conversación con el profesor Lorenzo Morillas Cueva. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (LIX-LXXVI). Madrid, España. Editorial Dykinson.

UNIDAD 2: CONTROL SOCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

- 1. PRIMERA:** Bernal Sarmiento, C. E. (2020). Peste, control social y penalidad pos Covid-19 en Colombia. Rivera Beiras, I. (Coordinador). Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempo de coronavirus) (pp. 315-340). Valencia, España. Editorial Tirant humanidades.
- 2. SEGUNDA:** Jiménez Franco, D. (2020). La nuda vida en el centro. Contra otra nueva normalización capitalista. 1. Rivera Beiras, I. (Coordinador). Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempo de coronavirus) (pp. 63-81). Valencia, España. Editorial Tirant humanidades.
- 3. TERCERA:** Zurita Gutiérrez, A. (2020). Marco Criminológico y político-criminal de la delincuencia organizada: Una aproximación. Zurita Gutiérrez, A. El delito de organización criminal (pp. 29-92). Barcelona, España. Editorial Bosch Penal.

UNIDAD 3: PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

- 1. PRIMERA:** **Mantovani, F.** (2018). Erosión del principio de reserva de ley interrogantes y respuestas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp.407-620). Madrid, España. Editorial Dykinson.
- 2. SEGUNDA:** **Carbonell Mateu, J. C.** (2018). Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 81-97). Madrid, España. Editorial Dykinson.

UNIDAD 4: NORMA PENAL

- 1. PRIMERA:** **Carrasco Adrino, M.** (2018). Interpretación y norma penal. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 123-221). Madrid, España. Editorial Dykinson.

UNIDAD 5: LA TIPICIDAD

- 1. PRIMERA:** **Daunis Rodríguez, A.** (2020). La infracción del deber objetivo como elemento configurador del delito imprudente. Daunis Rodríguez, A. La graduación de la imprudencia punible (pp. 57-72). Navarra, España. Editorial Aranzadi.
- 2. PRIMERA:** **Mendoza Váez, P.** (2020). Ignorancia deliberada en derecho penal: ¿una inevitable alquimia jurídica o una necesaria adaptación forzada? En actualidad Penal, noviembre de 2020, N^o 77, Instituto Pacífico, Lima, Perú, pp. 51-58.

UNIDAD 6: ANTIJURICIDAD

- 1. PRIMERA: Wilenmann, J. (2017).** La justificación de una intervención a favor de otro. Wilenmann, J. La justificación de un delito es situaciones de necesidad (pp. 673-716). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.

UNIDAD 7: LA CULPABILIDAD

- 1. PRIMERA: Portilla Contreras, G. (2014).** Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. Bernal del Castillo, J. (Directores). Roca; Roca de Agapito, L. y Gonzales Tascòn, M. M. (Coordinadores) Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados (pp. 231-252). Barcelona, España. Atlier Libros Jurídicos.

UNIDAD 8: PARTICIPACIÓN CRIMINAL

- 1. PRIMERA: Serrano Gonzales de Murillo, J. L. (2018).** Fundamentos del castigo de las formas de participación preejecutivas; en Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 605-628). Madrid, España. Editorial Dykinson.

UNIDAD 9: EXTINCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

- 1. SEGUNDA: Raguès I Valles, R. (2018).** Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 553-573). Madrid, España. Editorial Dykinson.

UNIDAD 10: LA TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

- 1. PRIMERA: Basso, G. J. (2019).** Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena. Basso, G. J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho* (pp. 301-385). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.
- 2. SEGUNDO: Fuentes Osorio, J. L. (2018).** La determinación de la pena en las personas jurídicas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (PP. 247-271). Madrid, España. Editorial Dykinson.

ANEXOS

EJECUTORIAS SUPREMAS

Tema: Culpabilidad

1. Error de comprensión culturalmente condicionado.
Casación N.º 186-2019 Junín

Tema: Determinación judicial de la pena

1. Determinación de la pena: sistema de tercios, circunstancias agravantes específicas, y coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”.
Recurso de Nulidad Nª 1434-2019 Lima Norte.
2. La determinación judicial de la pena y la pena privativa de cadena perpetua.
Casación N.º 814-2017 Junín.
3. Robo con muerte subsecuente y motivación especial en la determinación de la pena.
Casación N.º 387-2019 Cusco

Tema: Prescripción

1. Suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.
Recurso de Nulidad N.º 616-2020 Puno

INTRODUCCIÓN

El mundo cambió luego de lo que se conoció el 19 de diciembre en Wuhan, con la aparición del primer caso de la Covid-19, llamado coronavirus, nadie estaba preparado para vivir lo imaginado y acaecido en la ficción, que ahora se hacía realidad. Los Estado desde los más ricos hasta los más pobres pasaron a poner en tela de juicio su sistema de salud pública, su organización, su economía y reserva, su producción, sus ciudadanos, su sistema penal entre otros, a fin de cuentas, su orden social interno y el orden social global.

Rápidamente empezaron a producirse lo que nadie quería creer, primero la evolución de una epidemia a una pandemia y de allí a una sindemia, todos recordaron lo acontecido con casos anteriores como el sida, la gripe española, la peste bubónica, entre otros. Sin embargo, los especialistas empezaron a desempolvar términos tales como protocolos de bioseguridad, la inmunidad del rebaño, toques de queda, estados de alarma o emergencia, y socialmente cuando se dio la alarma mundial por parte de la OMS y se tomaron la implementación de urgentes medidas de la salud y de economía, a las que se sumaron medidas para la educación, el trabajo (el teletrabajo), la adquisición de productos alimenticios y medicinas. De ello empezó a surgir un espíritu de solidaridad en los países y en el mundo, en reconocimiento a la primera línea de acción como los médicos, bomberos, policías, y muchas personas expresaron dicha solidaridad para con el prójimo.

Empero, esto fue cambiando en la medida que el tiempo iba pasando y los recursos se iban agotando, del estado inicial del miedo y la precaución por la ganas de seguir viviendo, empezó una nueva etapa en que la escasez y el abuso de algunos malos funcionarios públicos, así como de algunos malos empresarios que sobrevaloraron los bienes esenciales (alcohol, oxígeno, medicamentos, mascarillas), evidenciándose casos de corrupción tanto en el sector público como en el privado, con el consecuente hecho de que en el caso del Perú, una crisis política producto de los años anteriores, agravado por el nuevo suceso del coronavirus, se agravaría la precaria estabilidad política.

Así ante la necesidad de la supervivencia los ciudadanos fueron rompiendo las medidas de seguridad, pues ya no había como agenciarse los alimentos, pues los bonos que dio el Estado no abastecían a la mayoría de la población, además de la dificultad para su acceso producto de la mala organización. De esta manera empezaron a alterarse el orden social, además que curiosamente se avecinaba una nueva campaña para el cambio de autoridades en el país meses después, y con el desenlace de tener tres presidentes en un año, momento en el cual la pandemia seguía produciendo sus consecuencias.

Mientras tanto en el mundo se empezaba a implementar el proceso de vacunación donde los Estados con mayores recursos que habían invertido a través de laboratorios, la producción de vacunas desde el mes de marzo, situación que fue aprovechada por algunos Estados para agenciarse con la compra de dichas vacunas producidas por los distintos laboratorios en el mundo incluso comprando más de lo que necesitaban. En el caso del Perú estallaba el caso Vacunagate, lo cual trajo un sentimiento de traición para muchos que confiaron en las acciones desplegadas por el Estado a partir del gobierno de turno y de todos los que dirigían las políticas de salud pública, y todos saben lo que aconteció.

Mientras se pasaba de la primera ola que ni había terminado, a la segunda ola, pues una ola termina cuando se disminuyen los contagios y se controlan, situación que no aconteció, y esta segunda ola con la aparición e identificación de nuevas variantes del virus original provenientes de Inglaterra, Brasil, Sudáfrica y ahora hasta ya se habla de variantes propias de cada país. Teniendo como resultado que los contagios se dispararon luego de las fiestas de fin de año, situación que hasta ahora no se termina, con el lamentable hecho de que las cifras oficiales de contagiados, fallecidos y recuperados no se conoce, lo que motivó que recién en abril del año 2021 el gobierno tome la decisión de formar una comisión para precisar dichas cifras.

Todo este escenario de la “nueva normalidad” o “posnormalidad” ha influido también en el desarrollo y producción del conocimiento humano, de la investigación científica, de la difusión, de la publicación, de los procesos de validación, de la legitimación y de la ética. Y de acuerdo con estos hechos también el conocimiento del derecho penal no podía ser ajeno a dichos cambios razón por la cual ahora debemos percatarnos de si los paradigmas del siglo XX, tienen que ser rediscutidos ante esta nueva realidad.

La elaboración de este material consigna temas que la cátedra considera necesarios discutir con el único propósito de no quedarnos fuera de la realidad por ello se han consignado lecturas de autores importantes, así como ejecutorias supremas a fin de discutir las en clases y ver sus perspectivas de cara al siglo XXI.

Agradezco la colaboración del colega Hebert Gregorio Ricra Mayo, egresado de la maestría en Ciencias Penales del UPGD de la UNMSM, quien tuvo la gentileza de ayudarme en la elaboración del presente Material de Enseñanza.

Lima, abril de 2021.

GUÍA DE PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste la institución materia de la lectura?
2. Señale usted ¿Qué problemas surgen de acuerdo al planteamiento del autor de la lectura indicada?
3. Precise usted en no más de 10 líneas ¿Cuáles son las posiciones que se plantean en la lectura en torno al problema formulado?
4. Esquematice en un mapa conceptual la posición adoptada por el autor de la lectura.
5. Diferencie usted las distintas posiciones a partir de un cuadro sinóptico.
6. Diferencie usted muy brevemente las diferencias existentes entre las diversas posiciones reseñadas en la lectura en torno a la categoría materia de estudio.
7. Precise usted los fundamentos de la Ejecutoria penal que sustentan la posición adoptada.
8. Precise usted los fundamentos de la Casación que sustentan la posición adoptada.
9. Señale usted ¿Qué posición resulta ser la más compatible con la categoría inmersa en nuestro sistema penal y explique por qué?
10. Otras preguntas que se puedan formular por parte del profesor o los estudiantes.

UNIDAD 1

GENERALIDADES

Competencias

- Analiza el estado actual del derecho penal parte general.

PRIMERA LECTURA

Barquín Sanz, J. (2018). Conversación con el profesor Lorenzo Morillas Cueva. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (LIX-LXXVI). Madrid, España. Editorial Dykinson.

La lectura versa sobre una conversación con el profesor Lorenzo Morillas Cueva, en la cual se tocan temas de política universitaria, política en general, pero sobre todo del desenvolvimiento que tiene el profesor en el Derecho Penal, en sus diversas facetas: teoría jurídica del delito, sus consecuencias, política criminal, política legislativa y criminología.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTUZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**

(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dinjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

CONVERSACIÓN CON EL PROFESOR LORENZO MORILLAS CUEVA

JESÚS BARQUÍN SANZ

Catedrático (acr.) de Derecho Penal, Universidad de Granada

CON LA PARTICIPACIÓN DE
MIGUEL OLMEDO CARDENETE

*Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho,
Universidad de Granada*

En febrero de 2018, apenas unos días después de enviar a la imprenta su *Sistema de Derecho Penal* (Dykinson, 2018), nuestro maestro Lorenzo Morillas nos recibió a Miguel Olmedo y a mí en su despacho del Instituto de Criminología (IAIC) de la Universidad de Granada, para la grabación de la entrevista que a continuación se transcribe. A lo largo de una conversación que duró más de una hora y media fueron surgiendo cuestiones personales, de política universitaria, de política en general y, sobre todo, de derecho penal en diversas facetas propias y vecinas: teoría jurídica del delito, consecuencias, política criminal, política legislativa, criminología.

Cuando le preguntamos a Lorenzo Morillas por la época en la que era joven, lo primero que matiza —de broma, pero también medio en serio— es que esa época es ahora. Y a fe que no es una impostura. Si la lectura de esta conversación transmite la idea de que este hombre es una especie de fuerza de la naturaleza con una energía arrasadora, entonces se ha conseguido el objetivo de que el texto ofrezca un retrato fiable del entrevistado. Causa perplejidad el hecho de que una persona con tanto brío y tantas ganas esté cronológicamente próxima al retiro en lugar de a mitad de su trayectoria universitaria. Cualquiera de los que trabajamos a diario cerca del profesor Morillas Cueva podemos certificar que ésa es la realidad, que Lorenzo sigue siendo exactamente así: imparable e inagotable. Sin duda, una gran ventaja de la que al cabo nos beneficiamos todos. Pero no sería justo ocultar que en ocasiones esto acarrea algún pequeño inconveniente, y es que no siempre resulta fácil seguirle el ritmo...

Jesús Barquín (JB): ¿De dónde procede usted, Prof. Morillas? Cuéntenos sus primeros años en la universidad, en el derecho penal, por qué escogió estudiar derecho...

Lorenzo Morillas (LM): Soy de Jaén y desde allí vine a Granada a estudiar Derecho en el año 1967. Desde aquel curso 1967-1968 he estado vinculado a la Universidad de Granada. Aquí se ha desarrollado, junto con algunas estancias fuera, toda mi trayectoria académica y profesional.

Mi padre era abogado y secretario de ayuntamiento, pero por desgracia no tuve mucho contacto con él, porque murió cuando yo tenía seis años. Algún libro había por casa que fue despertando mi curiosidad y creo que eso influyó para generar en mí una atracción que no pudo surgir por influencia directa de ninguno de mis padres, ya que mi madre no tenía estudios universitarios. Ha pasado mucho desde entonces y no podría decir con precisión por qué opté por estudiar Derecho en lugar de otra licenciatura. Eran tiempos complicados: los prolegómenos de mayo de 1968 y una época en la que ya se barruntaba el final del régimen franquista. Aunque aún no estaba yo muy concienciado en Jaén (cuando vine a Granada, ya fue otra cosa), había algo en el derecho que me atraía como vía para realizar mis expectativas vitales y de compromiso social.

JB: Y, dentro del derecho, ¿por qué derecho penal?

LM: Creo que fue una consecuencia natural de ese compromiso universitario y ciudadano. Me atrajo desde que mi primer contacto en segundo de licenciatura. Tuve profesores interesantes como Stampa Braun, el canónigo Tarsicio Herrero del Collado y Enrique Ceres. El planteamiento que me transmitieron del derecho penal hizo que me diera cuenta de que aquí se plasma mejor que en ninguna otra disciplina la concepción que yo tenía del derecho.

Miguel Olmedo (MO): ¿Cuándo conoció al Prof. Sáinz Cantero?

LM: En el año 1973 estábamos en una situación de vacantes, porque Stampa se había ido a la UNED y desgraciadamente Tarsicio Herrero del Collado había fallecido en un accidente de automóvil. En el departamento entonces estábamos el fiscal Augusto Morales, Fernando Manzaneque, José María Vellibre y yo mismo. Aunque muy joven, de hecho recién licenciado, de todos era yo el único que entonces tenía dedicación completa. Un día se presentó un señor diciendo que era el nuevo catedrático. Era Sáinz Cantero, que venía desde Murcia después de su periplo por Galicia. Lo recibimos con los brazos abiertos, porque era obvio que se necesitaba una persona que dirigiera el departamento y le diera un impulso científico y dogmático.

MO: Su tesis versó sobre los delitos contra la libertad religiosa. ¿Por qué escogió este tema?

LM: En aquella época (leí la tesis en 1975) la libertad era un ideal al que aspirábamos. Y, en el contexto de ese afán por la libertad, me pareció que era un tema sobre el que lo poco que se había trabajado era desde un punto de vista obsoleto y centrado en una única religión, la católica. Mi perspectiva fue mucho más abierta, con un replanteamiento radical de esos delitos. Creo que tuvo bastante impacto y de hecho los planteamientos político-criminales que defendí en mi tesis fueron acogidos poco después en la reforma del derecho positivo, presidida por la idea fundamental, por lo demás inevitable, de la libertad de opción religiosa en todos los sentidos.

JB: Aunque el de España en 1975 y en 2018 sean dos universos jurídicos muy distantes, y aunque la aproximación al tema de la religión desde el derecho penal también es muy diferente en un caso y en el otro, en este contexto no puedo evitar preguntarle sobre su opinión acerca de la reciente proliferación de condenas polémicas por delitos contra los sentimientos religiosos. ¿Cree que el derecho penal debe proteger los sentimientos de las personas, sean religiosos o ideológicos? En conexión con esto, ¿considera acertada la punición de los delitos de odio?

LM: Si la respuesta sólo pudiera ser simple y directa y planteadas las preguntas desde esa perspectiva, en ambos casos tendría que decir que no. Donde hay que poner el acento es en la libertad, no en los sentimientos. En otras palabras, dentro de la expresión libertad religiosa lo que lleva el peso valorativo es el sustantivo, al igual que en la libertad sindical, ideológica o de asociación. Y en la deriva punitivista en esta materia no debería perderse de vista que los sentimientos al respecto tan sólo pueden ser relevantes en la medida en que incidan significativamente en la libertad de la persona. Lo mismo vale para los delitos de odio, en los que la amplitud y la ambigüedad de la tipificación actual sobrepasan cualquier criterio razonable de taxatividad y son una clara manifestación del muy criticable fenómeno del expansionismo del derecho penal que se aprecia en muchas otras áreas. Hay dos principios que se están masacrando: *ultima ratio* y presunción de inocencia, y con ello creo que no hay que transigir porque son la base del derecho penal progresista de un estado social y democrático de derecho, y deben serlo del derecho penal del siglo XXI.

JB: Precisamente, sus trabajos más recientes muestran que sigue siendo un firme defensor de los principios garantistas del derecho penal. Como ya hemos tenido ocasión de conversar en otras ocasiones, yo en cambio tengo la impresión de que el derecho penal entró desde finales del siglo XX en una dinámica explosiva que ha desbordado las posibilidades de contención de los clásicos principios limitadores del ius puniendi en el estado de derecho, y que los juristas convencidos de la necesidad de acotar el poder omnimodo del estado tenemos por delante la tarea hercúlea de reformular estos límites y principios para que vuelvan a funcionar como un dique. En muchos aspectos, la voracidad del derecho penal esta convirtiendo las proclamaciones de intervención

mínima, de ofensividad, de presunción de inocencia, etcétera, en poco más que declaraciones de intenciones con cada vez más escasa eficacia normativa, y me gustaría que explicara su punto de vista al respecto.

LM: Para empezar, yo no sé si es que los principios no pueden contener la expansión, o si más bien es que no se quiere y se está instrumentalizando negativa y perversamente el derecho penal. Por lo demás, yo no les llamaría "clásicos", por la connotación de tradición y de ausencia de actualización que pudiera tener; son principios estables, que son absolutamente necesarios como garantía del ciudadano frente al poder del estado. A menudo, cuando se pretende innovar en áreas tan sensibles como ésta, el cambio tiende a ir a peor, cuando no consiste en un mero cambio de etiquetas. Por ejemplo, los desarrollos de la teoría del conocimiento lo que están provocando es una más intensa expansión punitiva, así como una objetivización del derecho penal que acentúa la indefensión del ciudadano al tiempo que hace más cómoda la tarea de los operadores jurídicos.

En todo caso, es cierto que tengo un compromiso muy activo con el garantismo penal; quizás me esté excediendo, pero sinceramente creo que no es así. Ahora bien, no considero que la mía sea una posición tradicional; pensemos en el principio de legalidad, por ejemplo, que tiene una historia de, por lo menos, siglos y no por ello deja de ser radicalmente actual y necesario. Pienso que a menudo las corrientes que se presentan como novedosas perspectivas acerca de la teoría jurídica del delito en realidad son un nuevo envoltorio de posiciones anteriores. Para mí la obra de Jakobs sería un ejemplo de esto, ya que, si se profundiza en ella, viene a ser un continuación de la de Welzel, sólo que con un planteamiento más radical.

MO: ¿Pienso que los modelos teóricos que implican una debilitación o suspensión de principios y garantías penales fundamentales son realmente tan neutrales o puramente científicos como se suelen presentar?

LM: A mi juicio, los principios garantistas del estado social y democrático de derecho no son negociables. Si se abandona su defensa, se permite la instrumentalización del derecho penal para otros objetivos que no le son propios. El derecho penal es el instrumento más potente de protección de bienes jurídicos de que disponen la sociedad y el Estado, con los matices que incorporan las diferentes teorías sobre sus fines; y así debe seguir siendo. Me parece una barbaridad el planteamiento de utilizar el derecho penal como posible solución a cualquier problema social, como a menudo se le suele presentar: cada vez que surge una situación crítica, se alzan voces para que venga el derecho penal a solucionarla. Ahí radica el gran error: la batalla de fondo no es la formulación de una u otra teoría sobre la estructura dogmática del derecho penal, sino en ser utilizados para legitimar la ocultación

tras la pantalla del derecho penal las deficiencias de las políticas educativas, igualitarias, laborales, etc., que son las que deberían hacer frente a los problemas sociales y dejar al derecho penal cumplir su función presidido por la idea de *ultima ratio*, una función que seguirá siendo necesaria en la sociedad futura, como lo ha sido en la sociedad pasada y lo es en la presente.

*JB: ¿No tiene la sensación de que hay cuestiones capitales del derecho penal que han ido quedando en un segundo plano a lo largo de los últimos años sin justificación desde el punto de vista científico? Así el principio de culpabilidad y los criterios de imputación subjetiva, que apenas si son objeto de discusión recientemente. Tal y como lo percibo, se han impuesto criterios jurisprudenciales, por ejemplo en materia de dolo eventual y de imputación dolosa de resultados meramente previsibles en abstracto, por ejemplo con la proliferación de los delitos de riesgo que tipifican la ejecución dolosa de la conducta peligrosa en lugar de la imprudencia referida al eventual resultado lesivo, que hace treinta o cuarenta años habrían generado oposición de aquellos mismos penalistas que rechazaban la cualificación por el resultado o la preterintencionalidad; en cambio ahora parece aceptarse casi con resignación ésta y otras manifestaciones que a mi juicio suponen un deslizamiento del derecho penal hacia elementos de responsabilidad objetiva no muy diferentes del repudiado *versari*.*

LM: Bueno, no estoy de acuerdo con esa generalización. Sigue habiendo autores que, como yo mismo, damos gran importancia a estas cuestiones. En mi recién terminado *Sistema de Derecho Penal* no sólo distingo el dolo de la imprudencia como formas de la culpabilidad, lo que considero absolutamente superado, sino que las estudio como estructuras delictivas separadas, cada una con sus elementos y coordenadas propios. Atribuyo vital importancia al delito imprudente que -y en esto no estoy de acuerdo- cada vez tiene más relevancia en el derecho penal de la sociedad del riesgo, puesto que su configuración formal de *numerus clausus* no impide que ofrezca suficientes posibilidades de encaje para conductas de relevancia penal. Con independencia de esto, me parece criticable el exceso con el que el legislador recurre a los delitos de peligro abstracto, pero ése es otro tema. En cualquier caso, una postura fuerte frente a los planteamientos sistemáticos que conducen a una objetivización del juicio de reproche penal es a mi juicio lo coherente con una perspectiva progresista y garantista del derecho penal.

MO: Me gustaría volver a su trayectoria personal. Desde muy joven, usted participó con intensidad en la gestión universitaria...

LM: Sí, sí, podría incluso decir que ha sido una de mis debilidades, porque al final de toda la trayectoria no tengo tan claro que este compromiso universitario tan intenso haya sido tan positivo para mí. Puedo decir que ya desde muy joven era delegado de curso y me incorporé a las coordinadoras de estudiantes; después como profesor no numerario también participé en las coor-

dinadoras de no numerarios, fui presidente a nivel nacional de los profesores adjuntos y me incorporé pronto al gobierno de la Universidad de Granada como vicerrector durante seis años hasta 1991. Desde 1992 hasta 2000 fui Rector, y antes y después de este período he sido director del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología, que es el cargo que tengo ahora, más la coordinación de nuestro Programa de Doctorado Interuniversitario en Criminología. Por lo tanto, mi vida universitaria ha sido compartida. Pero ojo, quiero que quede claro que en ningún momento, ni siquiera cuando era rector, he abandonado la investigación. Me han reconocido los sexenios correspondientes a mi periodo como rector, durante el cual he investigado, he publicado y he dirigido proyectos de investigación. Creo por tanto que he sabido combinar la gestión con la investigación y con la docencia. El coste ha sido una dedicación brutal a la universidad que en algunos momentos, cuando miro hacia atrás y a pesar de que en la actualidad sigo haciendo lo mismo, siento que quizás ha sido excesiva, porque me ha significado muchas horas de trabajo personal separado de la familia. Pero, bueno, también eso ha llevado a que el ejemplo haya cundido en mi familia y mi hijo sea ya prácticamente catedrático, además de decano, y que mi hija esté también en la vida universitaria con éxito y como vicedecana de un buen decano como es el de la Facultad de Derecho de Granada.

MO: ¿Cómo valora el momento actual de la universidad pública en España?

LM: Es una pregunta compleja, en particular para alguien que ha estado tan implicado en la vida universitaria. Hay tantas facetas y matices que es difícil resumir... He sido, soy y seré defensor acérrimo de la universidad pública. Ahora bien, la universidad pública yo creo que está cayendo en un problema tremendo de formalismo y burocracia, especialmente en su faceta investigadora. Tenemos que reaccionar para poder ser competitivos, tanto con la universidad privada como para poder devolver a la sociedad lo que le debemos en términos de transferencia de conocimientos. Un investigador principal, un coordinador de doctorado o de máster, se encuentra con una carga de burocracia que desanima al más pintado. Esos puestos deben ser ocupados por académicos de calidad, y tal como están planteados en la actualidad desde luego no son atractivos para los mejores investigadores y quienes los asumimos lo hacemos más por compromiso que por cualquier otro motivo. Se necesita más apoyo, no sólo financiero por supuesto, sino también instrumental y de gestión.

JB: ¿No le parece también que la exacerbación de controles y papeleo, muchas veces estéril, supone un freno a la creatividad y la excelencia?

LM: Creo que la universidad pública no está en la búsqueda de la élite investigadora y docente, como debería, sino en una situación en la que

parece que todo vale lo mismo. Y no es así: la universidad, se quiera o no, es una entidad jerárquica en lo que se refiere al saber. Hay que cambiar el rumbo de la evaluación del profesorado en ambas facetas, de investigación y docencia. Refiriéndome a lo que dominó, que son las ciencias jurídicas, no es razonable que se pueda evaluar la producción de un profesor sin leerle, tan sólo con referencias externas; ni lo es que obras extensas y sistemáticas publicadas en un libro y resultado de años de trabajo casi obsesivo sean peor valoradas que un artículo de unas decenas de páginas. Por hablar de la experiencia propia, no me parece de recibo saber que una evaluación de mi *Sistema de Derecho Penal*, en el que he estado intensamente volcado los dos últimos años con voluntad de rigor y exhaustividad, probablemente sería menos favorable que un artículo especializado que podría escribir en unas pocas semanas. Es duro ser consciente de esto, porque te lleva a dudar de tu propio trabajo: ¿qué sentido tiene lo que estoy haciendo? Pero bueno, algunos todavía tenemos el pensamiento de que lo importante no es la evaluación sino la calidad de nuestra obra.

JB: Si mira hacia atrás y se coloca hipotéticamente en aquella época en la que aún tenía por delante todo ese proyecto de excelencia académica y compromiso político y universitario, ¿está contento con la realidad que le rodea o ésta es muy diferente del ideal de ese mundo que quería contribuir a construir?

LM: Para empezar, no tengo una forma de ser que tienda a mirar hacia atrás con nostalgia, ni tampoco a lamentarme de lo que pudo haber sido y no fue. Lo de "cualquiera tiempo pasado fue mejor" no va conmigo. Hay que ser consciente de lo que le rodea a uno en cada momento y procurar alcanzar lo mejor en el contexto en el que se está. Dicho esto, si me pongo en la piel de aquel chaval que llega a Granada con toda la vida por delante, lleno de ilusiones y me pregunto si se han cumplido, creo que en un análisis objetivo y distante la respuesta es que muchas de ellas sí. Llegué a Granada en plena dictadura franquista y en pocos años se inició el proceso de transición a la democracia y a la Constitución de 1978, lo cual fue un avance enorme para las generaciones que estábamos comprometidas con ello. Después ha habido gobiernos de diferentes signos políticos, ha habido avances y retrocesos, pero en resumidas cuentas la situación política actual está a años luz, para mejor, de la que teníamos cuando yo era más joven y aparecí en Granada...

JB: ¿No tiene entonces la sensación de haber actuado como un colaboracionista del franquismo, como tantos otros que, según una cierta lectura de la reciente historia de España, contribuyeron a una transición política que habría sido en realidad un mero lavado de cara de un régimen franquista que aún estaría vigente?

LM: No, no comparto en absoluto esa opinión. No creo que haya ahora un nuevo franquismo, entre otras cosas porque la democracia existe, con

un parlamento elegido por los ciudadanos en libertad. Será formal y tendrá limitaciones, pero eso sucede en cualquier otro estado democrático y desde luego no es comparable con la situación del franquismo puro y duro, cuando por decir cosas como algunas de las que he precisado en esta entrevista te podías ver en prisión. Las cosas han cambiado muchísimo, afortunadamente. Estamos integrados en Europa, vivimos en un país de libertades y las carencias provienen más de abusos individuales de responsables políticos que del propio sistema. Yo no veo la posibilidad de un hipotético sistema alternativo al estado social y democrático de derecho. Ahora bien, en ello hay que profundizar: a algunos partidos políticos se les ha olvidado su ideología fundamental de lucha por una sociedad mejor, más justa, y se han instalado en la comodidad de una burguesía democrática que podríamos denominar burguesía del poder. Esto es cierto, pero ni mucho menos se trata de una situación cercana a la dictadura. Hoy se puede plantear una alternativa incluso radical, otra cosa es que para sacarla adelante tendrán que convencer a los votantes. Los que dicen esas cosas no tienen ni idea de lo que era el franquismo.

JB: ¿Y el derecho penal? ¿Considera que el derecho penal de hoy es como cabría esperar que fuera tras 40 años de régimen constitucional? En particular, me interesa la comparación con el derecho penal de los años 1980 y comienzo de los 1990.

LM: En los años ochenta, como es bien sabido, aún se aplicaba el código de 1944/1973. Es decir, que hasta 1995 no hubo realmente un código que respondiera a las premisas de la Constitución de 1978. Un código penal al que se tardó demasiado en llegar y que ha sufrido un increíble número de reformas. Sucede algo parecido a la Ley Penal del Menor, que de inicio era una buena ley; a mí me parecía y me sigue pareciendo que respondía a los parámetros internacionales del derecho penal juvenil. Las reformas posteriores la fueron empobreciendo, de forma similar a lo que ha sucedido con el Código Penal de 1995, en este caso con un expansionismo que no cesa, en particular a causa de las reformas de 2003 y 2015.

MO: Previamente a la reforma penal de 2003, se había constituido una comisión técnica de estudio en la que usted participó activamente. ¿Nos puede contar su experiencia?

LM: En aquella comisión para el estudio de la reforma del sistema de penas, que era multidisciplinar y con personas de ideología diversa, llegamos a un consenso sobre una propuesta de política criminal y texto punitivo modernos, racionales y acorde con los tiempos. El problema es que luego el gobierno y la mayoría parlamentaria en el poder la destrozaron y la fragmentaron en leyes como la de 2003 del cumplimiento íntegro de las penas que no respondían en absoluto a lo acordado en la comisión y que denota-

ban una comprensión del derecho penal nada progresista ni acorde con el estado democrático de derecho.

JB: A mí me parece que datos como éstos vuelven a poner de manifiesto un contraste entre el camino de progreso indiscutiblemente a mejor que han seguido la sociedad y la universidad desde, digamos, 1980/1985, y la evolución que ha experimentado el derecho penal. No creo que casi nadie, entre los penalistas españoles de esa época, pudiera haber previsto el endurecimiento del código penal, el aumento de duración de las penas, la acumulación de tipos y sanciones, el crecimiento de la población penitenciaria, etcétera, que fueron llegando a partir de 1995 y, sobre todo, en el siglo XXI. Menos aún en un contexto histórico de paz social y criminalidad contenida como es el que tenemos la suerte de tener en España.

LM: Precisamente una de mis mayores preocupaciones y objeto de crítica continuada en mis trabajos es el expansionismo del derecho penal, que es un hecho obvio. Podemos comparar la duración de las penas del Código Penal de 1944 modificado en 1973 con las penas actuales y ahora son mucho más duras. En la actualidad estamos debatiendo la prisión permanente revisable, pero es que antes de esto ya teníamos (y tenemos) hasta cuarenta años de cumplimiento. No se trata, por lo demás, de un planteamiento hipotético, porque ahí están las estadísticas penitenciarias y otras estadísticas que demuestran el uso extensivo que se hace de la pena de prisión. Esto, unido a la expansión de tipos penales, a la utilización cada vez mayor de delitos de peligro con adelantamiento de las fronteras punitivas, a la invasión del derecho administrativo por el derecho penal... dibujan una realidad con la que no podemos estar conformes. Desde luego, éste no es el derecho penal garantista en el que creo, que debe estar firmemente limitado por los principios fundamentales tanto en su formulación normativa como en su aplicación práctica procesal y penitenciaria.

Sucede que se está utilizando el populismo punitivo para trasladar a la ciudadanía una falsa sensación de que es necesario responder duramente con el derecho penal a una inseguridad que en la realidad no existe a esos niveles. No sólo por las estadísticas de criminalidad, que están entre las mejores de Europa y del mundo, sino también porque las propias encuestas mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas muestran que las cuestiones relativas al derecho penal y la inseguridad ocupan lugares muy alejados de las primeras preocupaciones de los ciudadanos. Quizás con la excepción de la corrupción, que está entre las primeras preocupaciones junto al paro, la sanidad, y en la que el derecho penal sí que tiene mucho que decir.

JB: Por lo que sabemos, su Sistema de Derecho Penal está ya en la imprenta y estará previsiblemente en las librerías para cuando se publique esta conversación.

LM: Cierto, ya tengo incluso las primeras pruebas, aunque aún hay un par de lecciones de las formas especiales que he de terminar de rematar en los próximos días. Pero, vamos, que el libro está prácticamente acabado.

JB: De esta intensa parte final de redacción de su sistema, ¿qué es lo que más satisfacción le ha procurado? Imagino que habrá habido momentos de disfrutar y quizás algún momento de desazón o de no verle el final...

LM: Más que desazón, lo que he tenido a lo largo de esta tarea tan absorbente ha sido algún momento de desesperación, sobre todo por cómo se escapaba el tiempo. En una obra de estas características hay que estar muy entero y concentrado. El trabajo ha de ser coherente y, cuando uno lo deja unos días, retomarlo se hace complicado. Al margen de esto, para mí ha sido muy satisfactorio en todos los aspectos, especialmente en un balance final, porque como se verá prácticamente todos los temas que trato están trabajados a fondo, a nivel de artículo especializado.

MO: ¿Puede señalar alguna aportación destacada de su Sistema de Derecho Penal?

LM: Qué puedo decir... Lógicamente en la teoría jurídica del delito, donde por ejemplo el consentimiento yo he trabajado bastante en ello al margen del Sistema. En la anterior versión de mi parte general de 2007 lo planteaba como causa de atipicidad, excepto el consentimiento presunto. Ahora todo el consentimiento va como caus de atipicidad. Otra variable es la doble posición del dolo y la imprudencia que mantengo, que es minoritaria pero espero que en el futuro pase como con el consentimiento, que vaya convirtiéndose en mayoritaria. Pero no es solamente la perspectiva sobre la doble posición del dolo, sino lo que eso significa y cómo entro en controversia con las tesis más objetivizadas basadas en la teoría del conocimiento. Y lo hago desde una perspectiva de protección de los derechos, en la medida en que las posiciones que defiendo son más garantistas para el ciudadano que otras que pretenden objetivizar la responsabilidad penal. Por otra parte, sigo un doble camino para el delito doloso y el delito imprudente, con configuraciones sistemáticas separadas e independientes. Esta estructura, lógicamente, tiene una variedad de repercusiones en cuestiones concretas de la teoría del delito que sería demasiado prolijo comentar aquí.

En general, lo hago desde una perspectiva de compromiso y de tomar partido sin rehuir la controversia. Habrá muchos especialistas que no estarán de acuerdo, como yo no estoy de acuerdo con algunos de sus planteamientos. Es un sistema elaborado después de una vida de estudio particularizado de prácticamente todos los temas claves de la teoría del delito, y haciendo un análisis exhaustivo y crítico que, claro está, a veces confirma posiciones de otros compañeros. Por ejemplo, mi planteamiento no es nada

analítico. Creo que la perspectiva analítica sobre la teoría jurídica del delito no se sostiene, por lo que adopto un enfoque sintético que se estructura en juicio de antijuridicidad y juicio de culpabilidad. Dejo al margen el error que, como hace por ejemplo Quintero, forma parte de la estructura de la teoría jurídica del delito pero no adscrito exclusivamente a ninguno de los dos grandes bloques, sino a cada uno de ellos en función de que se trate de error de tipo o error de prohibición.

MO: Tiene varios doctorados honoris causa y discípulos diseminados por España y América. ¿Está satisfecho con sus discípulos?

LM: Mucho, mucho. Muchísimo. Opino que, cuanto más relevancia toman los discípulos y discipulas, mayor proyección dan al maestro. Estoy orgulloso y contento de la labor de todos, a la que algo he aportado, para tener una presencia importante de escuela en la ciencia del derecho penal nacional e internacional. Esto es probablemente uno de los aspectos que más valoro y que mayor satisfacción me produce de mi trayectoria académica.

JB: ¿Nos puede hablar de sus maestros? Su trayectoria académica no se inició con quien después fue su director de tesis, el Prof. Sáinz Cantero, quien por desgracia falleció pronto. ¿A quién considera su principal referencia?

LM: En principio, Sáinz Cantero, que fue con quien comencé y con quien trabajé durante mis primeros años y hasta su fallecimiento. Pero me sucedió algo que a la mayoría de los opositores les obsesiona, y es que, una vez en marcha la cátedra a la que aspiraba, se muere mi maestro, que estaba en el tribunal de cátedra. Fue sustituido por el Prof. Cerezo, que se portó muy bien conmigo. Él tenía discípulos que podrían haber venido, y en cambio me mostró su respeto y su apoyo. Mi relación con Sáinz Cantero por tanto no pudo tener continuidad. Además, mi formación base había sido un poco por libre antes de que él llegara, ya que no tenía a nadie que me dirigiera y no me encontré con un ambiente de trabajo en equipo. Desde muy joven me ha sucedido que he tenido que ser yo quien diera el paso adelante y construir el propio grupo de trabajo.

También he tenido muy buena relación con profesores que me han ayudado y de los que me siento muy cercano, como el Prof. Cobo del Rosal, el Prof. Gimbernat, el Prof. Mir Puig o el Prof. Quintero Olivares. Sus trabajos los he estudiado en profundidad y me han inspirado; pero maestro, en el sentido propio de esta palabra, fue Sáinz Cantero y desgraciadamente por tiempo limitado.

MO: Con Cobo del Rosal, en particular, ha tenido una relación muy estrecha.

LM: Al principio, no. Pero luego sí llegó a ser intensa, sobre todo por mi concepto de lealtad, que para mí es básico. A nosotros, el grupo de Granada,

Jaén, Almería, el Prof. Cobo nos ha ayudado, y esto es algo que yo le he reconocido hasta el final, aunque yo no era su discípulo. Cobo en sus últimos años estuvo físicamente regular y le presté siempre el apoyo y la ayuda que pudiera necesitar. Tengo un sentido profundo de la lealtad y del agradecimiento a alguien a quien, con sus pros y sus contras, por mi experiencia personal con él le tenía que responder de esa forma. En estas cosas sí que soy estricto en mis planteamientos.

JB: Tiene usted una estrecha relación con Iberoamérica, ¿cómo percibe la relación con estos países a los que nos unen indudables vínculos históricos y culturales?

LM: En particular la tengo con universidades de México, Chile, Brasil, Argentina, Cuba. Y creo que todos debemos profundizar en estos lazos con una perspectiva de avanzar hacia nuevos logros conjuntos. Desde una posición de igualdad por supuesto, y por nuestra parte aportando todo lo que sea útil, respaldados por nuestro bagaje de bibliografía y tradición académica que son un activo para poder orientar y dirigir la formación de jóvenes investigadores brillantes que tienen todos estos países. Pero pienso que con Latinoamérica tendríamos que replantear las relaciones en un sentido de profundización. A veces parece que nos preocupamos más de proveer servicios académicos y títulos a estudiantes y académicos que vienen a España, que de profundizar en este trabajo conjunto.

JB: Entiendo que, como universitario, usted se siente ante todo investigador y profesor. Mucho antes que gestor, a pesar de haber sido rector durante muchos años y de tener una presencia y una influencia muy fuerte en la Universidad de Granada, una institución que a su vez tiene gran peso en la vida de la ciudad. Diría que su participación en la política universitaria, también a escala nacional, es para usted un apartado importante de su vida, pero secundario en relación con su trayectoria como académico. ¿Estoy en lo cierto?

LM: Absolutamente en lo cierto. A mí me gusta mucho la docencia, pero sobre todo la investigación. He sido un investigador constante y tenaz, y los resultados ya se valorarán cuando haya un poco de distancia y perspectiva acerca de la producción global de toda una vida de trabajo.

Ser rector de una universidad como la de Granada es, además de un gran honor, una experiencia tremenda, con presencia en muchos actos a los que tiene que ir el rector. Y yo iba y cumplía con todas mis obligaciones institucionales. Pero esto no dejó de ser un episodio en el contexto de mi vocación universitaria, que he podido desarrollar toda mi vida en la gestión y colaborando en la creación de la nueva universidad. Viví muy de cerca el paso de la antigua universidad a la universidad crítica, democrática, abierta, participativa, que se produce en la década de los ochenta. Como vicerrector de ordenación académica, que es uno de los más complejos, además de participando muy

activamente en el claustro, en la comisión de reforma de los estatutos, en los procesos de estabilización de los profesores no numerarios, etcétera. Digamos que he estado implicado en casi todas las iniciativas para trabajar por una universidad diferente. Pasa como con el cambio del franquismo a la democracia: mientras se está luchando por ello, todo parece muy bien pero, una vez estabilizada la nueva situación, cambia la dinámica y empiezan a apreciarse los problemas y lo que hay que mejorar, lo que por supuesto hoy en día es, de entrada, la financiación. Pero digo lo mismo de antes: no se puede comparar, ni por el ambiente de trabajo ni por los medios de que se disponen, la universidad que yo me encontré, o la universidad de 1975 y años posteriores, con la universidad pública de ahora. Son la noche y el día.

MO: ¿Cómo valora la situación de la criminología en España? Desde el punto de vista de la docencia y desde el de la investigación.

LM: Estamos haciendo un esfuerzo notable por que salga adelante la criminología como una ciencia en sí misma. Por un lado es importante alimentar contactos con los mejores centros internacionales: británicos, estadounidenses, centroeuropeos, para aprender y para no engañarnos ni perder la perspectiva de que todavía estamos en una etapa preliminar, de potenciación. Pero también se está consolidando, sobre todo con titulaciones de grado de cierto nivel y prestigio (que no son todas, y luego abundaré sobre ello) y a través de los institutos de criminología, que hacemos un esfuerzo de investigación y publicaciones, así como de ofrecer másteres y doctorados. ¿Cuál es el objetivo? Esto es lo que más me preocupa en este momento en relación con la criminología, teniendo en cuenta que soy una de las personas que, para bien o para mal, más han luchado para que la criminología tenga una presencia activa en el sistema universitario español. Primero, cuando conseguimos que fuera una titulación de segundo ciclo y luego, como grado. Hubo un trabajo continuado en el que yo fui representante permanente de los institutos de criminología en la negociación con el ministerio para la aprobación de la titulación de segundo ciclo, que paradójicamente no se llegó a impartir en Andalucía. He presidido durante cinco o seis años la comisión de ciencias jurídicas y sociales de ANECA, donde entraba la criminología, y mi experiencia allí daría para una entrevista completa exclusivamente sobre cómo estaba la situación y cómo se sacaron adelante los grados en criminología.

Pienso que lo que tenemos que hacer los especialistas de otras ramas cercanas que estamos implicados en esto, especialmente los penalistas, es intentar formar verdaderos criminólogos a través de programas y doctorados con el absolutamente imprescindible requisito de estancias en universidades de países punteros en criminología. Estos auténticos criminólogos con una sólida formación adquirida en buena medida fuera de España, entre

quienes incluyo a los que originalmente eran juristas pero se han reconvertido en criminólogos y criminólogos de prestigio, deberían ocuparse propiamente de la criminología y nosotros retirarnos a nuestro territorio propio, que es el derecho penal en todas sus facetas. Creo que ésa es la vía y debe ser el futuro.

Soy relativamente optimista y creo que ese objetivo de formar investigadores a un alto nivel de calidad va por buen camino, pero no quiero dejar de mencionar un aspecto negativo que me preocupa: la excesiva proliferación de grados y de estudiantes de criminología, que no responden a una necesidad social de formar tantos criminólogos, ni en ocasiones dan la talla con el nivel de calidad exigible. Mientras que la mayoría de las universidades públicas, que ya son muchas, ofrecen el grado en criminología con unos límites de admisión razonables de setenta u ochenta alumnos, hay otras universidades que tienen cientos de alumnos matriculados. Este exceso va a pasar factura, como lo ha hecho en otras titulaciones.

JB: La responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los temas estrella de los últimos años. ¿Qué visión tiene de esta materia que ha venido a darle la vuelta a algunos dogmas jurídico-penales?

LM: Soy realista. Es lo que hay y hay que trabajarlo sobre la base de la regulación vigente. Había alternativas, y de hecho en mis trabajos sobre el tema me he manifestado partidario de que las llamadas consecuencias accesorias podían haber dado suficiente juego para no tener que dar el salto de la atribución directa de responsabilidad propiamente penal a entidades que no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad ni de pena, y con un alcance práctico casi idéntico. Me parece indiscutible que el derecho penal moderno tiene que dar respuestas a la criminalidad cometida en el seno de las empresas, de lo que no estoy seguro es de que la opción del legislador español sea la mejor. Como por lo demás lo han puesto de manifiesto muchos autores, creo que en una opinión mayoritaria entre la doctrina penal. Por otro lado no queda otra solución que adaptarse a la realidad de la normativa introducida en el Código Penal, a pesar de la oposición mayoritaria de los penalistas.

JB: Ésa es precisamente otra cuestión de interés. Me refiero a cómo los penalistas académicos han perdido peso e influencia hasta el punto de no pintar casi nada en el contenido y alcance de las reformas penales.

LM: Absolutamente. Éste es sin duda un tema relevante y que merece reflexión. La razón puede ser que que nos temen, en el sentido de desconfianza y de que no les resultamos fáciles de manipular. Saben que la mayoría estamos en una línea de resistirnos a la instrumentalización del derecho penal. Generalmente, cuando nos llaman para trabajar en una comisión como

en la que yo participé varios años, uno va con sus planteamientos personales y con su propia conciencia. En nuestro caso hubo un par de intentos en el sentido de que mirásemos alguna propuesta "con cariño", pero la capacidad de influencia que tuvo el gobierno en nuestro trabajo fue nula. Tan es así que el presidente de la comisión, el ya fallecido Bueno Arús, dimitió cuando vio que quienes lo habían nombrado esperaban de él un cierto control. Como él me dijo: ¿cómo voy a presionarte a ti, a García Valdés, al presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo...? Lo más curioso de aquello era que, a pesar de la diversidad de perspectivas e ideología, las propuestas eran consensuadas. Llegamos a acuerdos siempre, excepto en dos cuestiones puntuales que fueron las únicas sobre las que hubo que votar a lo largo de tres años de reuniones semanales.

JB: Pero al cabo al gobierno de Aznar le dio igual, porque luego hizo lo que le pareció y, en cierto modo, quiso utilizar la comisión como fuente de legitimación de sus reformas.

LM: Los resultados de nuestro trabajo eran todo lo contrario de lo que después sacaron adelante con la ley de cumplimiento íntegro de las penas y otras reformas de aquellos años. Un verano llegué a plantear mi dimisión dos veces por filtraciones falsas que publicaron en la prensa según la cual la comisión apoyaba la elevación del límite máximo de las penas que pretendía el gobierno. Llamé al Ministerio de Justicia indignado, recuerdo que era agosto, y me explicaron que había sido un movimiento del Ministerio del Interior lanzando globos sonda para ver la reacción de los otros partidos.

JB: Volviendo a su Sistema de Derecho Penal, me gustaría preguntarle una cuestión específica a propósito de la libertad volitiva y el fundamento de la culpabilidad, en particular por los avances de la neurociencia que ha vuelto a poner sobre la mesa lo improbable de la existencia real del libre albedrío: ¿Presenta la libertad como un fenómeno de la realidad o como una construcción normativa?

LM: Mi planteamiento actual en esta materia coincide con el que vengo defendiendo en mis publicaciones desde hace años. Se podrá decir que es un planteamiento formal, pero a mí me parece que es el único viable, incluyendo consideraciones de orden jurídico-constitucional. Esto es, no entro en consideraciones acerca del interior de la mente y de la conexión entre el funcionamiento efectivo de la mente y los mecanismos de toma de decisiones. La perspectiva del derecho penal tiene que partir de que el estado social y democrático de derecho se basa en que los hombres y las mujeres somos libres, y por tanto ése es el fundamento de la culpabilidad: la libertad que deriva de una estructura política que potencia la libertad del ciudadano. Sería de un formalismo extremo, lindante con la insensatez, concebir esto como un dogma inatacable, porque es obvio que en ocasiones el ciuda-

dano no es libre de actuar. Esto ha de estar normativizado a través de excepciones fijadas por la ley, como es el caso en nuestro derecho penal, por los principios de legalidad y de igualdad frente a la ley. Pero el punto de partida es la presunción de libertad, no entendida como libre albedrío en sentido material, sino como proclamación inseparable de la asunción formal de libertad de los ciudadanos en la constitución.

JB: Y como presupuesto del propio estado de derecho: sin el reconocimiento de la libertad personal no puede haber derechos subjetivos, libertades fundamentales, autonomía de la voluntad en el ámbito civil y laboral...

LM: A mi juicio, incorporar directamente al ordenamiento penal consideraciones relativas al funcionamiento interno de la mente procedentes de la neurociencia es un camino peligroso en la actualidad, cuando en esas áreas se están manejando hipótesis más que explicaciones sólidamente demostradas. En resumen, la cuestión normativa no se centra en un problema de fundamento, sino de alcance y desarrollo de las excepciones al reconocimiento de la libertad individual de los individuos.

MO: Supondría además un salto ontológico basar la culpabilidad en el intento de demostrar la libertad material de las personas.

JB: ¿Su Sistema de Derecho Penal está concebido como un resumen, algo así como la consecuencia natural de la labor investigadora que ha ido desarrollando a lo largo de toda su vida, o se trata de un legado con vida y naturaleza propias?

*LM: Yo espero que sea lo segundo, un legado en el que me defino completamente, creo que con coherencia en mis planteamientos. Existe siempre la posibilidad de publicar reunidas, si es que tengo vida suficiente (académica y de la otra), las obras completas. Uno se plantea si, con tantas reformas como ha habido, no convendría actualizar los trabajos en lugar de publicarlos como originalmente estaban. Seguramente lo primero es materialmente imposible, pero en todo caso hay un libro que sí quiero actualizar. Mi proyecto inmediato después del *Sistema*, que cuando esta conversación se publique ya estará en las librerías, es poner al día mi *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, libro que es anterior al Código Penal de 1995 y en el que ya adelantaba un sistema de medidas de seguridad entre otras características relevantes que fueron incorporadas por el vigente código.*

JB: Aparte del Sistema de Derecho Penal, ¿cuál diría que es la obra en la que ha expresado con mayor profundidad o autenticidad si se quiere, su pensamiento jurídico-penal?

*LM: Posiblemente una de las más relevantes fue la *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito* que acabo de mencionar. Fue una de las primeras obras sistemáticas en esta materia y creo que fue una aportación sólida, si bien con*

el problema de que no está actualizado. Después, ya que me lo pregunta, le tengo especial estima a algunos artículos míos publicados precisamente en libros-homenaje. Si hay trabajos en los que me vuelco y trato de dar lo mejor de mí, es cuando me convocan para contribuir a homenajear la trayectoria de un compañero. Entre éstos están la "Construcción y demolición de la teoría de la acción", en el homenaje a Gimbernat, que me parece un artículo de referencia. También mis trabajos sobre la culpabilidad, uno de los años ochenta en el que ya planteaba mi idea de culpabilidad que sigue casi vigente, con algún matiz, y otro más reciente en el que desarrollo mi posición en profundidad. Y mis trabajos sobre el consentimiento, donde a lo largo de mi trayectoria he ido mantenido una línea coherente y de progresiva profundización en la concepción del consentimiento como causa de atipicidad, que cada vez está más asentada como doctrina mayoritaria. En parte especial, destacaría mis trabajos sobre blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública, falsedades, prevaricación, entre otros. También creo que mis aportaciones en derecho penitenciario son relevantes, por ejemplo el trabajo sobre la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia.

JB: Es de suponer que, a lo largo de una vida académica tan exitosa, le habrán llegado tentaciones de diverso signo. Pero siempre se ha resistido a dejar la universidad o a compatibilizarla con el ejercicio de la abogacía, la función jurisdiccional, el desempeño de cargos políticos... ¿Ha habido muchas ofertas de este tipo?

LM: Algunas ha habido. Para irme a un cargo político, tendría que haberse tratado de algo que me ilusionara profundamente, y eso no es fácil. Ha habido momentos en mi vida en que he estado motivado para un compromiso activo en la política, al igual que nunca he estado cerrado a asumir una responsabilidad en el ámbito jurisdiccional, pero nunca he querido irme a un sitio que me impidiera la posibilidad de seguir en la universidad. Con todo el respeto a los compañeros que están asumiendo esas funciones, que por supuesto no voy a mencionar en concreto, para mí no quería algo que pudiera parecer un "cementerio de elefantes" y donde no haya ya otra cosa que hacer.

JB: ¿Se refiere a después de su paso por el rectorado?

LM: No especialmente, pero también. Normalmente, las ofertas más potentes, por así decirlo, incluyen el compromiso de dedicación a tiempo completo, lo que es comprensible, pero yo nunca he estado dispuesto a renunciar a seguir dirigiendo revistas, proyectos de investigación, investigando yo mismo, porque de lo contrario renunciaría a lo que para mí es lo más valioso de mi vida universitaria. Nunca tuve esa sensación de abismo que en ocasiones acucia a quienes acaban una etapa como altos cargos y que les lleva a agarrarse a cualquier cosa que no sea volver a su trabajo como profe-

sores, intentando conseguir algo que les evite tener que volver a dar clases. Yo sabía que terminaba y que legalmente no podía renovar y el primer día me fui a dar mis clases con toda normalidad. La verdad es que no he tenido problema de ningún tipo en mi vuelta a la docencia después de los casi nueve años que fui Rector de la Universidad de Granada.

En cuanto al ejercicio profesional, ahora que estoy «al final de la escapada», que diría Godard, tengo la duda de si no habrá sido un error no dedicarle algo de tiempo y energía a ejercer la abogacía. Pero así lo decidí y a estas alturas ya no me queda otra que asumirlo. Aunque nunca se sabe... En fin, en una valoración como la que estoy haciendo aquí de mi vida académica, de mi implicación en la política universitaria y en la política en general, me planteo que quizás el ejercicio de la abogacía también lo debería haber tocado, porque es una proyección enriquecedora, como compruebo que sucede con los compañeros que ejercen. Pero, no sé, nunca me he terminado de ver ahí, por una serie de razones.

JB: ¿No tiene ganas de descansar, la sensación de haber llegado a la estación de destino?

LM: Ahora mismo, te puedo garantizar que todas las ganas del mundo. Pero es coyuntural y se debe a que llevo un ritmo tremendo últimamente, con clases todos los días de la semana y teniendo que acabar los últimos flecos de mi *Sistema*. Pero no, no tengo esa sensación de que me toque parar. Claro que al final tendré que llegar en algún momento, pero todavía no... Quizás otra equivocación vital mía haya sido dedicarme tan intensa, casi obsesivamente a la universidad. No voy a decir que no sé hacer otra cosa, porque, por ejemplo, sé jugar al fútbol y bastante bien, pero es que ésta ha sido y es mi vida. A veces se pasan momentos complicados: en estos últimos meses y años que he estado concentrado en el *Sistema*, ha habido momentos en que me daban ganas de darle una patada a la mesa y a todo... Pero en el fondo uno nunca se cansa de hacer algo que le gusta.

Cansancio vital no tengo ninguno, ¡todo lo contrario! Estoy listo para seguir en la lucha, y ya me buscaré un reto nuevo cuando termine lo que ahora me tiene ocupado.

UNIDAD 2

CONTROL SOCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Competencias

- Identifica los rasgos principales del control social que ejercen las leyes penales en tiempos de pandemia.

PRIMERA LECTURA

Bernal Sarmiento, C. E. (2020). Peste, control social y penalidad pos Covid-19 en Colombia. Rivera Beiras, I. (Coordinador). *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempo de coronavirus)* (pp. 315-340). Valencia, España. Editorial Tirant humanidades.

El trabajo desarrolla algunas reflexiones inacabadas sobre la práctica del castigo en el sistema penitenciario y carcelario durante la pandemia, pretendiendo abordar de qué manera los (nuevos) controles biométricos y epidemiológicos de la “peste” impactarán nuestras vidas, así como cuáles serán las relaciones entre el delito y la penalidad en Colombia pos Covid- 19.

PANDEMIA

Derechos Humanos, Sistema Penal y
Control Social (en tiempos de coronavirus)

IÑAKI RIVERA BEIRAS
Coordinador

tirant humanidades
Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1066-2020
ISBN: 978-84-1355-439-6

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Peste, control social y penalidad pos Covid - 19 en Colombia¹

CAMILO ERNESTO BERNAL SARMIENTO

PESTE, DESCONCIERTO, PREGUNTAS...

Un aspecto que sorprende (aunque no debería) de la experiencia vital de la pandemia del SARS-Cov-2 o Covid - 19 en Colombia es comprobar que el virus es más que tos, fiebre y dificultades respiratorias. La crisis ha sacado a la luz la parte más oscura de las personas. Enfermeras que son excluidas de las filas de tiendas y supermercados, tratadas como “apestadas”; médicos que después de trabajar en jornadas extenuantes para salvar la vida de los demás, llegan a la entrada de su apartamento y leen en una pared “doctor si no se va matamos a su esposa e hijos” (sic); innumerables actos de corrupción que se evidencian con las ayudas económicas que los gobiernos regionales deben entregar a los afectados, mientras gente precarizada y en alto grado de vulnerabilidad realiza cacerolazos y protestas en sus barrios para exigirle a los políticos que les den comida porque no pueden salir a la calle a rebuscarse la vida; empresarios que le piden a los empleados asumir una rebaja de sus sueldos para “mantener su puesto y la empresa”; y propuestas de reformas tributarias regresivas donde la clase media “tiene que ponerse la camiseta” por el país, a pesar de que el mercado de trabajo los precarizó, les quitó sus garantías laborales, y en el peor de los casos, les suspendió sus ingresos o los mandó a vacaciones forzadas hasta que pasara la crisis.

En paralelo, continuidad del conflicto armado interno y de los homicidios a los defensores de derechos humanos en los territorios; migrantes venezolanos pauperizados que por miedo a la violencia que produce la aporofobia y el racismo deciden retornar al país del que

¹ Este artículo es un producto del proyecto de investigación “Debates contemporáneos en la administración de justicia penal en los albores del posconflicto colombiano código 2018011, convocatoria Interna de Proyectos de Investigación FODEIN 2020.

fueron expulsados; y personas inconscientes que sin ningún rubor asumieron el aislamiento preventivo como unas vacaciones anticipadas y decidieron viajar a pueblos cercanos a las ciudades principales a transmitir el virus. Y, ¿finalmente?, personas que deambulan por las calles vociferando que esta es una gripe pasajera por la cual no hay que hacer tanto escándalo y que de ninguna manera se encerrarán en sus casas porque este es un país libre.

Mientras observamos absortos esta honda crisis del sentido de lo humano y de nuestras relaciones con el entorno y la naturaleza², es forzoso advertir que todos los países de Latinoamérica, deben lidiar con una pandemia en expansión sin tener una vacuna a la vista, con un apabullante número de muertos diarios que no para de crecer³, y una poderosa crisis económica sobreviviente, sin ser conscientes todavía de que el mundo que (mal) vivimos, de manera absurda, dejará de ser como antes.

En medio de la bruma de los acontecimientos y frente a este desgarrador contexto es importante preguntarse por el mañana. El presente trabajo desarrolla algunas reflexiones inacabadas sobre la práctica del castigo en el sistema penitenciario y carcelario nacional durante la pandemia, para posteriormente, abordar dos interrogantes: ¿de qué manera los (nuevos) controles biométricos y epidemiológicos de

² Es inevitable pensar con tristeza y vergüenza en los daños que los humanos causamos a la naturaleza y que llevaron a esta degradación del planeta, y sus correspondientes impactos sociales presentes, y los que se causaron para las generaciones futuras (Hillyard & Tombs, 2004(2013)). En este reconocimiento (tardío) de los problemas ambientales compartimos la lectura contemporánea de la criminología verde acerca de su carácter inseparable de otras “injusticias sociales como la pobreza, el racismo, el sexismo, el desempleo, el deterioro urbano y la disminución de la calidad de vida como resultado de la actividad corporativa” (Brisman, Rodríguez Goyes, Mol, & South, 2017, pág. 17).

³ Para el 29 de abril de 2020, se contaban en el mundo 3.13 millones de casos confirmados de contagio por Covid – 19, 938.000 personas recuperadas y 218.000 fallecidos. En Colombia se registraban 5.949 personas contagiadas, 1.268 personas recuperadas y 269 fallecidas. Información tomada de: https://www.google.com/search?q=cifras+covid&rlz=1C1GCEU_enCO895CO895&oq=cifras+covid&aqs=chrome.0.0l8.2110j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Visitada el 29 de abril de 2020.

la "peste"⁴ impactarán nuestras vidas? ¿Cuáles y cómo serán las relaciones que existirán entre el delito y la penalidad⁵ en la Colombia pos Covid -19? Para resolver este último interrogante se examinará el posible renacimiento de la tesis de la menor elegibilidad, y la creación de la "chusma" y otros demonios populares, como consecuencia del período de estancamiento económico y desempleo creciente que generará el virus en Colombia.

AMOR ENFERMIZO AL CASTIGO: EL COVID ENTRÓ A LA CÁRCEL

La situación de los privados de la libertad en el sistema penitenciario y carcelario nacional se han mantenido desde finales de los años 90s en un estado de cosas inconstitucional prácticamente insuperable. A pesar de la existencia de numerosas decisiones de la Corte Constitucional destinadas a evitar la degradación de los derechos humanos de los privados de la libertad, el Sistema adolece de un deficiente sistema de salud e higiene, la falta de suministro constante de agua potable y de alimentación adecuada que se ve agravado por el hacinamiento. Según las propias cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) con corte a 30 de abril, habitan 117.844 personas privadas de la libertad (83.243 condenados, 34.354 sindicados), en 132 establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, cuya infraestructura solo tiene capacidad para albergar a 80.928 personas. Mientras el índice internacional de hacinamiento o sobrepoblación crítica se reconoce a partir del 10% del exceso de la capacidad del sistema, Colombia alberga a 36.916 personas más allá de la capa-

⁴ Este trabajo se inspira en el análisis de los reglamentos para el manejo de la peste en el siglo XVIII en Francia que hiciera Foucault: "La peste como forma a la vez real e imaginaria del desorden tiene por correlato médico y político la disciplina. Por detrás de los dispositivos disciplinarios, se lee la obsesión de los "contagios", de la peste, de las revueltas, de los crímenes, de la vagancia, de las deserciones, de los individuos que aparecen y desaparecen, viven y mueren en el desorden" (1975 (1990), pág. 201).

⁵ Se asume como punto de partida la definición propuesta por Garland: "conjunto de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal ([1990] 1999, p. 33).

cidad instalada, lo que significa que su tasa de sobrepoblación es de 45.62%, cifra que puede ser mayor, si se examinan las capacidades de los establecimientos en el ámbito regional⁶.

La gravedad de esta situación permanece inadvertida para todos los habitantes del país, pero como recuerda Simon “la enfermedad tiene el poder distintivo de eliminar la general invisibilidad de la vida que transcurre detrás de los muros de las prisiones, y de estrechar el abismo que normalmente separa el destino de los prisioneros de la imaginación de las personas libres” (Simon, 2019, pág. 158).

Tan pronto el mundo entero asumió la preocupación por los efectos en la salud que ocasionaba el Covid 19, empezaron los llamados de atención de los organismos internacionales⁷. El 21 de marzo de 2020, 14 cárceles en distintos departamentos del país iniciaron una jornada de protestas por el riesgo de contagio por el virus. Ese mismo día fallecieron 23 personas y más de 80 resultaron heridas, durante las protestas realizadas en la cárcel “La Modelo” de Bogotá, crímenes que son materia de investigación judicial.

Con el fin de aplacar las protestas, al día siguiente, el INPEC declaró el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional de dicha entidad. Por su parte, el Gobierno nacional expidió el Decreto 546 de 2020⁸, que establece medidas para aliviar el alto nivel de hacinamiento en las cárceles y centros penitenciarios del país por medio de la sustitución de la pena de prisión y medida de aseguramiento por la prisión domiciliaria transitoria mientras se mitiga la crisis.

⁶ INPEC. Población intramural nacional. Cifras actualizadas al 30 de abril de 2020. Disponibles en: http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash_Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec. Visitada el 1 de mayo de 2020.

⁷ Naciones Unidas – Derechos Humanos. “COVID-19: los Estados no deben abusar de las medidas de emergencia para reprimir los DD HH – Expertos de la ONU”. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/files/comunicados/2020/COVID-19-Emergency-position-SPANISH.pdf>. Visitada el 17 de marzo de 2020.

⁸ Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20546%20DEL%2014%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

Las medidas adoptadas mediante este decreto pretenden beneficiar a los adultos mayores, las madres gestantes, las personas con discapacidad, y a las personas que padecen enfermedades que son incompatibles con el estado actual de hacinamiento y emergencia de las prisiones. No obstante, y en una lógica solo comprensible por el temor a la reacción del público frente a las medidas de excarcelación, se incluyeron amplias restricciones para la aplicación de los beneficios a un número importante de sindicatos y condenados, de tal suerte que su eficacia real para aliviar el hacinamiento carcelario y evitar el contagio masivo del Covid será muy reducida.

En un intento por generar un control internacional a estas acciones del gobierno, la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos y un Senador de la República le pidieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹ que adoptara medidas cautelares en relación con las personas privadas de la libertad en diez (10) centros penitenciarios y carcelarios de Colombia¹⁰. En su escrito revelaron unas cifras impactantes sobre las personas enfermas más vulnerables al Covid 19 y la posible eficacia del decreto promulgado:

“Según cifras del Ministerio de Justicia (...) la población vulnerable y de alto riesgo privada de la libertad asciende a 16,265 personas, distribuidas en adultos mayores de 60 años para un total de 5.272, entre estos, 982 mayores de 70 años; madres gestantes, 88; población con patología mental, 4.468 personas; población con VIH-SIDA 754 personas; población con cáncer, 22 personas; población diabetes mellitus 1.307 y población con hipertensión arterial: 4.354. Por lo que se advierte, que las medidas

⁹ Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos. “Solicitan Medidas Cautelares a la CIDH en favor de las personas privadas de la libertad. Disponible en: <http://www.comitedesolidaridad.com/es/content/solicitan-medidas-cautelares-la-cidh-en-favor-de-las-personas-privadas-de-la-libertad>. Visitada el 21 de abril de 2020.

¹⁰ (i) el Complejo Penitenciario el Pedregal, (ii) el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Medellín, (iii) el Establecimiento penitenciario y carcelario de Jamundí, (iv) la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Palmira, (v) el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad EPAMS en Girón, Santander, (vi) el Centro de Reclusión de Mujeres de Bucaramanga, (vii) el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá “La Picota”, (viii) el centro de Reclusión de Mujeres de Bogotá y, finalmente, (ix) el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Quibdó, y (x) el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villavicencio.

contempladas en el Decreto 546 de 2020, solo permitirían la detención domiciliaria transitoria de apenas 4.000 personas, una medida insuficiente ante las 39.000 personas privadas de la libertad en sobrecupo”¹¹.

En una expresión pública sin antecedentes recientes en el país, el mundo académico se pronunció frente a esta normatividad. En el manifiesto denominado “rumbo a un genocidio carcelario”¹², prestigiosos/as académicos nacionales e internacionales repudiaron la “actitud indolente del Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación frente a la población carcelaria y a los trabajadores vinculados al sector penitenciario del país”, luego de remarcar que estas instituciones reconocían que “el confinamiento y el hacinamiento convierten a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de transmisión significativa del coronavirus COVID-19, que puede poner en riesgo la salud y la vida de todas las personas que interactúan en dicho entorno”.

En su valoración de la efectividad de la norma promulgada, los académicos criticaron, con acierto, que era “inaceptable que el Decreto termin(ara) por vincular tantas excepciones para acceder a la reclusión domiciliaria, que lo hacen inútil e ineficaz para el propósito que lo informa. Además, todas ellas discriminatorias, populistas y, por ende, ilegítimas”. Para modificar estas barreras normativas, concluían que:

“(…) en ese contexto las circunstancias que ameritan la sustitución de la pena y la detención –que es también sustancialmente una pena anticipada– intramurales, por la privación de la libertad en el domicilio, están plenamente justificadas –enfermedades preexistentes, discapacidades, y mujeres en embarazo o de parto reciente–; y, además que el número de las personas reclusas no puede sobrepasar conforme al espacio disponible en donde están privados de la libertad, al número que recomiendan en espacios cerrados las medidas sanitarias, por cuanto corresponden a los casos de riesgo real de muerte en el evento de contraer Coronavirus, según la opinión calificada y reiterada de la Organización Mundial de la Salud,

¹¹ Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos. “Solicitan Medidas Cautelares a la CIDH en favor de las personas privadas de la libertad. Disponible en: <http://www.comitedesolidaridad.com/es/content/solicitan-medidas-cautelares-la-cidh-en-favor-de-las-personas-privadas-de-la-libertad>. Visitada el 21 de abril de 2020.

¹² Disponible en: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2020/04/GetFileAttachment.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

los informes institucionales y los múltiples estudios científicos sobre la pandemia"¹³.

Ratificaron que "todas esas barreras impuestas a la medida extramural son ilegítimas, porque los derechos a la vida y a la salud no puedan ser afectados ni puestos en peligro por el Estado, porque ni la pena ni la detención preventiva autorizan su limitación y, mucho menos, su sacrificio", máxime cuando ello "profundiza el gravísimo estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas ya declarado –en forma reiterada– por la Corte Constitucional".

El manifiesto, al que adhieren cada vez más operadores de justicia, terminaba recordando que "obligar a cualquier persona a encarar el peligro para la vida, real y cierto, en las condiciones actuales, significa someterla a situaciones equiparables a una pena de muerte"¹⁴, esto es, a una masacre por goteo (Zaffaroni R. E., 2011), a un verdadero genocidio carcelario.

Muchas de las medidas reclamadas por ese nutrido grupo de intelectuales existen hacen décadas, y son parte del conocimiento técnico de muchos saberes y disciplinas que se dedican al conocimiento de la cárcel real, que se han nutrido de los aciertos y errores de la implementación de políticas de descriminalización, despenalización y descarcelación en muchos países del mundo (Rivera, 2017), incluyendo sensatas propuestas de reducción de la sanción carcelaria impuesta, en virtud del sufrimiento adicional que el privado de libertad debe soportar (Zaffaroni E. R., 2020, pág. 29) en una cárcel hacinada, insalubre e insegura.

No obstante, estas medidas y recomendaciones técnicas han sido ignoradas de forma consciente durante décadas por los políticos, el poder judicial y el penalismo dominante en el país, de la misma manera que las distintas administraciones del sistema penitenciario y carcelario nacional han ignorado y desobedecido las claras directrices jurisprudenciales de la Corte Constitucional dirigidas a la aplicación

¹³ Disponible en: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2020/04/GetFileAttachment.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

¹⁴ Disponible en: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2020/04/GetFileAttachment.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

de la regla de equilibrio decreciente del sistema¹⁵ para deshacinar las prisiones del país.

Aquí resuenan las palabras de Alagia cuando menciona que “*Para que la sociedad viva alguien tiene que padecer* es el lema de una creencia sacrificial heredada de la sociedad salvaje masificada en la sociedad punitiva” (Alagia, 2013, pág. 291). Dicho lema explica porque ni las alarmas de los organismos internacionales, ni las medidas legales, ni los reclamos de las organizaciones de derechos humanos, ni las propuestas de los académicos, ni el llanto de los familiares lograron impedir el avance del Covid al interior de las prisiones. Según reporta la prensa nacional ya se cuentan 899 contagios entre privados de libertad y personal penitenciario, y tres (3) muertes. La expansión imparable del virus alcanza ya a las cárceles de Villavicencio (Meta), Picalaña (Ibagué), Leticia (Amazonas), La Picota (Bogotá), Florencia (Caquetá) y Guaduas (Cundinamarca)¹⁶.

El oscuro panorama del sistema penitenciario y carcelario colombiano en tiempos de pandemia debería hacernos reflexionar, por último, sobre la contradicción que existe y se mantiene en el campo jurídico y en los medios de comunicación entre la idea de la justicia que se pretende alcanzar con las sanciones privativas de la libertad y el sufrimiento que provoca la ejecución de dicha sanción en condiciones crueles, inhumanas y degradantes. Al decir de Fassin “La ilusión punitiva contemporánea reside en el desfase entre el ideal de la pena justa que se afirma y la realidad de la desigual distribución de la pena que se rechaza ver” (Fassin, 2017 (2018), pág. 189).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 388/13. Disponible en: <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Visitada el 10 de abril de 2020.

¹⁶ El Espectador. “COVID-19 en las cárceles: van 899 contagios y tres muertes” Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/covid-19-en-las-carceles-van-332-contagios-y-tres-muertes-articulo-915830>. Visitada el 29 de abril de 2020.

PREGUNTAS (SIN RESPUESTA) PARA LA COMPRESIÓN DEL CONTROL SOCIAL Y LA PENALIDAD POS COVID -19 EN COLOMBIA

Cómo advertimos al inicio de este trabajo, las relaciones sociales en el mundo pos Covid -19 no volverán a ser las mismas (Agamben & otros, 2020), ya que será un imperativo asumir la verdadera fragilidad de nuestras vidas, al decir de Zizek¹⁷. Para asumir dichos cambios es imprescindible indagar por las líneas maestras de esas posibles transformaciones sociales y políticas.

El abordaje de este inevitable ejercicio de futurología, frágil por su propia naturaleza, está condicionado por la experiencia vital de quienes vivimos en el sur global, y por tanto, el locus de enunciación de las siguientes reflexiones debe ser explicitado.

Sin lugar a dudas, la crisis económica mundial tendrá su mayor impacto destructivo en los países pobres y en desarrollo en el largo plazo (Harari, 2020), dado el impacto diferenciado que tiene la desigual distribución de acceso a los mercados internacionales, de recursos financieros para afrontar la crisis y de producción de bienes y servicios. El Fondo Monetario Internacional ha declarado que hemos entrado en una recesión, tan grave o peor que en 2009¹⁸.

Los efectos negativos de la crisis financiera ya empiezan a ser evidentes en Colombia. En el caso colombiano, la reducción de la producción industrial, la caída del valor de referencia mundial del petróleo a 20 dólares por barril, el incremento del valor del dólar y de la inflación, así el correlativo aumento del desempleo, ya han abierto una nueva dimensión del sufrimiento relacionada con el hambre y la pobreza.

Producto de las políticas de aislamiento social preventivo obligatorio que son necesarias para controlar el contagio en Bogotá, en los barrios humildes la gente ha puesto en las ventanas de sus casas un

¹⁷ Slavoj Zizek sobre el coronavirus. <https://www.youtube.com/watch?v=QjvN-29NPdSU&t=5s>. Visitada el 19 de abril de 2020.

¹⁸ Secretario General de Naciones Unidas "La recuperación de la crisis de la COVID-19 deberá conducirnos a una economía diferente". Presentación del informe sobre los efectos socioeconómicos de la covid-19. 31 de marzo de 2020. <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/launch-report-socio-economic-impacts-covid-19>. Visitada el 19 de abril de 2020.

trapo rojo, señalando a quien pueda verlo, que los habitantes de esa vivienda no tienen comida y necesitan ayuda. Según la información de la Alcaldesa de la ciudad, "Bogotá tiene cerca de 500.000 hogares entre población pobre y vulnerable y casi 1 millón de hogares de estrato medio"¹⁹ de un total de 7.5 millones de habitantes. En una economía basada en el empleo informal el hambre no tiene cuarentena.

Otro efecto negativo que empieza advertirse tiene que ver con la previsible monopolización para la compra, y la especulación en los costos de adquisición del equipamiento médico necesario para atender la pandemia, como los respiradores, los medicamentos y la tan anhelada vacuna para los países del sur global. En cuestión de un par de semanas, por ejemplo, un respirador de alta gama para uso hospitalario que normalmente costaría en el mercado \$35.000 dólares hoy no se consigue a menos de USD 50.000²⁰. La falta de regulación del mercado de la salud en el ámbito global, profundizará los efectos de una necropolítica causada por el virus. Ante una menor capacidad de respuesta del sistema de salud colombiano por el incremento de los precios, la muerte de los pobres y excluidos aumentará inexorablemente. ¿Quiénes responderán y ante quién por la generación de estos daños sociales masivos de carácter irreparable?

Aclarado de locus de enunciación de estas reflexiones, es momento de abordar el posible impacto de los (nuevos) controles biométricos y epidemiológicos en el gobierno de la sociedad, y las eventuales mutaciones de las formas y prácticas de la penalidad y el castigo en Colombia.

EL GOBIERNO EPIDEMIOLÓGICO DE LA SOCIEDAD

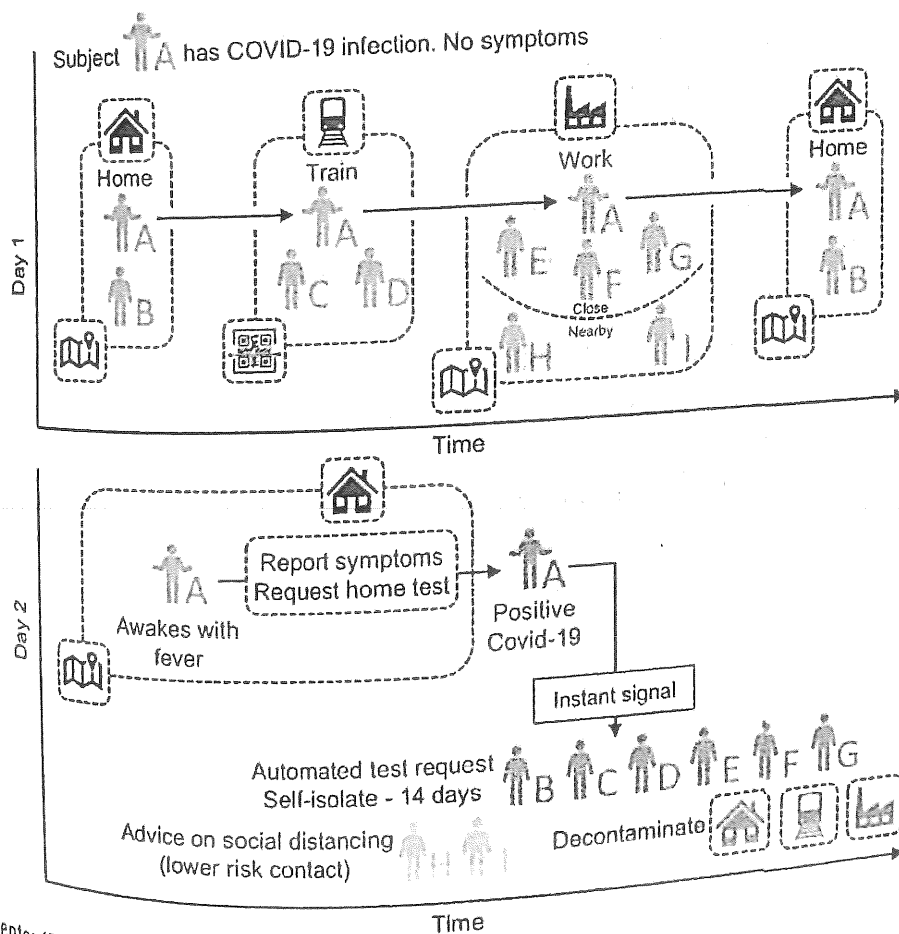
La expansión de la pandemia ha convertido en imprescindible el uso de la tecnología para que las medidas de política pública que pretenden adoptar los gobiernos esté basada en información obtenida en tiempo real y entregada de manera voluntaria por millones de

¹⁹ <https://www.eltiempo.com/bogota/protestas-en-varios-sectores-de-bogota-por-falta-de-ayudas-durante-la-cuarentena-484634>. Visitada el 18 de abril de 2020.

²⁰ <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/valor-de-los-respiradores-para-colombia-se-duplica-de-una-semana-a-otra/20200408/nota/4029269.aspx>. Visitada el 18 de abril de 2020.

personas. La utilización de los dispositivos móviles y Apps dispuestas para el efecto promueven el control de la epidemia a través del rastreo digital de los contactos. Como explican Luca Ferretti y otros investigadores de la Universidad de Oxford (2020):

“Los contactos de la persona A (y de todas las personas que usan la aplicación) se rastrean utilizando las localizaciones GPS con otros usuarios de la aplicación, complementados con el escaneo de códigos QR que se muestran en las instalaciones públicas de alto tráfico donde el GPS es demasiado elevado. La persona A solicita una prueba de SARS-COV-2 (usando la aplicación) y el resultado positivo de su prueba desencadena una notificación instantánea a las personas que han estado en contacto cercano. La aplicación aconseja el aislamiento del caso (individuo A) y la cuarentena de sus contactos”.



Fuente: (Ferretti, y otros, 2020)²¹.

²¹ <https://science.sciencemag.org/content/sci/early/2020/04/09/science.abb6936/F4.large.jpg?download=true> Visitada el 18 de abril de 2020.

Con estos propósitos se creó CoronApp Colombia²², la cual busca, según lo afirmado por el Instituto Nacional de Salud, “que de forma colectiva, se construya un mapa detallado, preciso y funcional del comportamiento de la epidemia, con el fin de mitigarla”. La aplicación, que ya cuenta con un millón de descargas, busca obtener información actualizada sobre cómo está evolucionando el virus en Colombia, manejar los síntomas de los usuarios y reportar alertas²³. Para su funcionamiento esta aplicación requiere del usuario una entrega de información bastante amplia:

“La solicitud de los permisos de geolocalización, redes WiFi y Bluetooth, así como el tratamiento de dichos datos, son necesarios para identificar la localización de los usuarios y el contacto cercano que éstos puedan tener con personas a su alrededor, toda vez que permitirá localizar a los ciudadanos con potenciales síntomas, posibles focos y cadenas de contagio del COVID-19, permitiendo al Instituto Nacional de Salud recopilar la información necesaria y oportuna para actuar con diligencia ante los grandes riesgos de propagación identificados en la población.”²⁴

A simple vista, este mecanismo es ideal para controlar la expansión del virus, pero ¿y si la información entregada fuera utilizada para otros propósitos distintos?

Los investigadores de Oxford ya citados afirman que la intención no es la de imponer estos medios de control tecnológico como un cambio permanente a la sociedad, aun cuando reconocen su necesidad y justificación para proteger la salud pública. Sin embargo, son conscientes de los riesgos antidemocráticos de la utilización de estas aplicaciones, y por ello recomiendan la adopción de numerosos controles, tales como: (i) una supervisión por una junta asesora inclusiva y transparente, que incluye a la ciudadanía, (ii) la publicación de

²² CoronApp Colombia está disponible en: <https://play.google.com/store/apps/details?id=co.gov.ins.guardianes>. Visitada el 18 de abril de 2020.

²³ <https://bogota.gov.co/servicios/coronapp-aplicacion-movil-del-coronavirus-en-colombia> Visitada el 18 de abril de 2020.

²⁴ Respuesta de la Agencia Nacional Digital a la Fundación Karisma. La Fundación es “una organización de la sociedad civil que busca responder a las amenazas y oportunidades que plantea la “tecnología para el desarrollo” al ejercicio de los derechos humanos.” Pág. 6. Documento disponible en: <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/2020/04/Informe-p%C3%BAblico-t%C3%A9cnico-CoronApp-v170320-1-1.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

principios éticos por los cuales se guiará la intervención, (iii) garantías de equidad para el acceso y tratamiento, (iv) el uso de un algoritmo transparente y auditable (v) una supervisión cuidadosa y protecciones efectivas en torno a los usos de los datos, y (VI) asegurar que las decisiones en política y práctica se guíen por tres valores morales: igual respeto moral, equidad y la importancia de reducir el sufrimiento (Ferretti, y otros, 2020).

Este enfoque ético y las medidas propuestas pretenden servir de límite a posibles derivas autoritarias, sin embargo, no es muy claro que los gobiernos estén dispuestos a aceptar voluntariamente estas restricciones. Más allá de la viabilidad práctica de tales límites quedan muchas preguntas bioéticas y biopolíticas por contestar, como plantea Harari:

“A medida que cada vez más y más datos fluyan de nuestro cuerpo y cerebro a las máquinas inteligentes a través de los sensores biométricos, más fácil les resultará a las empresas y a los organismos gubernamentales conocernos, manipularnos y tomar decisiones en nuestro nombre. Y lo que es aún más importante: podrán descifrar los mecanismos íntimos de todos los cuerpos y cerebros, y de esta manera obtener el poder para diseñar la vida. Si queremos impedir que una reducida élite monopolice estos poderes casi divinos y evitar que la humanidad se divida en castas biológicas, la pregunta clave es: ¿quién posee los datos? Los datos sobre mi ADN, mi cerebro y mi vida, ¿me pertenecen a mí?, ¿pertenecen al gobierno?, ¿a una empresa?, ¿al colectivo humano? (Harari, 2018, pág. 102).

Aun cuando pueda sonar apresurado, la necesidad de estar alertas sobre las tentaciones autoritarias que pueden derivarse de la utilización de los sistemas de vigilancia epidemiológica masiva, contruidos con las buenas intenciones de obtener información de las personas para controlar el virus, nos obligan a preguntarnos por las posibles consecuencias de estos nuevos sistemas de vigilancia “bajo la piel”²⁵, que ahora controlarán a distancia nuestra temperatura corporal, nuestras enfermedades preexistentes, nuestros cambios de humor, sin tener que privarnos de la libertad. ¿Qué harán los gobiernos con toda esta nueva información para la gestión biopolítica de los habitantes

25

Volver para ser otros: Yuval Noah Harari - Episodio 4 | #0. <https://www.youtube.com/watch?v=A0yRB4nPOd8>. Visitada el 19 de abril de 2020.

de los territorios?²⁶, ¿quiénes y cómo controlarán los desmanes y las acciones autoritarias derivadas de los usos indebidos de nuestra información vital? ¿Cómo podemos proteger nuestra nuda vida?

En el caso colombiano es necesario plantear, al menos, dos reflexiones adicionales. En primer lugar, y como comprobó el examen del laboratorio de seguridad digital y privacidad de la Fundación Karisma que se le realizó a la aplicación CoronApp Colombia “Había una vulnerabilidad que provocaba un escenario de fuga de información donde era posible para un atacante, no muy sofisticado, ex (sic) filtrar total o parcialmente la base de datos de la aplicación y para descubrirla bastaba solo observar el tráfico que viajaba en texto plano”²⁷. A pesar de las correcciones que la Agencia Nacional Digital (AND) aparentemente hizo a esta aplicación, la posibilidad de que los datos biológicos de miles de personas se hayan filtrado es muy alta. En un país donde las estructuras de crimen organizado tienen recursos e infraestructura suficiente para cooptar el Estado, el conocimiento de estos riesgos de hurto y apropiación de datos personales, debe ser asumido con mucha seriedad y preocupación.

En segundo lugar, es necesario recordar que, en el pasado reciente, agencias gubernamentales hicieron uso de herramientas de tecnología para interceptar ilegalmente comunicaciones, hacer vigilancias, y seguimientos pasivos y patrimoniales ilegales a defensores de derechos humanos, ONG's, dirigentes políticos, periodistas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta persecución política que daba información al gobierno de turno para acosar a sus opositores, llevó a la condena del director del Departamento Administrativo de Seguridad²⁸, del ex subdirector y de varios miembros de la Dirección General de Inteligencia, el denominado grupo G-3, que operó entre

²⁶ Como advertía Foucault “La ciudad apesada, toda ella atravesada de jerarquía, de vigilancia, de inspección, de escritura, la ciudad inmovilizada en el funcionamiento de un poder extensivo que se ejerce de manera distinta sobre todos los cuerpos individuales, es la utopía de la ciudad perfectamente gobernada.” (1975 (1990), pág. 201).

²⁷ El documento de la evaluación está disponible en: <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/2020/04/Informe-p%C3%BAblico-t%C3%A9cnico-CoronApp-v170320-1-1.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

²⁸ Organismo estatal encargado de realizar la Inteligencia y Contrainteligencia en Colombia y de brindar seguridad al Presidente de la República. Producto del

marzo de 2003 y octubre de 2005 como una organización delincuencia²⁹. Con estos gravísimos antecedentes aun frescos en la memoria, no es muy difícil imaginar una utilización ilegal de la información que obtenga la aplicación CoronaApp Colombia u otras similares para propósitos políticos u otros intereses ilegales.

PENALIDAD POST COVID- 19 EN COLOMBIA

El siguiente tipo de preguntas están impulsadas por el deseo de reflexionar acerca de las posibles mutaciones de la penalidad en Colombia durante el Covid 19 y en la etapa posterior, cuando al menos, la pandemia se haya controlado.

Desde nuestra perspectiva, este proceso debe orientarse por un análisis de los principales impactos en materia social, política y económica que dejará la recesión financiera ocasionada por la pandemia. Como se mencionó anteriormente, la desaceleración económica, la reducción de la productividad industrial y el cierre de miles de empresas pequeñas y medianas, la previsible eliminación de más de siete millones de empleos (incluso los informales)³⁰, la reducción en el recaudo

escándalo de las interceptaciones ilegales esta institución fue liquidada el 30 de octubre de 2011.

²⁹ La sentencia condenatoria al ex director del DAS está disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/09/Sentencia-Jorge-Noguera-6-sep-2017.pdf>. Visitada el 20 de abril de 2020.

³⁰ Según un informe de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (Asofondos), más de 7,3 millones de trabajadores están en riesgo de perder su empleo. Estas personas “desempeñan actividades de alquiler o arrendamiento, personal doméstico, confección de prendas de vestir, alojamiento, fabricación de papel y cartón, fabricación y mantenimiento de maquinaria y equipo, las agencias de viajes y el transporte aéreo, entre otras”. El informe advierte que “de los 7,3 millones de trabajadores vulnerables, más de 5,6 millones trabajan para micro empresas. El problema está en que el 84 % de los empleados de estos pequeños negocios están vinculados de manera informal. De hecho, se estima que 4,8 millones de personas de este grupo viven del diario.” El Espectador. <https://www.elespectador.com/coronavirus/mas-de-73-millones-de-trabajadores-estan-en-riesgo-de-perder-su-empleo-asofondos-articulo-916927>. Visitada el 29 de abril de 2020.

de impuestos, el aumento de la desigualdad social³¹, la caída del valor del petróleo, y otros problemas más de la economía colombiana, transformarán todas las relaciones sociales.

En mundo ideal, la respuesta de los gobiernos a la recesión económica provocada por el Covid – 19 debería implicar, según las palabras del Secretario General de Naciones Unidas, la creación de políticas fiscales y monetarias para apoyar “a los trabajadores y los hogares, la provisión de seguros de salud y de desempleo, el aumento de la protección social y el apoyo a las empresas para evitar las quiebras y las pérdidas masivas de puestos de trabajo”³².

No obstante, en el mundo real gobernado por los intereses de los mercados, ni los gobiernos ni los parlamentos dictan las reglas de la economía (Ferrajoli, 2019, pág. 32). Los ejemplos abundan. Cuando empezó la crisis por el contagio del Covid todas las aerolíneas presionaron a los gobernantes para mantener abierto el aeropuerto de Bogotá el mayor tiempo posible, con el fin de recibir los vuelos internacionales que, efectivamente, trajeron a Colombia a las personas contagiadas en Europa y en los Estados Unidos. En su momento, solo importó el lucro, y fallaron todos los controles epidemiológicos y las acciones de prevención del contagio³³ que nos tienen en la crisis

³¹ Antes del Covid, Colombia tenía un índice de Gini de 0,49, lo cual lo colocaba como uno de los países más desiguales del mundo. Debe recordarse que entre más cerca este el índice del cero habrá menor desigualdad. Adicionalmente, Colombia ocupa el cuarto puesto en la región en proporción de pobreza multidimensional “El porcentaje de población en situación de pobreza multidimensional para el país se ubicó en 4,8%, sin incluir el indicador de nutrición dentro de las estadísticas que indican “carencias en las tres dimensiones del desarrollo humano (educación, salud y nivel de vida) y revela el número de personas multidimensionalmente pobres y la intensidad de las carencias”. La República “Pobreza multidimensional en Colombia es de 4,8% según un reciente informe”. Disponible en: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/indice-de-pobreza-multidimensional-en-colombia-es-de-48-segun-un-reciente-informe-2883838>. El Informe del PNUD “The 2019 Global Multidimensional Poverty Index (MPI)” puede verse en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf.

³² Secretario General de Naciones Unidas “La recuperación de la crisis de la COVID-19 deberá conducirnos a una economía diferente”.

³³ La FM. “Aeropuerto El Dorado responde a reclamos de la Procuraduría por falta de controles por Covid-19”. Disponible en: <https://www.lafm.com.co/colombia/aeropuerto-el-dorado-responde-reclamos-de-la-procuraduria-por-falta-de-controles-por-covid>. Visitada el 29 de abril de 2020.

sanitaria actual. Ahora, en otro capítulo de esta serie de terror, y justo en momentos en los que la crisis económica es palmaria, una de esas aerolíneas, la de más presencia en el país y que hace años era un emblema de la aviación nacional, pero que actualmente es un holding empresarial con sede en Panamá, busca de manera desesperada y como única opción que el Gobierno Nacional le provea financiamiento para enfrentar su honda crisis financiera³⁴. Y es muy probable que lo obtengan. En el capitalismo realmente existente en Colombia, las pérdidas siempre se han socializado, nunca las ganancias, dada la existencia de un régimen de gubernamentalidad de carácter neoliberal que intercambia el gobierno público y político de la economía por el gobierno privado y económico de la política (Ferrajoli, 2013; Stiglitz, 2012; Bernal, 2013).

Aclaradas las verdaderas fuentes de gobierno de la economía y de la política es posible avanzar ahora en el camino de las transformaciones del castigo que puede generar la pandemia. Como primer paso, debemos subirnos a los hombros de los gigantes si es que deseamos ver más lejos, al decir de Juan de Salisbury, y guiarnos por las esclarecedoras palabras de Rusche:

“Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta, por consiguiente, necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal” (Rusche & Kirchheimer, 1939 (1984), pág. 3).

Bajo esta perspectiva, las alteraciones de los sistemas punitivos están condicionadas por la transformación de los ciclos económico-políticos (Melossi, 2008 (2018); Melossi, 2012; Brandariz, 2019), pero no de forma exclusiva³⁵. Esos ciclos (de medio siglo) tienen dos fases:

³⁴ El Tiempo. “Plata del Gobierno, la alternativa que Avianca tiene en la mira”. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/crisis-de-avianca-plata-del-gobierno-la-alternativa-que-la-compania-tiene-en-la-mira-489188>. Visitada el 29 de abril de 2020.

³⁵ Una lectura de la economía política de la penalidad que pretenda ir más allá de las críticas al reduccionismo materialista y que sea culturalmente sensible debe tener en cuenta, según lo planteado por Di Giorgi: “a) la dimensión simbólica

una de auge y otra de declive. Tanto la etapa de crecimiento económico como la depresiva se ven determinadas por el conflicto de clase, “esto es, por la capacidad relativa de empresarios y trabajadores para imponerse sobre la otra parte en el marco de las relaciones de producción (Melossi, 2008 (2018), pág. 276 y ss; Brandariz, 2019, pág. 78).

El período de prosperidad económica tiende a producir “una penalidad moderada y reformista, mientras que en el estadio de estancamiento el menor valor de la vida humana y de la fuerza de trabajo suele conducir a una punitividad creciente, que se plasma -entre otros extremos- en las condiciones de encarcelamiento” (Brandariz García, 2019, pág. 76 y 77).

Si bien pueden advertirse enormes diferencias en la aplicación de la teoría de los ciclos económico políticos al estudio de la penalidad en condiciones ordinarias y en el marco de esta pandemia - que tiene un parecido mayor con la situación que experimentan los países perdedores de una guerra mundial, por sus impactos devastadores de todo orden-, debe mencionarse también que, a efectos de la presente pesquisa, la descripción de lo que sucede durante el período de estancamiento o declive del ciclo económico es particularmente iluminadora del posible futuro de la penalidad en Colombia en dos dimensiones: (i) el renacimiento de la tesis de la menor elegibilidad, y (ii) la creación de la “chusma” y otros demonios populares.

-esto es, cultural y discursiva- del castigo; b) los efectos gubernamentales, en sentido amplio, que generan las estrategias penales, que van más allá de los sectores sociales desfavorecidos; C) los contextos político-institucionales en los que se desarrollan determinadas formas de penalidad, que permite prestar atención a las variaciones entre países, regiones y continentes” (Brandariz, 2019, pág. 73 y 74; De Giorgi, 2016a, pág. 34). Adicionalmente, deberá tener en cuenta la hegemonía de los regímenes políticos, las sensibilidades culturales, y la influencia de discursos, teorías o prácticas extranjeras acerca del control del delito y del gobierno de las poblaciones (Simon, [2007] 2011).

¿EL RENACIMIENTO DE LA TESIS DE LA MENOR ELEGIBILIDAD?

En uno de sus ensayos sobre las revueltas carcelarias en los Estados Unidos de 1930, escrito justo al borde de la Gran Depresión y el surgimiento del fascismo en Europa, Rusche planteó la aplicación del principio de menor elegibilidad al análisis de las reformas penales:

“Una cosa es cierta: ninguna sociedad diseña su sistema penal con el fin de incitar la delincuencia (...) Aunque la experiencia demuestra que los ricos también violan ocasionalmente la ley, el hecho es que una gran mayoría de quienes llenan las cárceles provienen de los estratos inferiores del proletariado. Por lo tanto, si no se quiere contradecir sus objetivos, el sistema penal debe ser tal que los grupos más inclinados a la delincuencia prefieran una existencia mínima en libertad, incluso en las condiciones más miserables, a una vida bajo las presiones del sistema penal”(Rusche, 1930 (2018a), pág. 33 y 34).

Bajo esta lectura, las secciones más marginalizadas de la clase trabajadora van a aceptar cualquier nivel de explotación en el mercado laboral capitalista, ya que eso es preferible a ser castigado por rehusarse a trabajar en dichas condiciones (De Giorgi, 2016b, pág. 14)³⁶. De este modo, la precariedad de las condiciones del mercado de trabajo en libertad sirve también para precarizar las condiciones de vida de la prisión:

(...) todos los esfuerzos para reformar el castigo de los criminales están inevitablemente limitados por la situación de la clase proletaria socialmente más baja que la sociedad quiere disuadir de los actos delictivos. Todos los esfuerzos de reforma, por muy humanitarios y bienintencionados que sean, que intenten ir más allá de esta restricción, están condenados al utopismo. Si las reformas penales fueran exigidas por la opinión pública y llevadas a cabo, tendrían que ser socavadas por un deterioro más sutil de las condiciones carcelarias. Porque una mejora genuina en las condiciones de encarcelamiento más allá de este límite ya no disuadiría a grupos tan

³⁶ En relación con la Macdonalización del trabajo en los EEUU y su relación con el encarcelamiento masivo Melossi advierte “Para vastos sectores de la clase obrera estadounidense, o de la futura clase obrera, el encarcelamiento era la otra cara de la macdonalización (...) Solo una clase obrera derrotada, humillada, desmoralizada y vapuleada, luego de la época insurgente de los años sesenta y setenta, podría sucumbir a trabajar en las cocinas de ese señor McDonald” (2008 (2018), pág. 293; Melossi, 2012, pág. 456).

grandes de personas y, como consecuencia, se destruiría el propósito del castigo" (Rusche, 1978 (2018b), pág. 44).

Este reconocimiento de los verdaderos límites de la política criminal en momentos de crisis o declive del ciclo económico, condensados de forma brillante en la cita que el propio Rusche hizo de George Bernard Shaw "(...) Si la prisión no supera al barrio bajo en miseria humana, el barrio bajo se vaciará y la prisión se llenará", ponen de presente que en este contexto los "castigos humanitarios serán rápidamente reemplazados por sanciones más severas cuando emerjan condiciones socioeconómicas que impulsen este giro" (De Giorgi, 2016b, pág. 15).

Con estos postulados sobre la mesa, y asumiendo como hipótesis que tienen una validez en su descripción, es prudente preguntarse ahora por las posibles transformaciones del castigo en Colombia: Para que el castigo carcelario sirva de desincentivo a las poblaciones más vulnerables, ¿cuáles deben ser los niveles de dolor y sufrimiento adicionales que tiene que producir el sistema penitenciario, cuanto más miserable y ruin debe ser la vida en prisión? ¿Acaso es posible que un Estado Social de Derecho – en los textos- tolere un mayor nivel de degradación de la dignidad humana y de envilecimiento, que el que ya viven hoy de 120.000 personas en estado de hacinamiento crítico? ¿Si la expansión del virus se acelera aún más y se producen más contagios de personas privadas de la libertad, de funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia y de funcionarios administrativos, la privación de la libertad sigue siendo una pena legal?³⁷ ¿Las personas condenadas a la privación de la libertad en Colombia, lo serán también a la pena de muerte? ¿Si las muertes de estas personas se producen, cuáles serán los funcionarios que responderán como autores mediatos de tortura, de homicidio culposo o con dolo eventual (Zaffaroni E. R., 2020, pág. 34) ¿Tales muertes innecesarias cambiarán la concepción carcelaria del derecho penal nacional que tiene los operadores de justicia del

³⁷ Aquí resuenan las sabías palabras de Bergalli "(...) también en los países de regímenes democráticos, establecidos sobre las reglas del Estado de derecho, el funcionamiento de las instancias de los SsPp al margen de la legalidad es frecuente. En estos casos, la degeneración de tales sistemas puede alcanzar grados de extraordinaria gravedad, en presencia de las cuales es más realista hablar de un SP extra-legal, de penas extrajudiciales, antes que de la aplicación de normas jurídicas que regulan su funcionamiento" (Bergalli, 1996, pág. 114).

país? ¿Dichas muertes producirán cambios en la ejecución de la pena real, y, sobre todo, en su injusticia?

LA CREACIÓN DE LA “CHUSMA” Y OTROS DEMONIOS POPULARES

La otra dimensión de análisis económico político de la penalidad para el escenario pos Covid en Colombia se deriva de una segunda constatación de lo que sucede durante los períodos de estancamiento económico y desempleo creciente: “la criminalidad recobra trascendencia y se difunden pulsiones de exclusión social y resentimiento colectivo que apuntan a ciertos segmentos de la población, representados como extraños o culpables de los males colectivos” (Brandariz, 2019, pág. 78).

En estos periodos se evidencia un ascenso de la alarma social que se concreta en una retórica de la “desviación de los estratos sociales más desfavorecidos y conducen al sistema penal a operar en el marco de una concreta *economía moral*” (Brandariz, 2019, pág. 79). En palabras de Melossi:

“El número de desempleados aumenta, la “delincuencia” se asocia cada vez más con los “recién llegados”, desaparece la tolerancia, el trabajo de en las cárceles y se dejan de lado los programas “alternativos”; a la vez, se instala un sentimiento general de profunda envidia y revancha en una sociedad que se estructura cada vez más en torno a las líneas de jerarquía, autoritarismo y exclusión” (Melossi, 2008 (2018), pág. 278 y 279).

La urgente necesidad de estabilización social, restauración de las reglas morales y de los órdenes normativos que se alteran durante estos períodos económicos, generan una división en la economía moral de la clase obrera “entre la “antigua” clase obrera respetable, que expresa su indignación moral ante las costumbres de los recién llegados y la “nueva” clase obrera, objeto de extensos procesos de criminalización” (Melossi, 2008 (2018), pág. 283).

Este proceso denominado por Melossi como el ciclo de producción de la “canalla”, o la “chusma” como se conoce en Colombia³⁸,

³⁸ Durante la época de la Violencia, a mediados de los años cincuenta del siglo pasado, se reconoció la existencia de grupos armados ilegales, integrados por

en distintos periodos históricos se ha concretado en un terrible pánico por la “criminalidad” de los inmigrantes, los migrantes internos o desplazados, como se conocen en el país, y los sin techo.

La presencia de venezolanos en Colombia, que son expulsados de su país por la presencia de un gobierno autocrático, las restricciones de derechos fundamentales y la vivencia de una economía en bancarrota, ha disparado durante la crisis del Covid, los peores sentimientos de racismo y aporofia en los barrios de las ciudades y municipios de Colombia, convirtiendo a estos vecinos en verdaderos demonios populares (Cohen, 2002 (2015)), que sintetizan todas las ansiedades sociales que se viven. Cómo en otros casos, el efecto amplificador de los medios de comunicación ha servido para la creación de un pánico moral con respecto a la capacidad para delinquir de los “Venecos”, tal y como se registró en un incidente ocurrido el 24 de marzo en un supermercado en Soacha, un municipio fronterizo de Bogotá:

“En las imágenes se aprecia cuando varias personas se acercan hasta la puerta de ingreso y empiezan a patear los vidrios hasta quebrarlos.

Luego, una turba de gente ingresa violentamente al establecimiento y arrasa con lo que encuentra a su paso, frente a la mirada impotente de algunas personas que esperaban afuera con la ilusión de comprar productos para abastecerse.

“Me pegaron duro en la pierna, negra, me agarraron entre tres allá. Malditos, mire cómo acabaron con el Ara”, se queja una mujer, y señala directamente a un grupo de extranjeros como el protagonista de los desmanes.

“Se metieron esos ‘venecos’ malparidos, se metieron artos y no pudimos agarrar a ninguno”, asegura la mujer, con voz desesperada.

(...)

Esa misma acusación la sostuvieron personas que comentaron la situación en redes sociales, y que compartieron videos para mostrar su rechazo frente al creciente virus de la inseguridad en medio de la pandemia de coronavirus en Colombia.

algunos afiliados al partido liberal, que decidieron crear grupos de autodefensa campesina frente a la violencia institucional del gobierno del partido conservador. También eran conocidos como “chusmeros” por su extracción popular. En Colombia, la palabra “chusma” se utiliza como un adjetivo calificativo despectivo para referirse a los integrantes de los estratos sociales más bajos o populares.

*Además, criticaron que ciudadanos colombianos se estén contagiando de esta modalidad y aprovechen los desórdenes, también, para robar*³⁹.

La narración del pánico y los videos que acompañan la noticia no tienen desperdicio. En una evidente muestra de percepción errónea y confusión de valores se concluye que la responsabilidad del ataque es de los “venecos” y que los demás asaltantes nacionales solo se han contagiado. No hay una investigación judicial concluyente, aun cuando el incidente termina con un supermercado destrozado, cinco extranjeros deportados⁴⁰, y una comunidad contagiada por el Covid y por el virus del robo.

Una mirada distinta a estos mismos hechos, hubiera detectado que la precaria situación económica de los habitantes de Soacha que durante la aplicación de la política de aislamiento social obligatorio han dejado de percibir ingresos, favoreció que algunos de ellos se dispusieran a asaltar el supermercado, a pesar de la previsible consecuencia de su criminalización. Como recuerdan Zuloaga, Francés y Varona “los estudios afirman que las personas migrantes delinquen por las mismas razones que los autóctonos en la mayor parte de lugares del mundo: por carencias laborales, falta de vivienda y déficit en las redes sociales de apoyo” (2019, pág. 47).

Esta división de la clase obrera entre buenos y malos, entre chusma y gente de bien, entre “venecos” delincuentes y colombianos contaminados, se refuerza con distribución desigual del castigo por los mismos hechos. Y dicho control de los legalismos, así materializado “contribuye (...) a agravar y perpetuar las disparidades sociales, afectando de modo desproporcionado a los segmentos más desfavorecidos, cuyas condiciones actuales son a menudo herederas de circunstancias históricas singulares, tales como la esclavitud, la colonización o la inmigración” (Fassin, 2017 (2018), pág. 194).

³⁹ El Pulso. “Se metieron esos ‘venecos’”: clienta, por vándalos que saquean supermercado”. Disponible en: <https://www.pulzo.com/nacion/video-venezolanos-que-roban-supermercado-ara-soacha-PP867768>. Visitada el 30 de abril de 2020.

⁴⁰ Semana. “Claudia López, molesta por venezolanos que saquearon supermercado en Bogotá”. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/claudia-lopez-molesta-por-venezolanos-que-saquearon-supermercado-en-bogota/658535>. Visitada el 30 de abril de 2020.

El hambre y la desesperación no distinguen entre patrias y banderas, pero el sistema penal sí.

FINAL DE UNAS REFLEXIONES INCONCLUSAS

El presente trabajo mostró algunos de los interrogantes que surgen al analizar el impacto que tiene y tendrá el Covid 19 en la práctica del castigo en el sistema penitenciario y carcelario nacional, en un futuro probable de gobierno epidemiológico de la sociedad para controlar el virus a través del uso de la tecnología, y finalmente, en el impacto que puede tener el período de estancamiento económico y desempleo creciente para el manejo de la política criminal, las prisiones y la chusma.

Para no cerrar las reflexiones con una perspectiva (exclusivamente) escéptica, debemos volver sobre una famosa frase de David Rothman “una gran reforma carcelaria surge en la conciencia recién después de fundarse en la conveniencia”. Pensamos que quizá los mecanismos sociales, políticos e institucionales que deban desarrollarse para gestionar los impactos que deje el virus en nuestras vidas, sirvan también ahora para desterrar de una vez y para siempre, las prácticas de inhumanidad, degradación y trato cruel en las que toleramos que vivan hoy 120.000 personas privadas de la libertad y los trabajadores del sistema penitenciario y carcelario del país. Quizá estemos frente a:

“Una enfermedad de alto perfil que resalta rasgos problemáticos de las prácticas penales dominantes y que conecta al prisionero como sujeto médico, ampliamente entendido, con las vulneraciones humanas generales de una época determinada. No todo escándalo médico puede sacudir la legitimidad de la penología prevalente e impulsar el cambio (...) aquellos que efectivamente llevan a cambios más amplios en la penología son aquellos que vinculan el modelo predominante de la prisión y el destino de los prisioneros con una amenaza emergente a la salud pública” (Simon, 2019, pág. 156).

Quizá sea necesaria la apabullante y desgarradora imagen de la muerte para que podamos recuperar el sentido de nuestra propia humanidad.

TRABAJOS CITADOS

- Agamben, G., & otros. (2020), *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de crisis*. ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Alagia, A. (2013), *Hacer sufrir: imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Bergalli Russo, R. (1996), El sistema penal contemporáneo: una forma violenta de control social. *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, (8), 103 - 116.
- Bernal Sarmiento, C. E. (2013), Delitos de los mercados y de la globalización. Una lectura criminológica de los daños sociales y los delitos suridos por los PIGS. *Revista de derecho Penal y Criminología*, (4), 203-222.
- Brandariz García, J. Á. (2019), *La economía política de la pena. Una introducción*. Madrid: Iustel Publicaciones.
- Brisman, A., Rodríguez Goyes, D., Mol, H., & South, N. (2017), Introducción a la criminología verde: raíces, teoría, métodos y temas de estudio. En H. Mol, D. Rodríguez Goyes, N. South, & A. Brisman, *Introducción a la criminología verde. conceptos para nuevos horizontes y diálogos socioambientales* (págs. 1 - 28). Bogotá: Temis, Universidad Antonio Nariño.
- Cohen, S. (2002 (2015)), *Demonios populares y "pánicos morales": delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia*. Buenos Aires: Gedisa.
- De Giorgi, A. (2016a), Cárcel y estructura social en las sociedades tardocapitalistas. En G. I. Anitua, & R. Gual, *Privación de la libertad: Una violenta práctica punitiva* (págs. 73 - 92). Buenos Aires: Ediciones Didot.
- De Giorgi, A. (2016b), Castigo y Economía Política. *Delito y sociedad. revista de ciencias sociales*, 25 (41), 9 - 36.
- Fassin, D. (2017 (2018)), *Castigar. Una pasión contemporánea*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Ferrajoli, L. (2013), Criminología, criminalidad global y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. En *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos* (1era ed.). Barcelona: Anthropos, Siglo XXI editores, OSPDH.
- Ferrajoli, L. (2019), Los crímenes de sistema y el futuro del orden internacional. *Revista Derechos en Acción*, Año 4/Nº 12, Invierno, 27 - 47.
- Ferretti, L., Wymant, C., Kendall, M., Zhao, L., Nurtay, A., Abeler-Dörner, L., . . . Fraser, C. (2020), Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, 1 -13.
- Foucault, M. (1975 (1990)), *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI editores.
- Garland, D. ([1990] 1999), *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social* (1era ed.). (B. R. Concha, Trans.) México: Siglo XXI.
- Harari, Y. N. (2018), *21 lecciones para el siglo XXI*. Madrid: Debate.

- Harari, Y. N. (7 de abril de 2020), "En el largo plazo, la peor de las crisis se sufrirá en los países pobres". *El País Madrid*.
- Harcourt, B. E. (2013), *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Hillyard, P., & Tombs, S. (2004(2013)), ¿ Más allá de la criminología?. *Revista Crítica Penal y Poder* 2013 (4), 175-196.
- Melossi, D. (2008 (2018)), *Controlar el delito, controlar la sociedad: teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Melossi, D. (2012), *Delito, pena y control social. Un enfoque sociológico entre estructura y cultura*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Rivera Beiras, I. (2017), *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Rusche, G. (1930 (2018a)), ¿ Revueltas en las prisiones o política social? Lecciones en Estados Unidos. En N. Roldán, *Cuadernos de investigación: Apuntes y claves de lectura sobre "Pena y Estructura Social"*. Suplemento especial de la revista *Cuestiones Criminales*. N° 1 (Oct.) (págs. 30 -39). Buenos Aires: Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales sobre Violencias Urbanas, Universidad Nacional de Quilmes.
- Rusche, G. (1978 (2018b)), Mercado de trabajo y ejecución penal: reflexiones sobre la sociología de la justicia penal. En N. Roldan, *Cuadernos de investigación: Apuntes y claves de lectura sobre "Pena y Estructura Social"*. Suplemento especial de la revista *Cuestiones Criminales* (págs. 40 - 55). Buenos Aires: Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales sobre Violencias Urbanas, Universidad Nacional de Quilmes.
- Rusche, G., & Kirchheimer, O. (1939 (1984)), *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis.
- Simon, J. ([2007] 2011), *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.
- Simon, J. (2019), *Encarcelamiento masivo: Derecho, raza y castigo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Stiglitz, J. E. (2012), *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita (The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future)* (1era ed.). Madrid: Taurus.
- Zaffaroni, E. R. (2020), *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Buenos Aires : Editores del Sur.
- Zaffaroni, R. E. (2011), *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.
- Zuloaga Lojo, L., Francés Lecumberri, P., & Varona Martínez, G. (2019), *Mitos sobre delincuentes y víctimas: Argumentos contra la falsedad y la manipulación*. Madrid: Los Libros de la Catarata, Universidad Pública de Navarra.

SEGUNDA LECTURA

Jiménez Franco, D. (2020). La nuda vida en el centro. Contra otra nueva normalización capitalista. I. Rivera Beiras, I. (Coordinador). *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempo de coronavirus)* (pp. 63-81). Valencia, España. Editorial Tirant humanidades.

La pandemia ha demostrado que el escenario de la última década fue un terreno propicio para el despliegue de ese enorme gabinete de crisis punitivo que tan asombrosos resultados ha producido desde el primer día del estado de alarma.

PANDEMIA

Derechos Humanos, Sistema Penal y
Control Social (en tiempos de coronavirus)

IÑAKI RIVERA BEIRAS
Coordinador

tirant humanidades

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1066-2020
ISBN: 978-84-1355-439-6

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

La nuda vida en el centro

Contra otra nueva normalización capitalista

DANI JIMÉNEZ FRANCO

Este texto quiere ser un agradecimiento a esa generación de maestros, míos y nuestros, que lo son porque también son compañeros. Compañeros de lucha, de vida y de náusea antiacadémica, de lucidez dolorosa, de euforia defensiva e ironía resistente, ataques deseosos, compañías lejanas y pesados recorridos a golpe de rabia, silencios y cariño. De encuentros reales y falsas despedidas. Muchas gracias a unos y/u otros, unas y/u otras, a veces entre la miseria de los *enclosures* académicos y los amplios *espacios en blanco* de ese mapa político que, como imitando al Marlow de J. Conrad, tantas veces deseamos reales cuanto más real queremos hacer nuestro compromiso. El momento que vivimos exige un deseo mayor y un compromiso más práctico. Que ese agradecimiento tome la forma de una mano que aprieta más fuerte las vuestras.

NUEVA NORMALIDAD Y NUEVA NORMALIZACIÓN

El estado – mejor dicho: los estados - nunca se ha visto a la defensiva en una situación como la actual. [...] Un poder imbuido en sus contradicciones y falsedades, que ni sabe aún cuántos muertos se han producido ni cuándo llegará una normalidad que tampoco sabe describir [López Petit, 2020].

En plena depresión global, tras el *crash* financiero de 2007-08 y la división centro-periferia agravada por las condiciones impuestas en la Zona Euro, la noción de *Nueva Normalidad* servía a la economía política una clave para comprender esa fase del capitalismo cuyos síntomas llevaban décadas entre nosotros: en una “combinación singular de capitalismo con austeridad que funciona en términos de beneficios pero no restablece crecimiento a un nivel que pueda resolver la crisis de la desocupación” (McNally, 2014 - *cfr.* Charnock, Purcell y Ribera-Fumaz, 2014), la rentabilidad productiva y la creación de puestos

de trabajo pierden su vínculo. La depresión puso a la sociedad neoliberal ante una presencia que nadie aceptaba ver: pleno desempleo, pobreza laboral, hiper-explotación y precariedad pandémica.

Nada de lo dicho se comprende en clave estadística y econométrica, cuestión que tampoco puede extrañarnos. El economismo nunca ha podido explicar el hambre y la miseria, como el estudio de las normas nunca ha tenido nada que decir sobre las formas de castigo o el daño social administrado.

Otra lección a tener en cuenta es que cada fase, alcista o recesiva, prepara las condiciones para la fase posterior. Cada transición entre fases es cada vez más rápida y traumática. Aunque las *crisis* se nos representan como expresiones de un fenómeno cíclico, no hay *ciclos* sino fases sucesivas de un mismo despliegue guiado por la concentración de capital y poder. Cada episodio es más abrupto y próximo, más recurrente y necesario, pues el monstruo se devora a sí mismo mientras ataca cada rincón de mundo colonizado. El monstruo se llama despliegue capitalista y sus ataques totalizan la existencia por obra de una racionalidad soberana que convierte la externalidad – *daño colateral* – en ley, finge piedad mercadotécnica y condena a muerte incluso a la muerte.

El capitalismo es una axiomática, funciona sobre la base de una premisa no comprobada: la necesidad de crecimiento ilimitado que hace posible la acumulación de capital. Todas las concatenaciones lógicas y económicas son coherentes con ese axioma y nada se concibe o intenta fuera de ese axioma [Berardi, 2020].

La irrupción de la pandemia de 2019-20 parece poner en cuestión esa coherencia, pero quizá sólo lo parezca. Llevamos semanas oyendo la expresión *nueva normalidad* con tal insistencia que obliga a evocar la acepción otra y más legítima del término: la de la *excepción hecha regla* de Benjamin, la *excepción permanente* que condena a una mayoría social absoluta. La normalidad criminal *as usual* es el problema. El principal emisor de esa nueva normalidad como nuevo eje del consenso es una triple autoridad gubernamental-médica-mediática que subraya la excepción del momento para conservar intacta la axiomática – la norma –, mientras la lista de grandes corporaciones privadas asegura su omnipresencia en forma de propaganda filantrópica. La audiencia de consumidores, ahora a la vez prisioneros voluntarios y

soldados/policías de sí mismos, asume su exposición a la doble orden de la “distancia social” – ¿querrán decir *física* o es un aviso clasista? - y la súplica del salario. Si el consenso sólo se alimenta para naturalizar una cohesión social destruida, su sentido común – lenguaje que nos piensa - se hace carne matizando y exonerando hacia arriba: *no todos los empresarios son iguales, no todos los caseros son iguales*. Para con nuestros iguales, la invitación es la contraria: *mis vecinos son insolidarios, la gente es tonta*.

Cuesta resistir la tentación de ver a la axiomática capitalista en peligro por efecto de un agente inorgánico y ajeno, un intruso apolítico con efectos brutalmente políticos. La clave para re-normalizar radicaré en la inteligencia operativa de las agencias defensoras y beneficiarias de dicha axiomática. Es tiempo de prevenirse ante el juego de espejos del mercado-estado, cuya simbiosis podrá presentar distintas apariencias pero no variará su esencia: re-normalizará su discurso para neutralizar las resistencias desnudas a otro golpe del mercado. Ya está ocurriendo. Todo comenzó, de hecho, en el mismo momento en que se declaró la pandemia. Es *normal* que fuese así.

*

En 2012, nada más conocer las líneas del anteproyecto de la severa multirreforma penal en el Reino de España – que culminó formalmente en 2015 y sigue horriblemente viva en 2020 -, mi compañero Alejandro Forero y yo mismo nos atrevimos a adelantar varias tesis sobre la evolución de las formas de control y castigo en el escenario resultante del saqueo perpetrado en la depresión de 2007-08. Todas ellas pueden resumirse en una suerte de esquizofrenia securitaria que debía aplicar los límites impuestos por la austeridad deudocrática a la gestión penal-penitenciaria pero, a la vez, necesitaba seguir mostrando mano dura contra el núcleo duro legitimador de la violencia estatal. Así, administrando con *eficiencia* – esa maldición axiomática - unos niveles adecuados de dolor, tormento, coacción y represión, la administración general del daño social se dispuso a hacer *más con menos*.

La pandemia de 2019-20 ha demostrado que el escenario de la última década fue un terreno propicio para el despliegue de ese enorme gabinete de crisis punitivo que tan asombrosos resultados ha produci-

do desde el primer día del estado de alarma¹. Una suerte de excepción policial permite actuar a cada agente en calidad de creador de normas en tiempo real y, a la vez, en ejecutor de sanciones *ad hoc* contra quien infrinja la norma – infracción que, *arbitrariedad policial mediante*, tiene lugar en el momento preciso de la creación de la norma². Sobre dosis de *excepción normalizadora*: la calle es suya.

Tal efecto encarna la relación de bando imperante. No hay pacto más allá del idealismo consensual. La acción del mercado-estado es del todo incapaz de cumplir esa ficción contractual que, se dice, legitima su existencia. ¿Por qué? Porque la tarea que se asigna al estado desde el gobierno del mercado no es esa, ni prioritaria ni accesoria, pero la moral del populismo punitivo está muy alta.

MERCADO-ESTADO-CRIMEN. DE LA DEPRESIÓN DE 2007-08 AL COLAPSO DE 2019-20

Detrás del desbocamiento del capital está la ausencia de límites del capital. [...] El desbocamiento requiere que el capital sea también 'más que capital'. 'Más que capital' significa poder [López Petit, 2009].

Hasta los años setenta, incluso bajo la axiomática soberana del capitalismo, el crecimiento económico no tenía necesariamente por qué repercutir en un aumento de la desigualdad. Desde entonces, la condición necesaria del crecimiento económico ha sido más y peor des-

¹ En poco más de 40 días desde la declaración del estado de alarma, el Ministerio de Interior español ha impuesto tantas sanciones como en los últimos 4 años desde la entrada en vigor de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana o Ley Mordaza.

² “La Audiencia Provincial de Mallorca descarta que sea delito romper el confinamiento y libera a uno de los presos. [...] Para conjurar un riesgo para la salud pública, los medios adecuados no se encuentran en el derecho penal ni en el proceso de esta naturaleza. [...] Sólo es legítimo recurrir al derecho penal ante una actitud rebelde al cumplimiento de tal gravedad que, frente a ella se haya revelado inútil la imposición de la sanción administrativa en una pluralidad de ocasiones. El auto de la Sección Segunda recuerda que en el estado de alarma no se contemplan sanciones penales como sí ocurre en el estado de excepción” - *Ultimahora.es*, 25.04.2020

igualdad. Hace décadas que el *ethos* criminal del capitalismo produce efectos pandémicos de alcance igual o superior al peor virus conocido.

La tasa de crecimiento del PIB mundial lleva las últimas seis décadas evolucionando a la baja³. Antes de la pandemia, la previsión coherente con esta tendencia igualaba los datos de 2025-30 con niveles propios de la década de 1970 – justo cuando el pánico macroeconómico asomaba en el Club de Roma (Meadows *et al*, 1972; Crozier, Huntington y Watanuki, 1975). El virus sólo ha acelerado el ritmo del colapso. Aparte de algo que ya sabíamos – *es el mercado, amigo* -, la pandemia confirma que, *ceteris paribus*, todo era cuestión de tiempo.

Una tendencia similar se impone, con sus matices y particularidades, en todos los mercados-estados del mundo *financiarizado* (Lapavistas, 2013). Entre bonos mutualizados, mecanismos de estabilidad y delirios de deuda perpetua, Europa discute hoy sus números en otro falso fracaso político que será muy rentable para sus gestores y para quien dicta las órdenes. Sin embargo, no han faltado expertos – *¿en qué?* - de toda tendencia celebrando con admiración las medidas de gasto anunciadas por los distintos estados, como si estas fuesen a sostener lo insostenible. Se incluye en esa lista a buena parte del economismo de izquierda, que ha llegado a invocar a J.M. Keynes y al Plan Marshall aunque el escenario económico actual se parezca menos al de 1948 que al de 1492. Las medidas del *European Recovery Program* buscaban reconstruir el sector productivo e impulsar una fase de empleo-consumo sobre las ruinas de la guerra, pero ese mundo murió dinamitado por mucho más que bombas. Hoy, a lo sumo, cada estado-provincia tratará de asegurar con su propio *pacto*, vía propaganda del consenso y control policial-militar, las competencias asignadas en el escenario geoeconómico actual.

Como cualidad inherente del capitalismo, el imperialismo conlleva el saqueo de bienes y recursos para reactivar la reproducción sostenida de capital y la absorción del excedente. La razón de esa dinámica se resume en una contradicción: la intolerancia al agotamiento del ciclo que el propio despliegue capitalista provoca. Esa contradicción no tiene otra salida que una triple huida hacia delante: sobreexplotación, devaluación de la vida y acumulación hasta la muerte. En las últimas

³ <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>

décadas y en esa triple dirección, la financiarización ha apuntalado el circuito de redistribución y acumulación de capital más mundializado, políticamente caótico y *tecnocráticamente criminal* de la historia. Sus respectivos efectos se resumen en otro triángulo: *desposesión-ex-pulsión-deuda*. La *gestión* gubernamental de esa tragedia arbitra una guerra que la clase millonaria declaró, desplegó y confía en seguir ganando.

Incluso el más despótico dominio que conocemos, el del amo sobre los esclavos, que siempre le superarán en número, no descansa en la superioridad de los medios de coacción como tales sino en una superior organización del poder, en la solidaridad organizada de los amos [Arendt, 1969].

En primer lugar, la sobreexplotación responde a la necesidad de paliar el exceso de oferta y sus crisis de sobreproducción, minimizando el volumen de masa salarial sobre el PIB a favor de las rentas del capital (Husson, 2013; Harvey, 2013). No obstante, como ya se ha dicho, es precisamente la incapacidad terminal de recuperar índices de productividad sin sacrificar más y más vidas lo que caracteriza a la auténtica *normalidad*⁴. En segundo lugar, el extractivismo aplica la lógica del *fracking* mediante “la expropiación de bienes comunes – como los ecológicos⁵ o los servicios públicos-, los procesos de privatización del conocimiento – prerequisite para el desarrollo del capitalismo cognitivo - o la reconducción de la propiedad pública hacia el proceso de acumulación de capital” (López y Rodríguez, 2010). En el epígrafe de *servicios públicos*, la pretensión es “alcanzar la completa liberalización del mercado de servicios”, objetivo del Acuerdo General para el Comercio de Servicios (OMC, 1995) que se mantiene en la Comunicación, Informe y Propuesta de la Comisión Europea sobre el mercado interior de servicios (2000/2002/2004) y otros documentos

⁴ La actual crisis temporal de oferta de fuerza de trabajo en el sector agrícola ilustra muy claramente esa aberración (Jiménez, 2020) – ver *Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario*.

⁵ “Hemos utilizado tantos recursos que ahora estamos recurriendo al capital de la tierra en vez de obtener beneficios de ella. Estamos usando una tierra y media cuando sólo tenemos una. Hemos perdido el 60% de la superficie del suelo del planeta; ha desaparecido y se tardará miles de años en recuperarlo” (Rifkin, 2020).

de alcance estatal e intracomunitario. La retórica de los *servicios* fue clave para legitimar y extender una mercantilización que arroja a la intemperie física, social, jurídica y política a los antiguos destinatarios de las mínimas garantías formales – en una pura relación de abandono. En tercer lugar, las burbujas de crédito privado – solución *clintonómica* perpetrada contundentemente en España – emergen como arma de desposesión.

La gestión de la pandemia de 2019-20 acelera lo peor de estos procesos y agrava sus efectos en mil direcciones. Entre la razón de estado y el golpe de mercado (Bernal *et al*, 2012), la violencia puesta en juego produce dos tipos ideales de súbdito: un *homo debito* (San Martín, 2014) que se entrega a la sujeción disciplinar, dispuesto a confinar su propia vida entre el miedo difuso y la depresión; y un *homo banido* (Agamben, 1995) que personifica la nueva frontera omnipresente. El virus ha venido a forzar el imperativo de la acumulación confirmando la tesis de Agamben al respecto del *campo* como “*nomos* biopolítico del planeta” (Agamben, 1998). La ficción del contrato social muere entre campañas populistas y ficciones de consenso. El grado de enajenación entre idealismo y materialidad o entre ideología y vida es apoteósico. *Realidad virtual* es un pleonasma político que no admite existencias puramente reales.

El homo sacer ofrece la figura originaria de la vida apresada en el bando soberano y conserva así la memoria de la exclusión originaria a través de la cual se ha constituido la dimensión política [Agamben, 1995].

*

Es el poder, estúpido, y no la economía. Por eso la pandemia, con su capacidad para sacar a la luz las falacias que han legitimado la criminalidad del mercado-estado, empuja la economía global a una encrucijada imprevista.

La crisis de 2007 desató en EEUU el mayor crimen económico de la historia de Occidente. Buena parte del negocio consistía en especular con la deuda impagable de los pobres, apostar al *cuánto* y *cuándo*, sumar la apuesta a un título de deuda y vender una ganga envenenada. Pero el negocio provocó la quiebra de unas instituciones que habrían de ser rescatadas con ingentes transfusiones de liquidez desde las arcas estatales – léase *desde los mismos hogares estafados*. Para entender este acontecimiento en su marco de posibilidad ha de

tenerse en cuenta que “la deuda de los consumidores es la sangre de nuestra economía. Todos los estados-nación modernos están contruidos sobre la base del gasto deficitario”⁶. Añádase que ese capitalismo no funcionaría si la deuda estuviera asegurada o se reconociera como impagable, eterna o perpetua. El riesgo es clave en el funcionamiento de esos *mercados*: el negocio se cancela si los estados que contribuyen a su expansión reparan ese riesgo, pero no cuando el riesgo se consume. Por eso *es el poder, y no la economía*. Por eso *más que capital significa poder*. Por eso el vínculo capital-poder implica generación, gestión y reparto de dolor. El sistema circulatorio de la geoeconomía se sostiene sobre la deuda de sus estados-provincia. Como síntoma de dicho vínculo, la coyuntura pandémica actualiza el debate sobre el fin del estado-nación o su presunta resurrección – hipótesis en absoluto incompatibles.

Si la depresión de 2007-08 fue precipitada por una quiebra del sistema financiero, la pandemia de 2019-20 es en sí misma el factor que precipita y visibiliza un colapso económico mayor. De no ser por este factor sobrevenido, hablaríamos de dos fases sucesivas del mismo agotamiento. No obstante, salvando los matices que aporta el factor pandémico, ambas fases comparten un mismo efecto: la devaluación de buena parte de las vidas que pisan el planeta, cuando no su directa expulsión.

Por un lado, la propia definición del término *régimen de acumulación*⁷ salta por los aires. Toda la desposesión posible no bastará para sostener ritmos de crecimiento similares a los de la próspera “paz fordista” de las décadas de 1950-1960 – ni siquiera al espejismo financiarizado⁸

⁶ Sin olvidar que “la deuda no es sólo la justicia del vencedor; puede ser también una manera de castigar a ganadores que no se suponía que debieran ganar” (Graeber, 2011).

⁷ “El concepto *régimen de acumulación* apunta tanto a las regularidades que aseguran la acumulación – organización de la producción, reparto del valor entre capital y salarios, composición de la demanda –, como a las relaciones sociales y conjuntos institucionales (no sólo estatales) que dotan de relativa coherencia a los modos capitalistas históricamente concretos. Estos elementos forman la imprescindible parte *extraeconómica*, la *regulación*, de la dinámica económica” (López y Rodríguez, 2010).

⁸ Característica principal en la dinámica cíclica de la crisis capitalista, entendida como colonización financiera de las esferas económicas dedicada a transformar

de las décadas de 1990-2000 – y, si lo hace, será aún peor: el único escenario propicio pasa por una catástrofe social incalculable.

Por otro lado, ambas fases sirven la más cruda expresión de las políticas de producción de dolor, daño o *tormento social*. El mercado-estado actúa en ese contexto como productor genuino de penalidad, desarrollando “procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del derecho” porque son “la forma legal de lo que no puede tener forma legal” (Agamben, 2003). El concepto de *eficiencia económica* se impone en su máxima expresión. No se trata de que todo sea cuestión de eficiencia, sino que *sólo* es cuestión de eficiencia: crimen estatal-corporativo y constitucionalización del cálculo.

La suspensión de la derecha admite la violación de la letra de la ley, pero la justifica en función de algún interés nacional más alto: presenta la transgresión como un sacrificio doloroso que se hace por el bien de la nación [Žižek, 1998].

¿Y si estuviéramos habitando el punto culminante de un proceso que ya ha pasado por todas sus fases? ¿Y si el tópico *ni izquierdas ni derechas* significara, en los mismos términos que pretende abolidos, que *todo es (ultra)derecha*? ¿Y si, en el caso español, tal hipótesis se tradujera en un simple y terrible *esto es España*?

Para que una ideología se imponga resulta decisiva la tensión, en el interior mismo de su contenido específico, entre los temas y motivos de los ‘oprimidos’ y de los ‘opresores’ [...]. En el fascismo, la ideología estetizante, corporativa y organicista viene a ser la forma misma con la que se reviste la inaudita movilización tecnológica de la sociedad [Žižek, 2009].

En la depresión de 2007-09, el proceso de “recuperación de la solvencia del sistema financiero y la confianza de los mercados” sirvió a la banca una ingente acumulación de activos financieros que no cumplió el fin de reactivar la demanda agregada en sus términos declarados. Al estallar la burbuja especulativa, los grandes acreedores – cuyos activos sólo incluían un 10% de deuda pública – comenzaron a alertar sobre la inestabilidad del euro, pero lo prioritario era el retorno de sus inversiones especulativas en la periferia. Para asegurar ese retorno, el estado español trasvasó la masa monetaria necesaria a

y gestionar bienes y servicios “en forma de útiles financieros” (*ibíd.*).

la banca deudora local. En ese trasvase confluyen dos factores principales de la doble condicionalidad: las *ayudas* de la UE y el FMI condicionadas a garantizar los pagos a acreedores y unas medidas de austeridad justificadas por la *falta de dinero* y orientadas a garantizar que *deje de haber dinero*. Al calor de esa crisis inducida, el suicidio fiscal de los estados periféricos selló la “neoservidumbre postmoderna” (Hudson y Sommers, 2010) propia del escenario que ahora ve expandirse al Coronavirus. Por efecto de ese sello, el control disciplinar y la guerra preventiva son dos lógicas normalizadas e internalizadas por la población.

#YoMeQuedoEnCasa. ¿En qué casa? Represión para los indisciplinados y expulsión para los expulsados.

*

La primera como tragedia. La siguiente como farsa. ¿Las demás? Después de tantos años, justo tras el mayor saqueo de la financiarización, ¿alguien cree que la proclamada *nueva normalidad*, cualquiera que sea su traducción política, va a traer por sí misma un buen anuncio para quienes llevan años soportando todo el daño?

El presupuesto ideológico de las virtudes naturales del mercado, ahora en cuestión ante la gravedad de la crisis sanitaria en curso, defenderá a toda costa sus circuitos de redistribución inversa a favor de la concentración de capital corporativo. El alegado *estado mínimo* ha demostrado ser en rigor un colaboracionista máximo de ese proyecto totalitario, un recluta hiperactivo con competencias concentradas en la administración del residuo fiscal, el control de fronteras, la gestión de flujos demográficos y un control penal en permanente modulación. En el escenario de apoteosis técnica y tecnológica que ha visto extenderse la pandemia, la biopolítica parece ganar en carácter hiper-racional, higienista, eugenésico, malthusiano.

El panóptico clásico sirve para disciplinar. El Banóptico se ocupa de la seguridad y eficiencia del sistema. El Banóptico digital identifica a los individuos sin valor económico como basura [Han, 2014].

PARÁLISIS PANDÉMICA Y CIERRE HUMANITARISTA

El efecto del virus radica en la parálisis relacional que propaga. Hace tiempo que la economía mundial ha concluido su parábola expansiva, pero no conseguíamos aceptar la idea del estancamiento como un nuevo régimen de largo plazo. Ahora el virus semiótico nos está ayudando a la transición hacia la inmovilidad [Berardi, 2020].

Sujeción física e inmovilización política, *shock* psicológico y *shock* económico, y un falso dilema impuesto: *morir con el Covid-19 o morir en el mercado*. “Jugarse la vida ahora – ante la infección – en el puesto de trabajo o jugársela en poco tiempo – ante el hambre”, oigo decir a una joven y aplicada empleada de la consultoría Deloitte en los primeros días de confinamiento. *Es lo que hay*, remata la extorsión.

Ese marco hermético de darwinismo y eugenesia hace que *hacer morir* y *dejar morir* converjan en una misma figura paralítica. En el capítulo inicial del ciclo que ahora colapsa – colapsar no significa acabar⁹ –, explotar hasta morir y castigar con la muerte también confluían en una figura original: la del esclavo.

*

De la promesa de *refundación* capitalista en la depresión financiera (2007-08) hemos pasado a la amenaza de totalización (2019-20) en el actual colapso sincronizado. En todo caso, la expectativa abstracta siempre exige un sacrificio concreto *por nuestro bien*. En todo caso, el lema despótico-ilustrado lleva décadas funcionando al revés: desde 2007-08, el ideal inconfesable del mercado-estado es *todo contra el pueblo pero con el consenso necesario para compensar la cohesión rota porque no había más remedio que romperla* – aunque se siga hablando de objetivos comunes, interés general, unidad y futuro. Ahora, con el lema de *no dejar a nadie atrás*, el ideal muta en *todo contra el pueblo, como si fuera por el pueblo y, además, con su colaboración ‘disciplinada y responsable’*.

⁹ El capitalismo, que no piensa, es una estructura que nos obliga a pegarnos voluntariamente un tiro en la nuca para mantener con vida una estructura de la que dependemos para podernos pegar un tiro en la nuca unos días más. (Alba Rico, 2020).

Febrero de 2010: *Esto sólo lo arreglamos entre todos*. La campaña batió el récord mundial del discurso vacío por un módico precio de entre 4 y 6 millones de euros presuntamente sufragado con las ayudas y exenciones prestadas por el estado a la patronal de las empresas constructoras (Seopan) y la *crème* del Ibex35.

Julio de 2011: *España necesita una operación a corazón abierto* (Expansión). *Los mercados tienen que saber que vamos a hacer todo lo necesario para garantizar la estabilidad [...] tenemos que hacer, entre todos, que los mercados se tranquilicen, que se reduzca la volatilidad*, declara la vicepresidenta de Asuntos Económicos. Junio de 2012: *Bruselas dice que la compra de deuda española sería 'paracetamol financiero'* (Europa Press).

Febrero de 2013: *No he cumplido con mis promesas electorales, pero al menos tengo la sensación de que he cumplido con mi deber [...]. Todo lo que estamos haciendo es sentar las bases de cara al futuro*, declara el presidente del gobierno español.

Marzo de 2013: según el informe *España, un país de oportunidades* publicado por el Consejo Empresarial para la Competitividad¹⁰, *España ha mostrado que tiene capacidad de ajuste de su economía y es competitiva, creando el entorno adecuado para que la inversión extranjera siga confiando en las perspectivas económicas del país. La mejora de la actividad económica y las reformas emprendidas impactarán positivamente en la creación de empleo en 2014*.

Septiembre de 2013: *Estamos rompiendo los pronósticos. Miren la gente que ha sido capaz de encontrar trabajo. Miren la gente que ha emprendido y ha creado puestos de trabajo en nuestro país, como nunca había ocurrido en nuestra historia. Somos el ejemplo del mundo*, celebra el ministro de Hacienda y AAPP.

Marzo de 2020: se declara el estado de alarma. El presidente del gobierno anuncia un paquete de 200.000M€ para frenar la curva descendente del empleo y la crisis provocada por el coronavirus. Un 20% del PIB anual, toda la recaudación impositiva del estado en un año, para no dejar a nadie atrás. Asegura que *el Estado se hace cargo*

¹⁰ Telefónica, El Corte Inglés, Mango, Santander, Repsol, Acciona, La Caixa, BBVA, Mapfre, Inditex, Planeta, ACS, Ferrovial, Mercadona, Iberdrola, Barceló, Osborne, Havas Media Group.

y los próximos Presupuestos Generales serán de reconstrucción social y económica. 100.000M€ en avales estatales para frenar la sangría de despidos y garantizar la supervivencia del tejido empresarial. 17.000M€ de gasto social presentados como el mayor esfuerzo de la historia democrática. Se espera que el sector privado complete la suma hasta 200.000M€. Sobre todo para las pequeñas y medianas empresas, subraya el presidente en el fotogénico y consternado papel de hombre de estado. Debemos evitar la destrucción de empleo. Ninguna persona perderá su vivienda. Se concede una moratoria en el pago de agua, luz y gas a los más vulnerables. El techo de gasto impuesto en 2012 se relaja para los ayuntamientos con superávit.

Marzo de 2020: *Este virus lo pararemos unidos*. Telefónica, Inditex, Iberdrola, BBVA y Banco Santander anuncian la creación un fondo de donación de 150M€ para material sanitario. El mismo quinteto filantrópico evade miles de millones en impuestos con cientos de filiales en paraísos fiscales. Mientras *paramos* el virus, todos unidos en el *shock*, se nos invita a olvidar la definición de una criminalidad corporativa que tiene todo que ver con la situación en la que el virus nos ha encontrado (Aguerri y Jiménez, 2020).

Cada coyuntura recesiva aporta sus propios matices para representar una falsa igualación social en forma de esencialismo patriótico. Una profunda cicatriz cultural da forma a esa apología del esfuerzo colectivo que equipara los lugares de la intemperie, el perjuicio, el privilegio y el lucro. El matiz, como las condiciones que distinguen la depresión anterior del actual colapso, radica en la forma de justificar cada exigencia y el modo de criminalización que responde a su desobediencia. El discurso de la excepción pandémica no habla - ¿todavía? - de mercados sensibles, estabilidad, confianza, cinturones apretados, deudores perezosos, protestas golpistas, manifestantes violentos o activistas nazis. La crisis sanitaria tampoco acepta metáforas clínicas sobre corazones, medicinas o terapias intensivas. Pero el *populismo-19.0* sigue invitando a la unidad de acumuladores y desposeídos en torno a la ficción de una supuesta causa común. Ahora la criminalización persigue cada mínima muestra de irresponsabilidad o indisciplina.

Ahora sois carne de cañón, por eso os llaman héroes (Kubrick, 1957). Vemos héroes en el personal sanitario, de cuidados y suministros

básicos, pero también en la policía y el ejército. Vemos mérito en el vecindario que se apoya, pero también en el propietario responsable y altruista. Responsabilidad ciudadana en cada hogar, pero sobre todo en las campañas de la filantropía empresarial. Todo mientras se prepara la siguiente ola de reconcentración corporativa. Un ejemplo inmediato es la creación *exprés* de un mercado de productos básicos contra la Covid-19 bajo el oscuro manto de la fundación filantrópica Ashoka – premio príncipe de Asturias de cooperación internacional en 2011 –, dedicada a fomentar el negocio de la pobreza, monetarizar las iniciativas de los llamados *emprendedores sociales* y afianzar el control del gran capital sobre la organización social de base (Bustamante, 2020).¹¹

*

Las vidas son *inputs* – sólo válidos si *productivos* –, sus derechos son *commodities* y el acceso a estos es cuestión de *equilibrio* entre oferta y demanda – un problema de consumo individual. El fascismo postmoderno maquilló los crímenes globales del mercado-estado con la retórica de la democracia y los derechos humanos: responsabilidad de proteger (R2P), necesidad de democratizar – versión posmoderna de la misión evangelizadora-civilizadora –, seguridad jurídica del ciudadano corporativo (Whyte, 2018) o defensa implacable de Occidente – *conmoción y pavor*. La atención humanitaria quedaba para atender al reflujo humano de esos crímenes, *in situ* o *in itinere*, en los campos de la periferia o en cada lado de las fronteras amuralladas. Hacia dentro, el abuso de esa misma retórica ha desgastado los pretextos del estado de derecho, el pluralismo político, la separación de poderes, la constitución, los *demócratas* – sin más matiz que el conveniente en cada coyuntura. Mientras tanto, el humanitarismo doméstico abre *nichos* de mercado.

El contexto de la pandemia está acelerando esa última tendencia. La máquina humanitarista, antes proyectada al extranjero o al *otro*, nacionaliza su clientela y amplía su radio de acción. El *shock* legitima una perversa asimilación entre derechos y limosna: *hay que hacer algo, algo es mejor que nada...* Bienvenido, mal menor. En nuestra

¹¹ Según la Vanguardia: *Coronavirus Makers: innovación social y cooperación tecnológica contra la Covid-19*, 20.04.2020

economía en vías de subdesarrollo, la nueva retórica imperante parece desplazarse hacia esa forma terminal de demagogia. *No dejar a nadie atrás*, en efecto, porque las normas de la competición se presumen crueles e invariables. Léase, pues, *no dejar a nadie más atrás de lo que ya estaba*. En el mejor de los casos, se discute prometer una asistencia mínima. El horizonte de los derechos fundamentales en riesgo de ser sustituido por la aspiración a una muy humanitaria dosis calórica diaria. *Estado social y democrático de derecho a respirar gracias a una limosna concedida a quien cumpla los requisitos técnicos que acreditan su pobreza*. Reconfigurando la clave del conflicto, esa auto-humanitarización abre un espacio de no-retorno, un hábitat al que arrojar a otra masa de sujetos ahistóricos e intercambiables. Fruto de la *auto-colonización*¹² obrada por el gobierno del mercado, la *periferia* de I. Wallerstein se expande y empobrece. La retórica humanitarista naturaliza esa expansión y despolitiza su objeto.

*

El discurso nunca se limita a “lo que manifiesta o encubre el deseo” sino que también representa “aquel poder del que uno quiere adueñarse”, pues “la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (Foucault, 1970). La producción de discurso es una pieza clave en la deriva neoliberal al *estado de excepción*¹³. Frente a él y su parálisis, el dilema verdaderamente político contra es *negociar con la muerte o apostar por la muerte*; aplazar el abismo asumiendo la debacle o enfrentar lo imposible para recuperar lo posible. Sucumbir al horror con obediencia darwinista o integrar la muerte en el esquema de una decisión colectiva que recupere la vida social. Hace años que el mercado-estado conocía la probabilidad de una grave pandemia, la

¹² “Con la propagación directamente multinacional del capital [...] sólo quedan colonias y desaparecieron los países colonizadores; el estado-Nación ya no encarna el poder colonial, lo hace la empresa global” (Žižek, 2009).

¹³ Cuya violencia “no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él” (Agamben, 1995).

única pregunta era *cuándo*, pero prevenir no optimiza beneficios en el mercado de la salud.

No hay más preguntas, señorías. Más que “demasiado pequeño para las cosas grandes” (Ferrajoli, 1999), el estado-provincia es la unidad mínima de gestión del conflicto en el orden geoeconómico. Desde el inicio de la gran depresión en 2007-08, la crisis fiscal inducida acabó de secuestrar las administraciones públicas. Algo muy profundo se movía en la mentalidad de gobierno y en su aparato administrador de la inseguridad. La pandemia ha hecho emerger ese *algo* a un latifundio de coacción normalizada. Entendemos bien la distinción teórica entre los paradigmas de la disciplina y el control, pero cuesta discernir entre modelos en la actual campaña de totalización securitaria. ¿*Autocontrol*? ¿*Disciplina social*? Si la institución de la prisión resumió en su día todas las prácticas y funciones del castigo en un sólo dispositivo, la parálisis pandémica parece resumir un paradigma científico-tecnocrático y una dinámica absoluta en torno al permanente recelo ante la presencia de *todo otro* – yo incluido - como eje vertebrador de la nueva normalización. En el nuevo imaginario compartido que no se hace carne sino imagen, sólo la representación del *avatar* nos ofrece al *otro* como alivio.

Frente a este ataque masivo del cual el virus es un mero catalizador, la resistencia pasa ahora por renunciar al nuevo rol de sujeto dócil de la profilaxis y objeto pasivo del humanitarismo. Una *bíos* en pie de guerra contra esa violencia que pretende convertirla en *zōē* (Agamben, 1995) y arrojarla al campo de lo prescindible y sacrificable.

*

También podemos mirar a esa violencia a la cara, aferrarnos la buena noticia escupida por el colapso y dar la bienvenida a un capítulo que enfrenta, sin escapatoria, la fragilidad del leviatán despolitizador y la politización de un sujeto colectivo absoluto. Un capítulo que no necesita cínicos planes *de choque*, programas benéficos, violencia filantrópica ni despliegues de caridad humanitaria. Un capítulo que exige – la ironía es brutal - un *ajuste estructural definitivo* que no caerá en forma de maná distópico; *un freno de emergencia ante el último aviso de la justicia global*, no un paquete humanitario de placebos pacificadores justificados por la emergencia social.

El pasado 24 de abril conversaba con un compañero palestino que vive en un campo de refugiados cercano a Belén, refugiado en su propia tierra. Hablábamos de la situación aquí y (sobre todo) allá. La imagen de *los balcones* salió a colación. Poco después le oí decir: “un momento, mirad”, mientras se levantaba del asiento para dirigir la cámara de su portátil a la ventana más próxima. En primer plano, una sucesión desordenada de depósitos de plástico que recogen el agua de lluvia en tejados de tantas alturas como generaciones vivas ocupan la casa de cada familia, con el forjado de las columnas brotando del cemento. En segundo plano pero terroríficamente cercano, trepando por una colina, las colonias de la ocupación sionista en construcción. “¿Lo veis?, esos *bulldozers* no han parado de trabajar ni un sólo día desde que comenzó esto del virus, puedo oírlos como si estuvieran dentro de casa”.

Un mes y medio en la España de los balcones, setenta y dos años para las ventanas de Palestina. Polisemias, realidades y *lo absolutamente real*. ¿A qué se refiere el mercado-estado cuando habla de *poner la vida en el centro*? La carne y el hueso de la nuda vida llevan todo el tiempo entre nosotros, en el mismísimo centro.

*

No es difícil sospechar que la respuesta deseada será *hecha* antes que dicha. Ninguna revuelta se pronunciará en los términos deseados por la crítica idealista. Frente al peso de una violencia inmensurable, todas las expresiones legítimas serán – como siempre, por el simple hecho de ser – las de quienes respondan en enorme plural, con sus acciones y sus cuerpos, en cualquier parte, hora y forma. Las opciones, como siempre, serán dos: la fortuna de sumarse a la respuesta o la decencia de mostrar escrupuloso respeto por esa nuda respuesta, por su *política acéfala*, por el deseo real y el acto de negación radical de una revuelta “sin cabezas que cortar porque no hay cabezas que gobernar” (Karmy, 2018).

¿Y si la parada (relativa) del mundo, si la ridiculización del poder sólo pudiera lograrse cuando la muerte se convierte en desafío? [López Petit, 2020].

REFERENCIAS

- Agamben, G. (1995[2010]), *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos
- Agamben, G. (2003[2004]), *Estado de Excepción. Homo sacer II, 1*. Valencia: Pre-Textos
- Agamben, G. (1998), “¿Qué es un campo?”. En *Artefacto. Pensamientos sobre la técnica* #2
- Aguerri, J.C. y Jiménez, D. (2020), “El virus, el crimen y el soldado de sí mismo”. En *Arainfo.org*, 27 de marzo.
- Alba Rico, S. (2020), “La tentación del confinamiento”. En *Ctxt.es*, 27 de abril.
- Arendt, H. (1969[2006]), *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza.
- Berardi F. (2020), “Crónicas de la psicodéflición” #1-4. En *Cajanegraeditora.com.ar/*
- Bernal, C.E. et al (2012), “Estudio preliminar”. En Morrison W., *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos/OSPDH.
- Bustamante, I. (2020), “Ashoka, o cómo el gran capital pacta con los movimientos sociales”. En *República (Ateneo Republicano de Valladolid)* #13 / *Filantropofagos.com*
- Charnock, G., Purcell, T. y Ribera-Fumaz, R. (2014), “Los límites del capital en España: Las raíces de la nueva normalidad”. En *Marxismocritico.com*
- Crozier, M., Huntington, S.P. y Watanuki, J. (1975), *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of democracies to the Trilateral Commission*. New York: NYUPress
- Ferrajoli, L. (1999[2004]), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (1970[1999]), *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets.
- Graeber, D. (2011[2012]), *En Deuda*. Barcelona: Ariel.
- Han, B-C. (2014), *Psicopolítica*. Madrid: Herder.
- Harvey, D. (2013), *Rebel cities. From the right to the city to the urban revolution*. New York: Verso.
- Hudson, M. y Sommers, J. (2010[2011]), “La muerte de la Europa social”. En *Sinpermiso* #9
- Husson, M. (2013), *El capitalismo en 10 lecciones. Breve discurso ilustrado de economía heterodoxa*. Madrid: VientoSur
- Jiménez, D. (2020), “Acumular a muerte y consentir hasta la muerte”. En *Arainfo.org*, 18 de abril.
- Karmy, R. (2018), “Intifada. Notas sobre una insurrección imaginal”. En *Reflexão* 43#2
- Kubrick, S. (1957), *Senderos de Gloria*. Bryna Productions.

- Lapavitsas, C. (2013), *Beneficios sin producción*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- López Petit, S. (2009), *La movilización global*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- López Petit, S. (2020), "El Coronavirus com a teatre de la veritat". En *El crític.cat*, 23 de abril.
- López, I. y Rodríguez, E. (2010), *Fin de ciclo. Financiarización, territorio y sociedad de propietarios en la onda larga del capitalismo hispano (1959-2010)*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- McNally, D. (2014), "Global Slump & the New Normal" - entrevista. En *New Politics*, 29 de junio.
- Meadows, D.H. et al. (1972), *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*. New York: Potomac.
- Rifkin, J. (2020), "Estamos ante la amenaza de una extinción y la gente ni siquiera lo sabe" - entrevista. En *theconversation.com*, 21 de abril.
- San Martín, D. (2014), "El dolor y la deuda. Mentalidades de gobierno en la crisis financiera del Estado". En *Bernuz M.J. y Susín R., Seguridad y derechos inciertos*. Zaragoza: Prensas Universitarias.
- Whyte, D. (2018), "The Corporate Citizen and the Sovereign Exception: From Homo Sacer to Homo Supra". En *Oñati Socio-Legal Series 8#6*
- Žižek, S. (1998), "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional". En *Jameson, F. y Žižek, S., Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona: Paidós.
- Žižek, S. (2009), *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur.

TERCERA LECTURA

Zurita Gutiérrez, A. (2020). Marco Criminológico y político-criminal de la delincuencia organizada: Una aproximación. Zurita Gutiérrez, A. El delito de organización criminal (pp. 29-92). Barcelona, España. Editorial Bosch Penal.

Describe el reconocimiento del fenómeno de la criminalidad organizada dentro de un escenario criminológico y político criminal nuevo, al que ya se le atribuyen rasgos capaces de generar un salto cualitativo en la evolución de la criminalidad y los mecanismos de control

ALRI ZURITA GUTIÉRREZ

EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL: FUNDAMENTOS Y CONTENIDO DE INJUSTO

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete

Barcelona
2020


BOSCH EDITOR

© SEPTIEMBRE 2020 ALRI ZURITA GUTIÉRREZ

© SEPTIEMBRE 2020

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Qualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121260-1-3

ISBN digital: 978-84-122429-2-6

D.L: B 17834-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

CAPÍTULO I

Marco Criminológico y Político-Criminal de la Delincuencia Organizada: Una Aproximación

1. Fenómeno de la delincuencia organizada

Hoy en día, tiende a reconocerse al fenómeno de la criminalidad organizada dentro de un escenario criminológico y político-criminal nuevo, al que ya se le atribuyen rasgos capaces de generar un salto cualitativo en la evolución de la criminalidad y de los mecanismos de control¹. Además alcanza una dimensión sin precedentes afectando a la totalidad de los países, produciendo una grave criminalidad y amenaza de aspectos fundamentales de la vida tanto económica, social e institucional y que demanda ser combatida con prioridad².

La lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido, desde el último cuarto del siglo XX, en una de las preocupaciones centrales de la política criminal de muchos gobiernos, y por tal razón SHELLEY afirma lo siguiente: «El crimen organizado transnacional será un tema definitorio para los responsables de trazar las políticas del siglo XXI –tan definitorio como lo fue la guerra fría en el siglo XX y el colonialismo en el siglo XIX. Ningún aspecto de los asuntos internacionales permanecerá intocable, a medida que la urdimbre social y los sistemas políticos y

1 ANARTE BORRALLO, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, Juan / ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 13. / Cfr. HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 609. nota al pie nº 4.

2 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 85-86.

financieros de muchos países se deterioran, bajo el creciente poder económico de los grupos de crimen organizado transnacional»³. Y es que las oportunidades ofrecidas para la generalización y profundización de los intercambios internacionales por la desaparición de las barreras fronterizas y el desarrollo de las redes de comunicaciones resultan ampliamente aprovechadas por las redes criminales organizadas, que ven potenciadas las posibilidades abiertas para sus tráficó ilícitos, así como de penetración en los sistemas institucionales a través de la corrupción⁴.

En definitiva, el signo de este fenómeno ha sido el crecimiento de mercados de productos ilegales, tanto a nivel local como también a nivel internacional, que se ha producido de forma paralela al progresivamente acelerado desarrollo de la economía internacional⁵.

Se ha comparado la criminalidad organizada con una enfermedad que tiene que ser tratada, indicando que todas las formas de criminalidad organizada tienen en común la vulneración de la ley, del mismo modo que todas las enfermedades conducen, en última instancia, a la muerte, sobre todo cuando no se les somete a tratamiento exigiendo así una respuesta. Sin embargo, la participación en un trazo común de alto nivel de abstracción no justifica la búsqueda de un mismo remedio, para todos los problemas de la criminalidad. Al margen de las medidas generales de prevención, las únicas estrategias de reacción eficaces contra las disfuncionalidades tanto en el dominio de la salud como en el de la seguridad son las que se alinean de forma precisa en torno al problema a resolver, siempre que exista efectivamente una solución disponible. Por cuanto es necesario definir una estrategia de intervención en función de su objetivo particular y diferenciar los modos de acción⁶.

Entre los antecedentes más cercanos a la criminalidad organizada actual, se suelen encontrar la transformación de la delincuencia profesional en Estados Unidos, particularmente tras la prohibición total del alcohol en 1919, que pasó a prota-

3 Citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 621.

4 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho penal en un mundo globalizado», en *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, San Sebastián, Diciembre 2006, pp. 6-7.

5 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, J. M^a. Bosch, Barcelona 2001, p. 22.

6 Citado por HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general general y especial*, op. cit., pp. 649-650. (nota al pie 66).

gonizar no tanto delitos aislados e individualizados como robos, estafas, etc., aunque repetidos, sino más bien actividades delictivas especializadas y estables como pueden ser: contrabando de alcohol, chantajes a empresarios y un incipiente tráfico de drogas⁷.

La preocupación actual de todos los órdenes político-jurídico y económico-social es de tal magnitud que produce una muy nutrida literatura, buscando acuerdos intergubernamentales y planes de acción común a nivel internacional con el difícil propósito de neutralizar esa lacra, y armonizar métodos de lucha a través de reformas legislativas de naturaleza administrativa, procesal, penal y policial. Como resultado en los años noventa, se experimentó un crecimiento considerable de reuniones con la finalidad de abordar este tipo de injusto de compleja composición y acción⁸.

La mayor parte de las actividades del crimen organizado está relacionada con la existencia constante en la sociedad de una demanda de bienes prohibidos, ilegales, a partir de la cual se desarrolla la caracterizada en la doctrina como economía ilícita global⁹. El amplio abanico de posibilidades criminales de la criminalidad organizada tiene un trasfondo de carácter económico, el cual tiene como mínimo común denominador la obtención de beneficios económicos rápidos, suculentos como ilegales¹⁰. Existe así en la actualidad un vasto mercado mundial de bienes y servicios ilegales que coexiste con aquellos que son de carácter legal¹¹.

Actualmente también se está manifestando con particular incidencia un nuevo fenómeno, que bien puede ser aprovechado –si es que ya no lo es– por las organizaciones criminales, y nos referimos al cibercrimen. Por citar algunos delitos que

7 ANARTE BORRALLO, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, op. cit., p. 15.

8 IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1445-1446. / Sobre la difícil armonización legislativa y respecto a a homogeneidad en sentido de respuesta contra la criminalidad global Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 92.

9 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 43.

10 IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», op. cit., p. 1448.

11 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales*, op. cit., p. 44.

pueden ser cometidos por este medio, cabe señalar: el ciberblanqueo de capitales, ciberextorción, la ciberpiratería intelectual, pudiendo producirse también cibercrímenes económicos y hasta ciberterrorismo¹². Esta preocupante herramienta de la que puede disponer actualmente la organización criminal refuerza su capacidad lesiva y obliga a los Estados a establecer planes preventivos como también represivos en torno a esta figura delictiva.

Por otro lado, el origen clásico de las bandas y grupos organizados podrían considerarse la consecuencia de la estratificación social, pero, a la vez, expresión subcultural de una organización social distinta, con sus propios códigos, valores y creencias del que forma parte relevante la sociedad interna. Estos elementos, y otros más específicos, son ilustrativos sobre algunos aspectos de la criminalidad organizada, como es su arraigo entre clases sociales más desheredadas, que pueden resultar funcionales respecto de la permanencia y la incondicionalidad, por ejemplo, medios humanos en condiciones de desarrollar una carrera criminal de forma satisfactoria para el grupo criminal¹³.

De hecho, es el crimen organizado el que se mueve detrás de las tendencias del mercado, desarrollando actividades colaterales. Además, adapta sus estructuras y objetivos por medio de una flexibilidad polivalente y asombrosa, con habilidad camaleónica, al mismo ritmo con el que se mueve coyunturalmente la economía, o conforme caminan las prohibiciones o liberalizaciones del mercado, para cubrir nuevas necesidades emergentes o demandas, y, de esa manera, busca rápidamente oportunidades lucrativas que le beneficien¹⁴. Como indica la AIDP: «conviene tener en cuenta que el crimen organizado sobrepasa a menudo las fronteras nacionales; las legislaciones deberían por tanto ser compatibles a escala internacional con el fin de que sea posible una cooperación internacional»¹⁵.

12 Fundamental sobre esta temática, *Vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*. / MIRÓ LLINARES, Fernando, «Cibercrimen y vida diaria en el mundo 2.0», en MIRÓ LLINARES, Fernando / AGUSTINA SANLEHÍ, José Fernando / MEDINA SARMIENTO, José E. / SUMMERS, Lucía (Ed.), *Crimen oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, 2015, pp. 415-455. / Igualmente importante también *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Derecho penal informático*, Aranzadi - Cizur Menor, Navarra, 2010, *passim*.

13 ANARTE BORRALLO, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, *op. cit.*, p. 39.

14 IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», *op. cit.*, p. 1452.

15 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales», *op. cit.*, pp. 9-10.

El factor de la internacionalización a nivel mundial, estimuladas por los adelantos tecnológicos del transporte y de las comunicaciones y por la cooperación económica y el turismo creciente, propician la permeabilidad de las fronteras¹⁶. Conviene tener en cuenta, no obstante, que la globalización, como fenómeno político y comunicativo que es, constituye un proceso sujeto a numerosas ambigüedades, paradojas, contradicciones y desviaciones de la tendencia general. Con todo, y aunque quede demostrar el alcance real, existe cierto consenso respecto a la amplia presencia de la criminalidad organizada de dicho proceso, favorecida por los intereses de supervivencia y expansión de los grupos criminales¹⁷.

Tradicionalmente, el crimen organizado ha sido considerado como un mero problema de orden público interno propio de los Estados¹⁸. Pero la moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos. La globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial¹⁹.

Los informes presentados por la EUROPOL, dan cuenta del crecimiento de este fenómeno, además de la diversificación en las formas graves de delincuencia organizada, datos estos obtenidos mediante el intercambio y análisis de los datos de información criminal que ofrecen los diferentes Estados europeos²⁰. Por esta razón, la política criminal de la globalización tiene una orientación agresiva con respecto a la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana como la tradicional delincuencia individual, además la inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no solo se dirige

16 MIGUEL HARB, Benjamin, «Delincuencia organizada», en LECCA GUILLÉN, Mir-Beg, *Derecho penal, homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 400.

17 ANARTE BORRALLA, Enrique, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, op. cit., p. 18.

18 BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», en *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 3.

19 BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Principales instrumentos internacionales», op. cit., p. 4.

20 «Europol Review, General Report on Europol Activities 2010», European Police Office, 2011. / *passim* Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004.

a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social²¹.

La verdadera transformación de la criminalidad organizada, respecto de la que operaba hasta finales de los años setenta, ha sufrido un cambio crítico y radical sólo desde hace apenas veinte años, y esto se debe fundamentalmente a tres motivos: la globalización del campo de actuación, la internacionalización y la sofisticación logística²², es decir, una modernización de la criminalidad, a partir de la década de los ochenta y noventa hasta nuestros días, y que exige actualmente una reorientación en el enfoque de estudio²³. Cerramos este apartado con la siguiente puntualización: El crimen organizado no está estructurado de manera uniforme. Justamente por ser tan diverso y poco transparente, es tan peligroso. El crimen organizado que se reconoce con facilidad –precisamente– es el crimen mal organizado²⁴.

2. Relevancia y difusión en el mundo actual

Como indicamos, en los últimos años se han producido transformaciones de gran relevancia en la criminalidad a nivel mundial, que exige al Derecho penal

- 21 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación», en GRANADOS PÉREZ, C. (Dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CCPJ, II, Madrid, 2001, p. 218.
- 22 IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada», op. cit., pp. 1464-1465. *Vid.* sobre la globalización en cuanto fenómeno relativamente nuevo que está sin concluir, en continuo proceso de transformación, poco homogéneo y que incide de manera desigual en distintos ámbitos, como la economía, cultura –y en nuestro caso el propio Derecho–, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 121-122.
- 23 Fundamentalmente con un cambio de perspectiva criminológica y política-jurídica. La nueva criminalidad organizada debe ser entendida como un proceso evolutivo que permite observar su claro alejamiento con relación a la menos moderna criminalidad marginal de barrio como fenómeno subcultural; así, también a partir de la década de los años setenta y ochenta han sufrido una evidente transformación la configuración criminal de estos «submundos» o «contrafuerzas» regionales diferenciadas e íntimamente enraizadas en un singular contexto social y cultural; de pronto, el tradicional arraigo subcultural cede a favor de una orientación económica de las actividades y el abuso de todas las formas contemporáneas de hacer negocios. *Ibidem*, p. 1465.
- 24 ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras de la mafia*, trad. Francisco González-Aguilar, Anaya & Mario Muchnik, Barcelona, 1995, p. 28.

demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz contra la criminalidad²⁵. Estos grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar, tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, extienden su influencia hasta el poder e, incluso, condicionan negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional²⁶.

La lucha eficaz contra la criminalidad organizada, escribe HETZER, «hace saltar el marco tradicional de la prevención estatal y la persecución penal». Así mismo se pregunta PRADEL: «¿Qué va a suceder con los principios fundamentales del Derecho penal ligados al Estado de Derecho para hacer frente al crimen organizado?»²⁷.

El aumento de poder e influencia, así como la expansión de los grupos criminales organizados desde un ámbito local hasta uno internacional es uno de los rasgos más destacados de esta forma de criminalidad en las últimas décadas. Y el que ha motivado la atención creciente de las organizaciones internacionales ante la convicción, que sólo mediante una acción concertada de los Estados, tanto en el campo de la prevención como de la represión puede ser combatido con alguna eficacia²⁸.

La criminalidad organizada, desde el punto de vista estructural, se caracteriza por su organización –jerárquica, horizontal, celular o de red–, y en ella intervienen colectivos de personas, ya sea en las empresas o incluso en la forma estricta de la organización criminal. Desde el punto de vista material, se caracterizan por la magnitud de sus efectos que son generalmente económicos, pero también políticos y sociales, teniendo una capacidad de desestabilización general de los mercados, y estos son rasgos notables²⁹.

Actualmente, los sistemas penales tradicionales se encuentran indefensos frente a este tipo de criminalidad especialmente peligrosa. La necesidad de acometer de forma efectiva acciones de prevención y de lucha contra el mismo ha sido, en al-

25 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 84.

26 BLANCO CORDERO, Isidoro / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Principales instrumentos internacionales», op. cit., p. 3.

27 Citados por IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», en VATTIER FUENZALIDA, Carlos (Coord.), *Las entidades sin fines de lucro: estudios y problemas*, Servicio de Publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 1999, p. 105.

28 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., p. 662.

29 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 91.

gunos ordenamientos, motor de importantes transformaciones en el Derecho penal sustantivo y procesal. Es así que en el ámbito del proceso penal hallamos nuevas competencias de investigación preliminar, de intervención de las comunicaciones, de captación de imágenes y seguimiento de personas inclusive el levantamiento del secreto bancario, etc.³⁰

En consecuencia, surgen propuestas que se dirigen hacia la creación de los tipos de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos que sancionen penalmente la mera pertenencia a una organización criminal, y, en general, mediante un mayor rigor punitivo para el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado³¹, así como la aplicación de medidas económicas³². También en el ámbito de las formas de intervención en el delito han buscado imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y participación; algo que ya se advierte en el plano de la pura tipificación si se examina los tipos de delitos en materia de tráfico de estupefacientes o de blanqueo de capitales³³.

2.1. Naciones Unidas

En el plano internacional, la delincuencia organizada es objeto de gran preocupación, razón por la cual en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente (1985) se deja constancia de la grave preocupación del mismo por las abundantes pruebas de la intensificación de esta clase de delincuencia en muchos países, y de sus grandes costos sociales y económicos, debido a que se lleva a cabo una enorme diversidad de operaciones ilícitas, traspasando la fronteras de los Estados, y aprovechando las lagunas y contradicciones en los ordenamientos jurídicos de éstos, para ponerlas al servicio de su actividad criminosa³⁴.

30 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., p. 662.

31 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada», op. cit., p. 219.

32 En este sentido se presenta también aquella figura, que constituye la confiscación del patrimonio criminal, como también una inclinación tendiente a favorecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando el gastado aforismo «*societas delinquere non potest*». CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Criminalidad organizada, op. cit., p. 220.

33 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 105.

34 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 607.

Respecto a la conformación de la criminalidad organizada, en la mayoría de los grupos de países con distintos orígenes se encuentran: grupos domésticos que tienen principalmente nacionales como miembros, no obstante también pueden ser inmigrantes. Esta categoría de grupos tiene su base de origen en el país. Los grupos extranjeros están compuestos principalmente de miembros extranjeros. Los grupos que pertenecen a esta categoría, la mayor parte del tiempo, están en otro país, aunque en algunos casos crean bases adicionales en el país en el que operan. Los grupos mixtos tienen tanto los nacionales como los extranjeros como miembros³⁵.

2.2. Unión Europea

La lucha contra la delincuencia organizada en la UE, gira en torno a una política de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en todo el territorio europeo, política que está basada en los Programas de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014). El Programa de Tampere proyectaba objetivos relacionados con la prevención en las acciones contra la delincuencia organizada, esto en función de un mayor intercambio de información entre EUROPOL y EUROJUST³⁶. El Programa de La Haya ha continuado y mejorado dichos objetivos, explotando el potencial de EUROPOL y EUROJUST³⁷; además, se establecieron otras prioridades³⁸. Y, por último, el Programa de Estocolmo tiene actualmente como

35 Vid. el «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1, p. 8.

36 CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. / COM /2001/0628 final, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea (II semestre 2001)*, 2001.

37 CONSEJO (2005/C 53/01), *El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, seguridad y la justicia de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

38 Los cuales pueden resumirse del siguiente modo: 1) Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance; 2) Lucha contra el terrorismo: trabajar en pos de una respuesta global; 3) Un espacio común de asilo: establecer un procedimiento armonizado y eficaz que respete los valores y la tradición humanitaria de la Unión; 4) Gestión de la migración; definición de un planteamiento equilibrado; 5) Integración: aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía; 6) Fronteras interiores, fronteras exteriores y visados: desarrollo de una gestión integrada de las fronteras exteriores para una Unión más segura; 7) Derecho a la intimidad y seguridad en la distribución de la información: lograr el equilibrio adecuado; 8) Delincuencia organizada: desarrollar un

primordial objetivo mejorar las herramientas de seguridad existentes, en particular las relativas a la gestión de flujos de información, así como proponer la adquisición de herramientas de seguridad tecnológicas, como un registro europeo de nacionales de terceros países condenados. Asimismo, el Plan de acción proporciona políticas mejoradas para luchar contra la delincuencia transfronteriza, principalmente una mejor cooperación en el cumplimiento legislativo europeo, entre ellos, por ejemplo, la Oficina Europea de Policía, EUROJUST y la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores (FRONTEX), y una mejor prevención de la delincuencia³⁹.

La razón para la creación de los programas anteriormente mencionados estriba en que la criminalidad organizada plantea un problema de particular calado, debido a que en el espacio *Schengen* impera un espacio económico sin fronteras, y también la libre circulación de bienes y servicios, así como de personas dentro el espacio europeo. Estos acuerdos, logrados entre los países miembros de la UE, son utilizados como ventajas por el crimen organizado, con el objetivo de maximizar sus beneficios y reducir el riesgo de ser descubierto⁴⁰.

Para efectivizar la lucha contra la delincuencia organizada, se ha llegado a considerar necesaria una armonización del Derecho penal en el espacio europeo, a raíz de la cual surge una polémica presente durante los últimos años y que ha sido discutida entre penalistas en todo el mundo, que viene referida a la tesis propuesta por el penalista alemán Günther JAKOBS, sobre el llamado «Derecho penal del enemigo». Esta tesis plantea dos formas de Derecho penal distintas: Un Derecho penal para el ciudadano, conteniendo todas las garantías del Derecho penal común; y otro Derecho penal del enemigo, entendido en un sentido estrictamente normativo, en el cual las garantías están limitadas en razón de la peligrosidad del sujeto. Por la descripción de esta situación normativa, JAKOBS ha recibido muchas críticas de penalistas de todo el mundo. Sin embargo, se debe resaltar que ninguna de las críticas convencionales se ha referido a la pura observación manifestada por JAKOBS de dicho

concepto estratégico; 9) Justicia civil y penal: garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos; 10) Libertad, seguridad y justicia: compartir la responsabilidad y la solidaridad. Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, Bruselas, 2005, pp. 6-7.

39 CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010.

40 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales*, op. cit., p. 85.

fenómeno, ya que un tal «Derecho penal del enemigo» existe en la realidad y su aplicación es común. Sobre ello, nadie ha mencionado dudas en ninguna ocasión. Estas características del «Derecho penal del enemigo» pueden encontrarse también en la armonización del Derecho penal por la UE⁴¹.

Ahora bien, independientemente de las tesis que se pudieran proponer existen medidas o acciones para la lucha contra la delincuencia organizada, como lo es la creación de la EUROPOL, que en los primeros años fue muy poco independiente, ya que se dedicaba a recabar información «pasiva»; es decir, información que ya había sido explotada por la institución estatal y que con posterioridad enviaba voluntariamente dicha información. En vista de las carencias, han propuesto sugerencias de soluciones que surgieron a la vez que se empezaba a apreciar su conocimiento de la problemática criminal de la UE. Con ello, la EUROPOL adquirió argumentos convincentes para despertar la confianza de las Fuerzas de Seguridad y solicitar información «activa», es decir, información actual que se estaba explotando, gracias a lo cual pudo coordinar investigaciones conjuntas, reforzando así su papel, con vistas a elaborar una mejor inteligencia y proponer procedimientos de actuación comunes, entre otras cosas⁴². Los informes presentados por EUROPOL, con el tiempo, lograron consolidarse como documentos destinados a evaluar las amenazas más actuales que tenían la UE; tales documentos se centraban en los resultados de los trabajos operativos en curso en diferentes ámbitos delictivos⁴³.

Con el tiempo, la EUROPOL se ve reforzada, recibiendo información más cualificada y adoptando los procedimientos más efectivos. Y, en respuesta, empieza a elaborar mejor inteligencia, como los informes estratégicos sobre la amenaza del crimen organizado denominado «OCTA» (2006)⁴⁴. De esta manera, y con el respaldo de la UE, la EUROPOL se consolida y se convierte en la piedra angular de la inteligencia policial de la UE⁴⁵. La estrategia actual de EUROPOL (2010-2014) define tres objetivos principales: 1) convertirse en el principal centro de apoyo para las operaciones de las Fuerzas de Seguridad de la UE; 2) constituirse en el centro de información

41 VORMBAUM, Moritz, «El desarrollo de la Unión Europea», op. cit., p. 104.

42 GAMA DORDIO, Juan, «Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea», en CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, pp. 42-43. / Referido al desarrollo del EUROPOL, véase con mayor detalle la *web* www.europol.europa.eu, existe un documento titulado «Ten years of Europol. 1999-2009».

43 Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004, p. 6.

44 OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL.

45 GAMA DORDIO, Juan, «Lucha contra el crimen organizado», op. cit., p. 43.

criminal de la UE; y 3) aumentar sus capacidades como centro de referencia de procedimientos de las Fuerzas de Seguridad de la UE⁴⁶.

Otra de las acciones tomadas por la UE es la creación de EUROJUST⁴⁷, que es uno de los mecanismos actuales de combate que se libra mediante el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia penal. Es en este campo donde la política de la UE, reforzada con el Tratado de Amsterdam, ha dado un giro substancial, superando una orientación hacia la mera integración económica, para tomar consciencia de la necesaria aproximación en la materia de seguridad y justicia⁴⁸. EUROJUST supo mostrar su eficacia mediante un refuerzo real de la cooperación operativa judicial entre los 27 Estados Miembro, obteniendo éxitos significativos, reconociéndose la calidad y rapidez en el tratamiento de los asuntos. No obstante, el desarrollo de EUROJUST debe ir acompañado de una aclaración y un refuerzo de las funciones de los miembros nacionales y de una mayor competencia del Colegio⁴⁹.

Una limitante de los MN (Miembros Nacionales) dentro de la estructura de EUROJUST es que raramente tienen competencias para actuar junto con sus autoridades nacionales. Sólo algunos EM (Estados Miembro) permiten a sus MN ordenar la apertura de una investigación, si bien la mayoría de los MN pueden sugerir la creación de un ECI (Equipo Conjunto de Investigación), mientras que muy pocos pueden negociar la creación de tal equipo, y aun menos imponerlo. Más de la mitad

⁴⁶ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION 6517/10, *Europol Strategy 2010 – 2014*, Brussels, 22 February 2010.

⁴⁷ El Consejo Europeo de Tampere creó EUROJUST: de acuerdo a la conclusión 46: «para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de la policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de EUROPOL, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice el 2001.», Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada», op. cit., p. 226.

⁴⁸ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Criminalidad organizada», op. cit., p. 228.

⁴⁹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Europa y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la Unión Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2007, p. 2.

de los MN dispone de competencias judiciales en su país de origen⁵⁰. Dentro de las mejoras posibles se considera que es necesario definir una base común de competencias mínimas. El papel de los MN no es suplantar los servicios ministeriales o jurisdicciones nacionales que administran a diaria las solicitudes de asistencia mutua penal internacional. Los MN tienen vocación de intervenir a nivel operativo, jurídico y técnico, poniendo su experiencia práctica también al servicio de la mejora de la eficacia de asistencia mutua y otras formas de cooperación⁵¹.

Actualmente, la cooperación judicial en materia penal entre EUROJUST y la Red Judicial Europea (RJE) ha facilitado la cooperación judicial entre los EM gracias a su estructura horizontal y flexible. Por esta razón, el punto de contacto nacional previsto por la Acción Común sería también el corresponsal nacional del MN de EUROJUST en su país. Este corresponsal nacional, situado en el territorio nacional, sería miembro del equipo del MN de EUROJUST. Gestionaría con las autoridades judiciales nacionales los distintos puntos de contacto distribuidos en el territorio nacional y sería el enlace en materia de política de comunicación de Eurojust en el territorio nacional. Sería asimismo, el representante nacional de los puntos de contacto para los intercambios con la Secretaría de la RJE. El corresponsal nacional sería competente para ayudar a los otros corresponsales en su territorio en caso de dificultad. Este punto de contacto nacional sería el contacto privilegiado del MN de Eurojust en su territorio, sin que ello ponga en cuestión la norma de la comunicación directa del MN con sus autoridades judiciales encargadas de los procedimientos, lo cual constituye un factor fundamental de eficacia. Esta estructura ya existe en algunos países y ha dado pruebas de su eficacia, por lo que la Comisión desea generalizarlo⁵².

EUROJUST tiene como objetivo, la coordinación entre las autoridades judiciales nacionales en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo. Sin embargo, a pesar de los progresos alcanzados desde su creación, aún está lejos de alcanzar los objetivos previstos. Los medios jurídicos y los recursos económicos de que dispone EUROJUST son escasos; y también son diferentes los compromisos de los

50 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la Unión Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2007, p. 3.

51 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la Unión Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2007, p. 4.

52 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Sobre el papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo en la Unión Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2007, p. 7.

estados miembros, pues en algunos países las leyes no promueven suficiente cooperación judicial. El CESE (Comité Económico Social Europeo) propone que, a través de EUROJUST, se desarrollen eficazmente las labores de investigación conjunta de los jueces y los fiscales en la UE en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. La información de las investigaciones nacionales se debe transmitir a EUROJUST, que debe crear una buena base de datos europea⁵³.

Para esto también se crea la Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD), que tiene como objetivo la prevención de la delincuencia a escala de la Unión, para incluir en ella todas las medidas que persigan reducir o que contribuyan a reducir la delincuencia y el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos, tanto cuantitativa como cualitativamente, bien mediante la disuasión directa de las actividades delictivas o mediante políticas y acciones orientadas a reducir el potencial de la delincuencia y sus causas⁵⁴.

2.3. Evolución del delito de organización criminal en España

Los delitos de asociación ilícita en España tienen sus más remotos antecedentes en los Capítulos IV y VII del Título III Código penal de 1822, esto es: los preceptos relativos a la «facciones, «parcialidades», confederaciones», «reuniones» y «cuadrilla de malhechores». Éste último, en efecto, plasmado en los arts. 338 a 349, constituye el precedente más genuino de la asociación criminal⁵⁵.

53 DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre «la participación de la sociedad civil en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo», (2006/C 318/26), Diario Oficial de la Unión Europea, 2006, p. 151.

54 DECISIÓN 2009/902/JAI DEL CONSEJO, Por la que se crea una Red Europea de la Delincuencia (REPD) y se deroga la decisión 2001/427/JAI, Diario Oficial de la Unión Europea, 2009, (art. 2).

55 «Los autores, jefes, directores o promotores de algunas de estas cuadrillas, aunque no lleguen a cometer otro delito, serán castigados con pena de dos a seis años de obras públicas. Los demás, que a sabiendas y voluntariamente tomaren partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán siempre a los malhechores de la cuadrilla, sin perjuicios de que unos y otros sean castigados además con las respectivas a cualquier otro delito que cometieren: excepto cuando la ley imponga a este delito un aumento determinado de pena por razón de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicaran las disposiciones del presente artículo». Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, BOSCH, Barcelona, 1978, p. 17. Cuadrilla de malhechores art. 339 / Por otra parte RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho penal español, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1975, p. 653, hace mención a la primera parte del Cap. IV del Título III, referido a los arts. 315 y sig. En él se castigaba a los que celebraren conciertos contra alguna persona «o para conseguir por la

Posteriormente, el Código de 1848, siguiendo la línea de los Decretos de 1824 y 1825, hace de la sociedad secreta núcleos de sus tipos en materia⁵⁶. Dedicó dos secciones a los delitos de asociaciones ilícitas; la primera, referida a las «sociedades secretas»; la segunda, a las «demás asociaciones ilícitas»⁵⁷. La Reforma de 1850 introduce el art. 210, según el cual los jefes y asociados de las sociedades «secretas» recibirían las mismas penas que los «conspiradores», si aquéllas perseguían la comisión de algunos de los delitos previstos en los Capítulos I y II del Título III, condenándolos como autores de los mismos delitos, en grado de tentativa o frustración, en los demás casos. Pero lo cierto es que la Reforma de 1850 es la que plantea, por primera vez, la conexión entre asociación y la conspiración; la primera también que acude al «objeto» real de la asociación para fijar las penas de sus miembros⁵⁸.

fuerza que domine alguna facción» y a los que «so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías u otras corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del gobierno», «los individuos que sin licencia del gobierno formaren alguna junta o sociedad» fuera de las «establecidas o autorizadas por las leyes», etc. / Del mismo punto parte MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, p. 121. / Con mayor detalle Vid. ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, 1965, pp. 263 y sig. / SAINZ CANTERO, José Antonio, «Informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822», *ADPCP*, 1967, pp. 509 y sig. / CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», *ADPCP*, 1977, pp. 83 y sig.

56 Los tipificaban de la siguiente manera art. 202 a 204: «Son sociedades secretas; 1º aquellas cuyos individuos se ponen con juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización interior; 2º los que en las correspondencias con sus individuos o con otras asociaciones se vales de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos». Por su parte, según el art. 205, «es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúnan diariamente, o en días señalados, para tratar asuntos religiosos, literarios o de cualquier otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública, o se faltase a las condiciones que ésta le hubiere fijado». Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica*, op. cit., pp. 121-122.

57 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 25.

58 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 26-27. / También hacía alusión a las sociedades secretas en el art. 207 del Código penal establece lo siguiente: «son sociedades secretas: 1º aquellas cuyos individuos se imponen con su juramento o sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones, o su organización interior; 2º Las en correspondencia con sus individuos, o con otras asociaciones, se vales de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos». Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo III, Burgos, 1874, p. 260.

En el Código de 1870 se produce un cambio de orientación; ahora la preocupación no son las sociedades secretas, sino los abusos o extralimitaciones en el ejercicio del derecho de asociación, reconocido por el art. 17 de la Constitución de 1869. El art. 198 del Código penal lo recoge de la siguiente manera: «se reputan de asociaciones ilícitas: 1º las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública; 2º las que tengan por objeto cometer algunos de los delitos penados en este Código». Ambos preceptos son acogidos más tarde, literalmente, en el Código de 1932, en los art. 185 y 186-2º⁵⁹. Constituye también el antecedente legislativo por excelencia y el esqueleto del sistema español de las asociaciones ilícitas⁶⁰.

Desde 1870, y hasta la entrada en vigor del Código penal de 1928, se dictaron una serie de disposiciones especiales, de diverso rango normativo y significado, sobre las asociaciones ilícitas⁶¹. El Código penal de 1928 carece de regulación genuina; su art. 268 se remitía a una ley especial que enumeraría y penaría los delitos «cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la constitución». Entretanto, de manera provisional, deberían seguir en vigor los arts. 198 y siguientes del Código penal de 1870, pero como tal ley no llegó a promulgarse, lo provisional se convirtió en definitivo⁶².

Con la guerra civil de 1936-1939 proliferan las disposiciones legales en sentido amplio que incriminan conductas relacionadas con el derecho de asociación⁶³. En 1936, por la convulsión del contexto, la legislación penal experimentó profundas transformaciones que en el orden político afectaron a una serie de partidos, agrupaciones u organizaciones, y por esta razón la postguerra se caracterizó por un extremado rigor, ya que el bando militar extendió la declaración del estado de guerra a todo el territorio nacional; consideraba a quienes celebrasen «cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la autoridad, y a quienes asistiesen, como reos del delito de rebelión militar (por equiparación), lo cual permitía llegar incluso a la pena de muerte»⁶⁴.

59 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica*, op. cit., pp. 122-123.

60 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 27. / RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 653. / FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Murcia, 1948, pp. 116-118.

61 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 36.

62 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 39.

63 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la ley orgánica*, op. cit., p. 123.

64 RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «La reciente reforma penal del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 julio)», *ADPCP* 1976, p. 210.

La Ley penal de 29 de marzo de 1941 nace para suplir deficiencias de la legislación, superada por nuevas circunstancias, referidas a repercusiones públicas y sociales necesitadas de atención normativa. Estuvo en vigor hasta el 18 de abril de 1947, aplicándose efectivamente⁶⁵. El Código penal de 1944 tipifica «delitos contra la seguridad interior del Estado». El legislador amplió el catálogo de asociaciones ilícitas, incorporando nuevos números en el art. 172, es decir, «las prohibidas por autoridad competente» (3º) y las que se declaran ilícitas porque se constituyen «sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley» (4º). Además se instauran dos incriminaciones semejantes, en apariencia, como son la conspiración y la asociación ilícita⁶⁶.

Las reformas posteriores al Código de 1944 han introducido cambios meramente terminológicos, la primera de ellas tiene lugar en 1957, aunque cabe cuestionar si afectó o no a los delitos de asociaciones ilícitas. Nos referimos propiamente al Decreto Ley de 22 marzo de 1957, que introdujo el art. 268 *bis*⁶⁷. En consecuencia el mencionado artículo establece una autentica presunción de jefatura, cuando no se pueda identificar a los jefes.

Posteriormente, aparece la figura básica de bandolerismo, que se describe en el apartado del artículo sexto del decreto de 1960 procede pues del decreto de 18 de abril de 1947, en el que constituía el artículo quinto con el siguiente tenor: «Los que apartándose ostensiblemente de la convivencia social, o viviendo subrepticamente en los núcleos urbanos, formaren partidas o grupos de gente armada para dedicarse al merodeo, al bandidaje o la subversión social. » Se impone la pena capital, como pena única, al jefe de la partida en todo caso y a los componentes de la misma que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con la pena de muerte en el decreto⁶⁸. Las figuras de bandolerismo del artículo sexto del

65 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 44-56.

66 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 48.

67 El cual tipificaba: «cuando en la comisión de delitos colectivos comprendidos en el presente título no aparecieren los jefes, promotores, organizadores o directores, y no halla precepto especial que atribuya esa condición, se reputarán por tales, en cada caso, el mas carecterizado entre los enjuiciados y, en igualdad de condiciones, el de más edad. La carecterización a que alude el parágrafo anterior se refiere a los que ejercieren los actos de representación o dirección y, en su defecto, a la condición, conducta y antecedentes, a juicio de los Tribunales, en relación con la naturaleza y circunstancias del hecho». *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 58.

68 BARBERO SANTOS, Marino, «El bandolerismo en la legislación vigente», en *ADPCP*, 1970, fasc. II, p. 255.

decreto de 21 de septiembre de 1960 constituyen una modalidad de sujeto activo pluripersonal a la que se suele denominar delitos de convergencia. Se designan así porque la actividad de los distintos sujetos es de idéntico signo y se dirige hacia el mismo fin⁶⁹.

Por otro lado, una reforma importante es la de 8 de abril de 1967, que afectó sólo el último párrafo del art. 174-1º, y supuso un notable endurecimiento de la penalidad. Con posterioridad, la reforma de 15 de noviembre de 1971 (Ley 44/71) sólo hace retoques de orden técnico: suprime la pena de destierro y multa del párrafo cuarto del art. 174-1º; y también en el párrafo penúltimo del mismo artículo se añaden términos imprecisos, como el de «ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional». También se extiende la forma de incriminación referido a la cooperación que se amplía no sólo económica sino «de cualquier otra índole». La Ley 42/71, de 15 de noviembre, adicionó, entre otros artículos, el 294 *bis d*), que confirió a la jurisdicción castrense la solución de conflictos de competencia entre la misma, y a la jurisdicción ordinaria el conocimiento en materia de delitos de terrorismo. En cuanto a la Reforma de 28 de noviembre de 1974, sólo se dio un endurecimiento respecto a las cuantías señaladas en las penas de contenido económico. Hasta el D. L. 10/75, de 26 de agosto, sobre prevención de terrorismo, concurrían a la calificación de las asociaciones de tal naturaleza los preceptos del Código penal y los del Código penal militar⁷⁰.

Podría afirmarse, que el D. L. de 1975 es la fase embrionaria de la lucha contra el terrorismo en España. La dureza de las sanciones era característica de dicho D. L., por lo tanto la ineludible dureza de las sanciones respondía a la entidad del crimen y a la contingente fuerza disuasoria de su conminación⁷¹. Asimismo se introduce la novedad de incriminar determinadas conductas que, o bien no tenían sustantividad independiente de los diversos supuestos de participación en otros delitos, o bien constituían omisiones⁷². Si bien el D. L. es una ley de emergencia para contrarrestar el terrorismo, también incluye a las asociaciones ilícitas en su art. 4⁷³.

69 BARBERO SANTOS, Marino, «El bandolerismo en la legislación vigente», op. cit., p. 259.

70 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 58-65.

71 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo», en *Nuevo Pensamiento Penal (RDGP)*, nº 12, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 578.

72 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto», p. 578.

73 Textualmente se tipifica en el artículo 4, que deja «declarados fuera de la ley los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o

El D. L. de 1975 tuvo una efímera existencia, ya que fue sustituido por otro D. L. de 26 de agosto de 1976, el cual parcialmente motivó el cese de su vigencia, al derogar y reformar diversas de las disposiciones de aquél. Además no sólo revisó su contenido sustancial sino que también pasó a regular la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo⁷⁴. Dicha competencia se establecía en el art. 1 del D. L 18 de febrero de 1976⁷⁵.

Sobre dicha Reforma, acertadamente POLAINO NAVARRETE plantea la problemática de la retroactividad que surgiría en la vigencia de ambos Decretos, ya que efectivamente, si se entendían los aludidos Decretos-leyes antiterrorismo como meras disposiciones penales especiales, que conminan con muy cualificadas sanciones penales determinadas conductas, el planteamiento de la interrogante suscitada –sobre la retroactividad penal favorable– carecería en todo caso de sentido problemático en cuanto sucesión de disposiciones penales homogéneas⁷⁶. Cabe resaltar también que durante el lapso de vigencia de estos Decretos-leyes se produjo una suspensión de

empleen la violencia como instrumento de acción política o social, los que organizaren o dirigieren estos grupos, los meros afiliados y los que, mediante sus aportaciones en dinero, medios materiales o de cualquier otra manera auxiliaren al grupo u organización incurrirán respectivamente en el grado máximo de las penas previstas en el Código penal para las asociaciones ilícitas de aquella naturaleza. A quienes, por cualquier medio, realizaren propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades, se les impondrá la pena correspondiente a tal delito en su grado máximo». *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto», p. 579.

74 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto», p. 585.

75 Art. 1: «El enjuiciamiento de los delitos de terrorismo corresponderá a la jurisdicción ordinaria, salvo que se den conjuntamente las siguientes condiciones: 1º) que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organizaciones de tipo militar; 2º) que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público. En este caso, el conocimiento de tales delitos corresponderá a la jurisdicción militar». *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto», p. 584.

76 Ello porque el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna habrá de sustentar su incontrovertible vigencia aun en los supuestos excepcionales de sucesión de leyes penales temporales, cuando la sucesión legislativa se produzca entre leyes penales homogéneas de carácter extraordinario y temporal, pero no entre una ley temporal y el Código penal, pues en tal caso no habría sucesión legislativa ni determinación de temporalidad de la vigencia de la ley penal, sino una mera proclamación de aquélla como un *nullum* jurídico a plazo determinado o determinable. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto», p. 587.

En 2003, el artículo 515 del CP experimentó una ampliación su ámbito delictivo, con una nueva redacción que se introducía en el apartado 1º del mismo, en el que se describe una primera hipótesis de las conductas constitutivas de asociaciones ilícitas, donde antes la norma penal decía: «Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión», cambiando el tenor del tipo penal por el siguiente: «Las que tengan por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada»⁸⁴.

Posteriormente con la Reforma de LO 5/2010 se ha introducido un nuevo Capítulo VI dentro de los delitos contra el orden público, dedicado a las organizaciones y grupos criminales, que establece diferencias entre las organizaciones y los grupos criminales (arts. 570 *bis*, 570 *ter*, 570 *quáter* CP), y del que materia de nuestro estudio será el 570 *bis*, que está referido al delito propio de organización criminal, el cual lo tipifica de la siguiente manera⁸⁵: «1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas»⁸⁶. La Reforma penal de 2015 mediante LO 5/2015 de 31 de marzo, mantiene el concepto esencial del delito y sólo deroga las «faltas reiteradas» y mantiene «fin de cometer delitos».

Actualmente, en España, los datos sobre criminalidad organizada son preocupantes; además de la actividad de grupos terroristas, se ha detectado un importante

84 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Reforma penal española de 2003: Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 45.

85 LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.), *El nuevo Código penal, comentarios a la Reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 677-678.

86 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, nº 152, miércoles 23 de junio de 2010.

incremento tanto cualitativo como cuantitativo de las bandas criminales que operan en España, llegando a constituir un punto de entrada y tránsito de drogas hacia otros Estados europeos, en razón de su situación geográfica⁸⁷. Dentro de las principales actividades delictivas realizadas en España, se encuentran el narcotráfico, los delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico y blanqueo de capitales. Otras actividades delictivas son las rutas y redes de inmigración, la trata de seres humanos y las falsificaciones documentales, aunque actualmente hay otro tipo delictivo integrada a las anteriores que es el «cibercrimen»⁸⁸.

Frente a los principales delitos antes mencionados, España destaca seis ejes prioritarios en la lucha contra el crimen organizado, en el proyecto de una estrategia de 2011-2014, cuales son⁸⁹:

- 1) Potenciar la inteligencia contra el crimen organizado, que tiene como objetivo intercambio de información inteligencia y evaluación;
- 2) Atacar la economía del crimen organizado, accediendo a los registros de cuentas bancarias y rastreo de operaciones financieras.
- 3) Atacar las principales actividades del crimen organizado, como ser el narcotráfico, la corrupción, el blanqueo de capitales, el «cibercrimen», el tráfico y trata de seres humanos, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el fraude tributario, bien así la falsificación del euro y documentos;
- 4) Reforzar la capacidad operativa de la policía y de la guardia civil, con desarrollo de agentes encubiertos, protección de testigos, orden europea de detención, y equipos conjuntos de investigación;

87 DELGADO MARTÍN, Joaquín, op. cit., p. 23. / España es el país europeo que registra la mayor cantidad de decomisos de estupefaciente y precursores, y que dejan evidencias de que tiene lugar una importante actividad de blanqueo de capitales por parte de mafias de diversas nacionalidades. Vid. SERRANO-PIEDRACASAS, José Ramón, «Respuesta penal al crimen organizado», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, «*Universitas vitae*» Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 765-766. / El papel que juega la Península Ibérica por su situación geográfica es clave para las organizaciones criminales. Vid. OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL, p. 13.

88 Lucha Contra el Crimen Organizado, *Balance 2010 y estrategia Española 2011-2014 contra el crimen organizado*, 2011, p. 1. (www.interior.gob.es).

89 Lucha Contra el Crimen Organizado, *Balance 2010 y Estrategia española 2011-2014 contra el crimen organizado*, 2011, p. 11-18. (www.interior.gob.es).

- 5) Impulsar la coordinación y cooperación internacional, como EUROPOL, EUROJUST, OLAF y estados miembros;
- 6) Fomentar la participación del sector público y privado afectado.

3. Importancia de la organización dentro del Estado desde la óptica sociológica

Hemos de observar la importancia que la organización tiene dentro de una sociedad y cómo influye en las personas, pues constituye un dato para entender el grado de peligrosidad e influencia que puede llegar a alcanzar la utilización de este tópico de una manera desviada dentro la sociedad, esencialmente cuando se orienta dicha creación a organizaciones con finalidades delictivas.

En el aspecto organizacional, la sofisticación propia de las sociedades contemporáneas representa una singular peculiaridad, debido a la característica polifacética inherente a la organización multifacética, y al elevado número de formaciones sociales complejas, consistentes en fines racionalmente constituidos y que además han ido surgiendo en los campos más importantes de la vida, como en las empresas, los hospitales, las prisiones, las escuelas, las universidades, los departamentos de administración, las grandes unidades militares y las iglesias. También pertenecen a estas formaciones las asociaciones, ya sean partidos, sindicatos, asociaciones profesionales, económicas y víctimas de la guerra o de exiliados⁹⁰. Los tipos de organizaciones que se denominan organizaciones formales tienen una planificación y una finalidad, además de contar con una división de trabajo, dentro de las cuales emergen las organizaciones informales, que son las relaciones sociales que nacen entre los que integran la organización formal; la complejidad de las organizaciones formales se han enfatizado tanto porque están hechas por el hombre, mientras que, por otro lado, la complejidad de una organización social ha ido evolucionando lentamente⁹¹.

Las organizaciones son importantes y tienen especial trascendencia, puesto que la gente pasa mucho tiempo en ellas, tanto las personas adultas como los propios

90 MAYNTZ, Renate, *Sociología de la organización*, Alianza, Madrid, 1990, p. 11.

91 BLAU, P. M. / SCOTT, R. W., «El concepto de organización formal», en RAMÍO, Carles / BALLART, Xavier, *Lecturas de teorías de la organización, la evolución histórica del pensamiento organizativo, los principales paradigmas teóricos*, vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP), 1993, pp. 406 y sig.

niños; así, las personas adultas destinan más de una tercera parte de su tiempo en organizaciones (*v. g.*, empresas, instituciones públicas o privadas), y los niños, por su parte, destinan casi el mismo tiempo en centros educativos⁹².

Por todo lo anterior, las organizaciones constituyen elementos fundamentales con los que se construye la sociedad actual, además de que representan los vehículos principales a través de los cuales se desarrolla la acción colectiva. Cuando los grupos de intereses y las clases sociales realizan acciones colectivas, lo hacen utilizando organizaciones; a su vez, el Estado es en sí mismo un aparato organizacional. Las organizaciones se infiltran en nuestras vidas, y tendemos a considerar su existencia como algo dado. La mayor parte de las vidas de las personas sólo se puede describir en términos de sus relaciones con organizaciones por cuestiones como haber nacido en un hospital, educado en escuelas, empleado por una empresa –institución pública o privada–, cuidado por la organización sanitaria, e incluso entretenido por ciertas organizaciones⁹³.

El posicionamiento de las organizaciones se sitúa como fenómeno clave de nuestro tiempo, ya que convierte a la política, las clases sociales, la economía, la tecnología, la religión y la familia en variables dependientes. Las organizaciones son la base de la sociedad⁹⁴. Es tal la influencia social de las organizaciones que las mismas han llegado a constituir parte esencial en nuestra vida cotidiana en sociedad, en base al hecho de que prácticamente todos, directa o indirectamente, somos parte o tenemos un vínculo con alguna organización, cualquiera sea su índole o naturaleza, ya sea en situación de empleador, obrero, estudiante, profesor, sacerdote, político, etc. Por esta razón, la organización tiene su sello implícito en nuestra realidad, y nosotros la aceptamos sin cuestionarla. Ahora bien, si trasladamos todas las cualidades de la organización y su relevancia dentro la sociedad, y orientamos todo su sistema estructural hacia la creación de una organización criminal, podremos tener una idea del grado de riesgo y peligrosidad que conlleva el hecho de materializar un proyecto de organización criminal en una sociedad.

92 MARCH, James G. / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, Ariel S. A., Barcelona, 1987, p. 2.

93 RODRÍGUEZ, Josep A. / GUILLÉN, Mauro F., «Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea», *REIS*, nº 59, 1992, p. 10. *Vid.*, en el mismo sentido respecto a nuestra relación con las organizaciones y su existencia, MAYNTZ, Renate, *op. cit.*, p. 12.

94 PERROW, Charles, «Una sociedad de organizaciones», *REIS*, nº 59, 1992, p. 19.

4. Medios que utiliza la criminalidad organizada

El crimen organizado puede tomar formas diversas, además puede adoptar métodos de acción, de estrategias operativas y de tácticas variadas, así como ofrecer trazos característicos variados tales como la intimidación, la violencia, el terror, la corrupción, como método estratégico o táctico. Una organización interna altamente estructurada también se puede valer de una forma legal de sociedad para proteger a sus miembros, especialmente los dirigentes, en otros casos, a través de la utilización de sociedades ficticias, que otorgue una apariencia de legalidad y una aparente integración en el cuerpo social⁹⁵.

Una organización criminal, necesita tener el férreo control del mercado ilícito que obtiene sus beneficios, por lo que suele mostrarse inflexible a la hora de cometer los delitos que a tal fin estime necesarios, lo que implica tanto la comisión de un mayor número infracciones penales como la frecuente utilización de medios muy violentos⁹⁶, cuales son la coacción y las amenazas, que frente a otros medios sofisticados constituyen unos medios prácticos y eficaces de ejercicio de la intimidación y la violencia.

Ciertamente, la criminalidad organizada hace un uso sistemático de la violencia, tanto interna como externa, esto es, bien en sus relaciones al interior de sus miembros, para mantener la cohesión del grupo o resolver conflicto, bien en sus relaciones con el mundo exterior, para cometer delitos propios de su actividad ilícita, en la aplicación de violencia contra otras organizaciones criminales y contra autoridades o de represión para favorecer su impunidad. Las amenazas, las coacciones, las lesiones, los homicidios son delitos propios de los códigos de conducta de la criminalidad organizada que se sirve de lo que se denomina método mafioso, es decir, intentar someter al más débil⁹⁷.

La violencia constituye un medio de desarrollo tradicional de los grupos criminales, y su utilización tiene diversos objetivos, atendiendo a las víctimas u objetivos a quienes va dirigida, además cumple fines disciplinarios cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones, fines defensivos cuando se dirige a miem-

95 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 613. (nota al pie 8).

96 DELGADO MARTÍN, Joaquín, op. cit., p. 26.

97 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, op. cit., p. 138.

bros de instituciones públicas, agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones, y fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias para el desarrollo del negocio ilegal⁹⁸. También cuando las organizaciones criminales siguen normas subculturales, una especie de «convenio tácito», cuando cada miembro está obligado a una absoluta lealtad frente al sindicato. No está permitido a ningún miembro informar sobre cualquier asunto a la policía u otras autoridades o, incluso, buscar refugio o consejo en las autoridades⁹⁹, situación ésta que los dejaría expuestos; y para prevenir eso utilizan la violencia como método de control directo, por ejemplo para hacer callar a un potencial testigo, o como método de control indirecto para imponer un castigo ejemplar a un miembro por quebrantar las normas del grupo y para intimidar, de esta manera, a potenciales violadores de las normas¹⁰⁰.

Después de la violencia, como medio utilizado por las organizaciones criminales, se presenta la corrupción, que en el contexto de la globalización se transforma en un fenómeno extensivo, expresivo de que la desaparición progresiva de las fronteras ha supuesto en los últimos años un incremento del libre comercio y la paulatina desaparición de las restricciones impuestas al mismo por la legislación de los Estados. Podemos considerar que dicha globalización ha supuesto indudables mejoras para las sociedades humanas, particularmente en los países desarrollados, pero ha permitido también el agravamiento de las características de algunos fenómenos delictivos, y, en particular, de la corrupción¹⁰¹, la cual se manifiesta en tres fases, cuyo principal matiz es el daño económico¹⁰².

98 GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, p. 15.

99 SCHNEIDER, Hans Joachim, «Recientes investigaciones criminológicas sobre criminalidad organizada», en *RDPC*, Madrid, 1993, p. 728.

100 SCHNEIDER, Hans Joachim, «Recientes investigaciones criminológicas, op. cit., p. 729.

101 CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás / FABIÁN CAPARRÓS (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2004, p. 213.

102 Si se observa desde una perspectiva institucional un contrato corrupto, en la línea del tiempo se puede identificar tres fases; la iniciación del acuerdo, que culmina con el pago de un soborno o la entrega de un beneficio no monetario, seguida por la ejecución del acuerdo, que en el mejor de los casos termina con la entrega del *quid pro quo*. Por último, la fase post-contractual, ya que ambas partes conservan informaciones que podrían causar daño a la otra. *Vid.*, con mayor detalle BOEHM, Frédéric / LAMBSDORFF, Johann Graf, «Corrupción y anticorrupción:

La corrupción¹⁰³, tal como ha sido entendida usualmente, ha variado también sus características esenciales en función de los tiempos actuales. La corrupción moderna opera más en los mercados financieros y responde a la descripción de conductas de tipos penales más modernos, como el de tráfico de influencia y el de abuso de información privilegiada. Este fenómeno, unido a la creciente confusión de intereses entre el sector público y el privado, ha permitido que la corrupción se haya convertido en un fenómeno sistémico, donde los comportamientos rebasan la esfera personal o individual del funcionario, para convertirse en un mecanismo regular o habitual de la asignación presupuestaria y de la contratación pública que compromete el proceso de adopción de decisiones de las instituciones democráticas¹⁰⁴.

Y es que la corrupción es un fenómeno tan antiguo como la vida en comunidad y que políticamente pueda ser la vía más rápida para llegar al poder es característica que pertenece a este género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba¹⁰⁵. Se adquiere, de esta manera, un mayor riesgo para el Estado democrático, especialmente cuando hablamos de corrupción

una perspectiva neo-institucional», *REI*, vol. 11, nº 21, segundo semestre 2009, pp. 45-79. / En el mismo sentido, TANZI, Vito / DAVOODI, Hamid, «Corrupción, inversión pública y crecimiento», *GAPP*, nº 21, mayo-agosto de 2001, pp. 73-82.

- 103 De acuerdo con CACIAGLI, hay corrupción si un titular de derechos y deberes públicos los aprovecha para ganar una posición de status, para una ventaja personal o para una ventaja financiera privada para sí mismo, para su familia, para los grupos profesionales, para el partido. En su opinión, lo fundamental es que las decisiones políticas se intercambien con dinero, también con otros recursos, pero que tengan el valor del dinero *Vid.* CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 54. / Para N. QUELOZ, citado por CÉSAR HERRERO, la corrupción representa un proceso criminal específico, distinto en sí, de la criminalidad organizada (en general), del blanqueo de dinero o de la financiación ilegal de partidos políticos (en particular); aunque, a veces pueden existir lazos estrechos entre las actividades, según las circunstancias. Cuando tales vínculos están entrelazados, la corrupción representa entonces una forma de violencia dulce (...) en Cfr. HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 621. / *Vid.* también MUSACCHIO, Vincenzo, «Corrupción política y criminalidad organizada: peligrosas conveniencias», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.
- 104 CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización», op. cit., p. 217. / *Vid.*, sobre las causas que motivan la corrupción, especialmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Iniciativas internacionales contra», op. cit., pp. 7 y sig.
- 105 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Iniciativas internacionales contra», op. cit., p. 6.

política¹⁰⁶; la explosiva mezcla de crimen organizado y corrupción política es, probablemente, el mayor riesgo actual para la gobernabilidad de nuestras sociedades.

Consciente de este elemento, y con miras a mejorar la prevención de la delincuencia organizada, la UE realiza el desarrollo y la aplicación de una política anticorrupción global que incluya medidas de Derecho penal, la promoción de los principios éticos y de integridad en la Administración pública, un mejor control de las políticas nacionales de anticorrupción. Además, otras normas y obligaciones internacionales son esenciales y oportunos para aplicar eficazmente el Convenio de la ONU contra la corrupción¹⁰⁷.

5. Paradigmas estructurales de la criminalidad organizada

Como mencionamos anteriormente, una de las características de la criminalidad organizada es su estructura, así como el alto grado de organización. Las diferentes descripciones varían, desde los grupos con estructura jerárquica compleja y trascendente a más o menos redes permanentes, a grupos organizados horizontalmente o a grupos de proyectos. Tres son, pues, los enfoques que se pueden distinguir de acuerdo con que los grupos delictivos organizados se estructuren jerárquicamente, de forma horizontal o como una red de individuos o de células¹⁰⁸.

A pesar de la apariencia de estos grupos de delincuencia organizada, debe destacarse que los grupos poderosos jerárquicos continúan ocupando posiciones cla-

106 VILLORIA MENDIETA, Manuel, «Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias», en CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa-España, nº 48, 2012, p. 63.

107 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada*, Comisión de las Comunidades Europeas, 2005, p. 5. / DECISIÓN Nº 26/2004 DEL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2004. / DECISIÓN DEL CONSEJO, sobre la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio establecido sobre la base del artículo K. 3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea.

108 Cfr. «European Union Organised Crime Situation Report 2000, Diciembre 2001», p. 7.

ves dentro de la delincuencia organizada en la UE. La mayor flexibilidad, en todo caso, le vendría exigida para poder implicarse en diversas actividades delictivas de acuerdo con las oportunidades que se le presentan y con el equilibrio entre el alto rendimiento y bajo riesgo del acto delictivo¹⁰⁹. Podríamos aventurarnos a decir, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos frente a una verdadera metamorfosis de lo que es este fenómeno de la criminalidad organizada, esto debido a su variedad organizativa que presenta y que con el tiempo ha ido evolucionando y que han sido identificadas como: estructura jerárquica, horizontal y celular o de red.

5.1. Estructura jerárquica

Las estructuras jerárquicas son vinculadas propiamente a menudo con las organizaciones de tipo mafioso. En este caso, cabe apreciar diferentes niveles de organización que en ellas se pueden reconocer; por lo general, se hace referencia a la parte superior, a la media, y a los niveles de fondo¹¹⁰.

En el nivel superior, se encuentran los dirigentes o líderes del grupo que toman las decisiones del mismo, funcionales, organizativas etc. Por lo general, no participan en la comisión material de los delitos del grupo y, además, en muchos casos, son personas de prestigio y reconocimiento social, pues a menudo actúan en la vida legal como empresarios o políticos. La elección de los integrantes de este nivel puede proceder de diferentes fuentes, como la superioridad física o las relaciones familiares o de amistad. Habitualmente se rodean de asesores, como economistas, abogados o informáticos¹¹¹. El crimen organizado no tiene cara, es decir, no existe una cabeza o jefe visible: se mezclan la ilegalidad y la legalidad. Podría denominarse a esta instancia como el centro de decisiones, ya que es aquí donde se toman los acuerdos nacionales e internacionales¹¹².

109 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 624 / En este sentido escoge sus actividades ilegales pretendiendo minimizar en lo más posible tanto el riesgo de ser descubiertas y procesadas como los esfuerzos y gastos necesarios para tal motivo y, a la vez, maximizar lo más rápida y fácilmente los beneficios. *Vid.* SCHNEIDER, Hans Joaquim, «Recientes investigaciones criminológicas» op. cit., p. 726.

110 Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1. 1, p. 7.

111 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales*, op. cit., p. 58.

112 ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras*, op. cit., p. 11.

En el segundo nivel se encuentran los guardaespaldas, aunque también podemos encontrar otros tipos de personas, los cuales cumplen funciones de apoyo y también incluyen ciertas funciones ejecutivas, dando instrucciones a los miembros; su tarea es sobre todo supervisar los niveles más bajos de la jerarquía. El nivel medio es el responsable, con un cierto grado de autonomía, de adoptar decisiones que no son muy importantes, para llevar a cabo proyectos o delitos que no revisten especial gravedad¹¹³. También en esta instancia se reparten los mercados de la delincuencia, de miles de millones, según los sectores de empresa, es decir, desde el robo al tráfico de drogas¹¹⁴.

En el nivel más bajo encontramos a los encargados de la comisión de delitos. Su número e identidad pueden ser fluctuantes, teniendo en cuenta las necesidades y circunstancias por las que atraviesa el grupo en cada momento y su situación actual¹¹⁵. Como se ha indicado, en la parte inferior de dicha estructura se encuentran los pequeños delincuentes, llamados también «soldados», cuales son los estafadores, encubridores, ladrones, asaltantes de bancos y otros¹¹⁶.

Entre los paradigmas de esta estructura, los grupos criminales que se ajustan y utilizan esta forma de organización son las tradicionales mafias italianas, que han llegado a alcanzar especial relevancia, ya que sus miembros someten su comportamiento a estrictos códigos de conducta, dentro de un régimen de estratificación tan marcado como es el de la estructura jerárquica.

5.2. Estructura horizontal

Una segunda categoría, se compone de grupos que utilizan diferentes tipos de estructuras más horizontales. Además de grupos de miembros que pertenecen a la misma familia se pueden encontrar miembros, cuyas relaciones se basan en las amistades. La fuerte lealtad es una característica importante; estos grupos suelen ser más bien pequeños y muy flexibles. Los contactos personales

113 Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1. 1, p. 7.

114 ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras*, op. cit., p. 11.

115 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada, aspectos penales, procesales*, op. cit., p. 59.

116 ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras*, op. cit., p. 11.

se utilizan a menudo sobre una base *ad hoc* para la duración de una actividad delictiva específica¹¹⁷.

El modelo de estructura horizontal lo encontramos entre conocidas organizaciones criminales italianas, como la *Camorra*, que se ubica en la región de Campania, y también la *Ndrangheta*, de Reggio Calabria; se organizan en clanes familiares. En un determinado momento, trataron de establecer una estructura jerárquica centralizada, pero no funcionó¹¹⁸. Esta estructura es, asimismo, propia de las *triadas* chinas, compuestas de facciones cada una con dirección autónoma. También en células se organizan en la actualidad los grupos colombianos, frente a los antiguos cárteles de mayor tamaño y consistencia.

5.3. Estructura celular o de red y de estructura fluida

Una tercera categoría, se compone de grupos que operan en redes poco de punto de los individuos. Por lo general, los miembros no conocen a muchos otros miembros del grupo. Los grupos delictivos organizados, especialmente centrado en el tráfico de drogas, no parecen estar organizados de forma piramidal. Según algunas fuentes, cada transacción puede considerarse como un proyecto separado y para cada uno de estos proyectos de nuevas estructuras de cooperación establecidas. De esta manera el riesgo de ser atrapado se reduce¹¹⁹.

117 Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1. 1, n° 13, p. 7.

118 *Vid.*, al respecto, FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa Nostra*, Ediciones Barataria, Barcelona, 2006, pp. 105-106 / Sobre los intentos de unificación *Vid.* DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen org. evolución y clave de la delincuencia organizada*, Planeta S. A., Barcelona, 2010, pp. 64-70.

119 Cfr. «Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States, 1998», Cap. II, sec. 1. 1, n° 14, pp. 7-8. / Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada, EUROPOL, 2004, p. 8. / Como ejemplo de ello tenemos los cárteles colombianos de –Medellín y Cali–, ambos grupos tienen cuentas en el extranjero por sumas que ascienden de diez a veinte mil millones de dólares –lo que nos deja ver la fuerte capacidad económica de la que disponen–, por otro lado el cartel de Medellín consta de unos 200 grupos y tienen una estructura relativamente descentralizada y amorfa, no es una burocracia en sentido de Max Weber, sino más bien una coalición, una confederación. Desde el Perú y Bolivia se lleva la pasta de cocaína a Colombia; allí se la refina, luego se la transporta a Norteamérica, Europa y Japón, donde los cárteles mantienen amplias redes comerciales al por mayor y al por menor *Vid.* SCHNEIDER, Hans Joaquim, «Recientes investigaciones criminológicas, op. cit., p. 736.

En este tipo de estructura las jerarquías son muy fluidas, es decir, los líderes de grupo pueden cambiar de roles con otros miembros del grupo, de acuerdo a las necesidades que surgen en el contexto de cada proyecto criminal. En una subdivisión en «líderes» y «nivel bajo», los participantes pueden intergarse en función de la situación, y las habilidades, fortalezas y debilidades de cada miembro del grupo¹²⁰.

Los grupos de estructura fluida son aquellos grupos caracterizados por un menor nivel de organización: sus integrantes están sujetos por lazos menos consistentes, y son sujetos en parte variables y que a veces no se conocen incluso entre sí, de modo que el grupo recompone su estructura en función de cada operación criminal que lleva a cabo. Esta forma de trabajo reduce el riesgo de que sus miembros sean descubiertos o capturados. Algunos autores citan entre ellos a los *carteles* colombianos de la droga.

6. Tipos de mafias

Aunque la palabra mafia se emplee a menudo como sinónimo de organización criminal, en realidad su acepción más precisa alude a la *Cosa Nostra* y tiene su origen en la isla italiana de Sicilia. El término se acuñó a partir del adjetivo *mafiusi* (mafioso), cuyo significado en el antiguo dialecto de la capital de Sicilia alude a diversos atributos personales como arrogante, valiente, atrevido y pendenciero¹²¹. De acuerdo con GAETANO MOSCA existe una imprecisión en torno al concepto de Mafia y, que además hay que señalar que sobre el término Mafia los sicilianos entienden y quieren indicar dos fenómenos sociales por separado. La Mafia, o mejor, el espíritu de la mafia *spitio di mafia*, por un lado y por otro lado, se refiere al entramado de muchas asociaciones pequeñas que se proponen objetivos diversos¹²².

La mafia, dentro de la compleja estructura que constituye el crimen organizado, es una instancia gobernante que ha logrado mantenerse, firmemente atrin-

120 Cfr. «Council of Europe – Organised crime situation report 2000», nº 2. 1. 1, p. 7.

121 La palabra mafioso empezó a adquirir connotaciones criminales a consecuencia del enorme éxito de taquilla cosechado por «*I mafiusi della Vicaria*», una obra de teatro dramaturgo siciliano y representada por primera vez en 1863. Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, *Crimen org. Evolución y clave de la delincuencia organizada*, Planeta S. A., Barcelona, 2010, pp. 43-44.

122 MOSCA, Gaetano, «¿Qué es la Mafia?», en DE TOCQUEVILLE, Alexis / MOSCA, Gaetano / FRANCHETTI, Lepoldo, *Los orígenes de la Mafia*, Capitán Swing, Madrid, 2009, pp. 111-112.

cherada en la posición dominante. Imponiendo sus normas y regulaciones onerosas; ejerciendo una presión tremenda para mantener el control, ningún otro grupo del *hampa* había sobrevivido a los estragos del tiempo, ni de los que combaten el crimen tan bien como éste, llegando a constituir el organismo más extendido y efectivo del mundo¹²³.

La mafia, adopta un modelo estructural jerárquico que le permite mayor capacidad operativa y estratégica, lo que las dota de mayor peligrosidad. A veces basan su cohesión en reglas de lealtad propia de los grupos familiares y los clanes, donde imperan estrictos códigos de honor y justicia al margen de los formales, como el código del silencio y respeto a las promesas verbales¹²⁴. Dentro de este tópico estructural jerarquizado se encuentran las denominadas; mafias italianas, japonesa, rusa y las triadas chinas.

6.1. La mafia italiana

La mafia tal como se la conoce, no empezó como una agencia criminal propiamente, sino que creció especialmente durante el siglo XIII, en calidad de grupo de resistencia contra la invasión extranjera, porque a lo largo de la historia Sicilia había sufrido constantes invasiones, por parte de los árabes, normandos, germanos, franceses y españoles. La organización clandestina apareció como combatiente contra esos intrusos. Durante siglos la sociedad se mantuvo únicamente gracias a un recalcitrante espíritu patriótico que pretendía repeler a los invasores¹²⁵. Ahora bien, es por los años inmediatamente posterior a la unificación de Italia, y en la difícil compaginación de Sicilia con el resto del país, donde habría que buscar la génesis de un fenómeno que se manifiesta posteriormente con tres cabezas, como una Hidra: Mafia, Camorra, 'Drangheta¹²⁶.

123 BALSAMO, William / CARPOZI, George Jr., *Los secretos de la mafia*, Ediciones Robinbook, Barcelona, 2008, p. 16.

124 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional», op. cit., p. 649.

125 BALSAMO, William; CARPOZI, George Jr., *Los secretos de*, op. cit., p. 17 / Para GIUSEPPE PITRÉ, famoso antropólogo y etnólogo de la segunda mitad del siglo XIX, la mafia era «la conciencia del propio ser y el concepto desmesurado de la fuerza individual. La mafia no era sólo una asociación, el mafioso no era solo un ladrón, sino sencillamente un hombre valiente y audaz, que no se deja avasallar». Cfr. CACIAGLI, Mario, Clientelismo, corrupción, op. cit., p. 111.

126 SINDONI, Angelo, «Mafia, Camorra, 'Drangheta: El imaginario colectivo de la evolución histórica», en CÁMARA DE LANDA, Enrique / MORABITO, Stefano (Coord.), *Mafia, 'Drang-*

Si bien con el tiempo la mafia sufrió transformaciones, actualmente se constituye en una organización criminal con finalidad económica, que se integra de personas que han de pasar previamente, antes de ser admitidas, por un proceso de iniciación, es decir, de instrucción específica, y de prueba, y cuya admisión ha de efectuarse a través de votación de los miembros de la asociación, con capacidad decisoria (cooptación). Tales organizaciones poseen una tradición en el ámbito geográfico de su actividad, y se asientan sobre raíces socio-culturales de carácter endogámico: la familia, el honor, la cultura de la muerte en aras del grupo, poder orgánicamente endógeno frente al poder del Estado¹²⁷.

La mafia se distingue por ser, no sólo una criminalidad asociada, sino también estable y persistente. Si la criminalidad organizada predominantemente es como la de la mafia italiana, a diferencia de la de otros países democráticos, entra no sólo en el mercado económico, sino directamente en el mercado político¹²⁸, que busca tener poder o influencia política para mimetizar sus delitos.

La mafia actúa en el plano distinto al de la «reversión» del poder político. La mafia es una organización paralela al Estado. Vive, parasitariamente, de extorsionar y manipular el desarrollo económico del Estado, trabajando en la ilegalidad y clandestinidad. No actúa en *pro* de la sociedad, sino en provecho propio y de sus miembros. La mafia no tendría sentido sin el Estado paralelo del que vivir¹²⁹.

Por otro lado, una explicación socio-cultural acerca de la mafia revela que la misma se ha adaptado y evolucionado, de forma que, ayer como hoy, es una organización destacada de la sociedad, que no tiene ninguna legitimación en la cultura de los sicilianos, sino que basa su poder exclusivamente en el uso de la violencia y de la complicidad¹³⁰.

beta, Camorra, en los entresijos del poder paralelo, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid, 2005, pág. 33.

127 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 625. / En ese sentido, Umberto SANTINO indica que «a diferencia de la criminalidad común, la mafia no viola el derecho, sino que *niega el derecho*, porque no reconoce el monopolio estatal de la fuerza y está, por eso, *fuera de y contra el Estado*, considerando el uso del asesinato como su forma de justicia; pero, por sus actividades ligadas al dinero público o su participación activa en la vida pública, la mafia está *dentro de y con el Estado*. Vid. CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 121.

128 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 93.

129 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., pp. 625-626.

130 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 113.

6.1.1. La camorra

Los camorristas son *gangsters* y se comportan como tales. Es decir, disparan sin titubear, no se fían de los abogados y casi nunca niegan su pertenencia a esta o aquella banda¹³¹. Su centro de operaciones se encuentra en Campania. No tiene una estructura centralizada. Se constituye mediante la conjunción de una serie de organizaciones locales que no siempre conviven en armonía. Sus miembros no han de estar necesariamente unidos por lazos de parentesco¹³². Por un lado, la palabra camorra no existe en el dialecto siciliano sino en término homólogo por asonancia, *camurria*, que no tenía un significado positivo. Por otro lado, al contrario en el término napolitano tenía un significado positivo como ser: *guappo* que, derivando del español «guapo», significaba «decidido» o «valiente», pero también de «buen aspecto», en todo caso tenía un significado positivo, parecido al del término de «mafioso» que, en la Sicilia de las primeras décadas tras la Unidad de Italia era atribuido al hombre que sabía hacerse respetar por las buenas o por las malas¹³³.

La camorra, se distingue también por no haber gozado nunca de la impunidad centenaria de la mafia siciliana. Siempre fue considerada como una organización criminal que el Estado tenía que combatir y eliminar, y en efecto fue combatida y casi eliminada, reduciéndose a fenómeno entre folklore y gangsterismo de barrio¹³⁴.

Pero la camorra, ni siquiera en las dos últimas décadas, después de su crecimiento en términos de volumen de tráfico y de relieve político, nunca ha logrado o pretendido construir una estructura única de tipo piramidal. La camorra sigue teniendo una estructura horizontal, al integrar a un conglomerado de organizaciones distintas de carácter local, entre las que a menudo se libran luchas para controlar el territorio y los asuntos criminales¹³⁵.

6.1.2. La 'Ndrangheta

Su sede se ubica en Calabria, y su estructura tampoco es centralizada, pues está constituida por clanes diferentes «*coshe* o *ndrine*» que guardan, entre sí, rela-

131 ROTH, Jürgen / FREY, Marc, *Europa en las garras*, op. cit. 169.

132 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 626.

133 SINDONI, Angelo, «Mafia, Camorra, 'Ndrangheta: El imaginario», op. cit., pág. 27.

134 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 96.

135 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 97.

ciones de horizontalidad. Sus miembros son reclutados entre personas unidas por vínculos de parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad¹³⁶. Sólo parcialmente puede decirse de la 'Ndrangheta de Calabria que, compartiendo con la camorra una larga tradición de criminalidad común, presenta marcados rasgos de tipo cultural. La 'Ndrangheta (palabra que parece porvenir del griego antiguo) se remonta al siglo pasado y quizás antes, perdiéndose su origen en el tiempo y en las persistentes estructuras socio-económicas y culturales de la religión. A lo largo de toda su historia sigue faltando en la 'Ndrangheta una cúspide de mando. Las familias, que son verdaderas familias de sangre, mantienen su autonomía. La violencia más alta de la 'Ndrangheta es la que se produce entre los clanes familiares¹³⁷.

En la segunda mitad del siglo pasado (1959-2000) fue la época en la que la 'Ndrangheta, punto de unión concreto entre Cosa Nostra y Camorra napolitana, descubrió, de improviso, una y refrenable vocación para la empresa, invirtiendo los capitales acumulados con el contrabando del tabaco, las extorsiones planificadas, la remunerativa industria de los secuestros de persona e incluso los grandes negocios relacionados con los carteles del tráfico internacional de armas y drogas¹³⁸.

6.1.3. La mafia siciliana

La mafia siciliana, que recibe su denominación de la región italiana donde tiene su origen, no constituye tampoco una organización única. Aunque, a decir verdad, aquí hay una organización compacta y férreamente jerarquizada, que sobresale por encima del resto: la llamada «*La Cosa Nostra*»¹³⁹. Para ser miembros de la mafia se exigen primero ciertos requisitos y ritos que cumplir, para luego poder llegar a ser considerado un hombre de honor¹⁴⁰, como también jurar la *omertà*¹⁴¹.

136 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 626.

137 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción...*, op. cit., p. 99. / GABRIEL ORSI, Omar, *Sistema penal y crimen organizado. estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 11. / BOEBI, Salvatore, «La 'Ndrangheta: origen, naturaleza y ramificaciones en la economía del tercer milenio», en CÁMARA DE LANDA, Enrique / MORABITO, Stefano (Coord.), *Mafia, 'Ndrangheta, Camorra, en los entresijos del poder paralelo*, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid, 2005, pp. 65-66.

138 BOEBI, Salvatore, «La 'Ndrangheta: origen, naturaleza, op. cit., pág. 67.

139 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 627.

140 Con mayor detalle lo describe FALCONE que en la ceremonia de juramento para los *iniciados* que se convertirán en «*hombres de honor*», los cuales juran frente una imagen sacra, que defenderá a los débiles y que no deseará a la mujer de otro, no robará, no explotar la prostitución...

A diferencia de la *Camorra* y de la *'Ndrangheta*, que han sido durante décadas fenómenos circunscritos y privados, hasta desaparecer durante algunos periodos, la mafia siciliana ha tenido un papel prácticamente ininterrumpido de protagonista de absoluta en su región de origen, con frecuentes incursiones dentro de la escena italiana¹⁴². Diferente al resto de organizaciones que no superan la vaga fraternidad –en el sentido de unidad–, el espíritu comunitario mafioso se traduce para la de Sicilia en un pacto federativo, que ha dado lugar a una organización unitaria, estructurada como un Estado y regida por reglas inflexibles que se imponen a sus miembros a través de métodos violentos¹⁴³.

En este entendido la célula central de la *Cosa Nostra* es la familia. La estructura jerárquica de la mafia siciliana se compone de la siguiente manera: en la base se encuentran los *hombres de honor*, un peldaño más arriba se encuentra el *capo* de familia, los *capos* de las diversas familias a su vez eligen a un representante provincial y esta cúpula provincial elige a un representante para la comisión regional, que es el verdadero órgano de gobierno político-administrativo de la *Cosa Nostra*¹⁴⁴.

Actualmente, como señala ARLACCHI, la gran transformación económica ha producido una transformación cultural, de forma que los integrantes de tales grupos se han visto obligados a pensar fuera de la cultura tradicional y así, en consecuencia, el valor básico de la antigua mafia que era el *honor* vendría hoy a indentificarse con

ción entre otros y, lo más importante no hablar jamás con extraños acerca de la *Cosa Nostra*. Posteriormente se les hace una pequeña incisión en el dedo índice con el que dispara, para extraer una gota de sangre con la que salpica la imagen sagrada, quemándose la imagen y el iniciado tratando de no apagarla pasando la imagen de una mano a otra. En suma integrarse a la mafia es el equivalente a convertirse a una religión. Vid. FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa*, op. cit., p. 93 y sig.

141 Se trata de un pacto de silencio sobre la pertenencia a la organización y las actividades que desarrolla. La violación de este compromiso era severamente castigado. GABRIEL ORSI, Omar, *Sistema penal y crimen*, op. cit., p. 15. / La *omertà* impone un silencio absoluto frente al mundo exterior. Vid. FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado. todo lo que hay que saber sobre la mafia y las principales redes criminales*, Ediciones Península, Barcelona, 2010, p. 114. / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a. Isabel, Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado, en NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 655.

142 CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 101.

143 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, 2007, op. cit., p. 628.

144 FALCONE, Giovanni, *Cosas de la Cosa*, op. cit., pp. 96-97.

la riqueza, y debido a esta vicisitud se ha perdido la legitimidad del poder frente a la sociedad local¹⁴⁵.

6.2. La mafia japonesa

Los grupos de naturaleza mafiosa operantes en Japón reciben el nombre de *boryokudan*, que significa *grupo de crimen organizado*, mientras que a los *miembros integrantes* del mismo se les denomina *Yakuza*¹⁴⁶.

Tradicionalmente los *boryokudan* han tenido y tienen unas estructuras de grupo, unos patrones de conducta, unos códigos, unos valores y una jerga distintivos. Son grupos altamente estructurados, basados en sistemas jerárquicos de hermanos mayores y menores y de la figura paterno-filial, aunque se afirma que actualmente esta estructura está menguando¹⁴⁷.

Los *boryokudan* utilizan la violencia, así como la corrupción en diversas actividades, como el blanqueo de dinero y la infiltración en negocios legales e ilegales. Se trata sin duda de una manifestación de crimen a escala internacional. En cuanto a sus características mafiosas, es de señalar que se dedican a la gestión de crisis, lo que significa zanjar disputas personales fuera de los tribunales, y que asimismo, cumplen también una función de seguridad, asumiendo así casi un papel gubernamental¹⁴⁸.

Los *yakuza*, se consideran a sí mismos como una especie de samuráis modernos, lo que explica su importante dimensión pública. Este grupo organizado no

145 Citado por CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 115. / Sobre la evolución y adaptación de la mafia en la tesis de CATANZARO, afirma: «la persistencia de la mafia, incluso en sus procesos de profunda transformación, se debe al hecho de que los comportamientos mafiosos, desde su origen, no han sido un residuo del pasado, sino una combinación específica de lo antiguo y lo moderno, una mezcla entre violencia privada y violencia legítima del Estado, entre una competencia por la adquisición de recursos en el mercado y la ausencia de otro criterio regulador de las actividades económicas que el propio uso de esa violencia (...). De ese proceso de transformación ha sido protagonista a veces la propia mafia, gracias a esa capacidad de combinar valores tradicionales y modernos». CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción*, op. cit., p. 116.

146 Aunque se tiende a generalizar el *yakuza* como la «organización criminal», cuando en realidad se refiere a los integrantes. . Vid. HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 630.

147 FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., p. 131.

148 FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., p. 133.

vive en la clandestinidad ni esconden su identidad, sino que suelen hacer alarde de su condición de criminales para intimidar a los ciudadanos¹⁴⁹, y utilizan el nombre del grupo, y medios coactivos y extorsionadores con la finalidad de acumular lucro económico para el grupo y sus integrantes¹⁵⁰.

6.3. Las triadas chinas

El término es equivalente a triada, y se ha empleado tradicionalmente en china para designar un símbolo místico, un triángulo equilátero cuyos vértices se asocian a tres conceptos básicos de la cultura china: el cielo, la tierra y el hombre. Las sociedades secretas chinas tienen una larga historia. Desde antes de la edad moderna, al parecer las triadas chinas contemporáneas tienen su origen en el siglo XVIII, cuando se crearon fraternidades para oponerse a la dinastía imperial manchú de los *Qing*.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX, emigrantes chinos llegaron a Estados Unidos, atraídos por la fiebre del oro, viéndose sometidos a durísimas condiciones de trabajo, y de esta manera empezaron a desplazarse a zonas rurales donde crearon asociaciones en inicio destinadas a su protección¹⁵¹. Las expresiones de crimen organizado chino y mafia china abarcan una amplia variedad de entidades, incluidas sociedades, sectas y triadas, bandas criminales organizadas, contrabando y tráfico de personas, y redes de narcotráfico. Todas ellas son organizaciones criminales, algunas exclusivamente domésticas y de operaciones locales, otras transnacionales, y otras más propias de las comunidades chinas de emigrantes de otros países. Entre las más conocidas de estas organizaciones se encuentra las triadas de *tong* y las bandas callejeras¹⁵².

Probablemente, no obstante, con el pasar de los años, han adquirido la peculiaridad de ser más secretas u ocultas que las caracterizó en sus inicios, deviniendo en un fenómeno más complejo, si bien ahora muy unido a la comunidad china. En el curso del siglo XXI, aunque por vía de vínculos entrelazados con la clase dirigente de Pekín, se ha de tener presente que, con la liberación de los mercados, China se

149 *Vid.* DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS / GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, *Crimen org. Evolución, op. cit.*, pág. 118.

150 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op cit., p. 630.

151 DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS; GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, op. cit., p. 130.

152 FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., p. 133.

ubicaría como potencia económica, lo que podría influir en transformar el fenómeno criminoso más peligroso del mundo¹⁵³.

Por lo que respecta a su estructura, las triadas presentan una estructura coronada en su vértice por el poder de un líder *san chu* y un líder segundo *fu san chu*. Por debajo de ellos hay otros líderes, que a su vez ejercen la autoridad sobre una serie de departamentos y divisiones. Todos los jefes de las triadas, desempeñan su respectivo cargo por un periodo de tiempo establecido tras haber sido elegidos por sus miembros¹⁵⁴.

6.4. La mafia rusa

El crimen organizado en Rusia, tiene una historia de más de cuatrocientos años marcada por una difusa distinción entre lo legal y lo ilegal, lo público y lo privado, y un endeble sometimiento al imperio de la ley. Por lo cual, el crimen organizado ruso existió antes de la época soviética y perdura hasta después de la Unión Soviética¹⁵⁵. Cualquier otro grupo no estrictamente ruso, originario de los países de la antigua URSS está englobado erróneamente en dicha nomenclatura. Lo lógico sería denominarlos en su conjunto como mafia roja, ya que en el mismo marco además de las organizaciones rusas tienen cabida las chechenias, georgianas, armenias, lituanas, moldavas y bielorrusas, entre las más preponderantes¹⁵⁶.

Según un informe publicado en 1994, casi todos los pequeños negocios rusos y cerca del setenta por ciento de las empresas o bancos de mayor envergadura pagaban cuotas de protección a algún grupo criminal, y el mismo se valía de la violencia, la extorsión y las amenazas, para cobrar entre un quince y veinte por ciento de los ingresos de los negocios a los que prestaba protección¹⁵⁷.

153 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 629.

154 *Vid.* DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis; GIMÉNEZ-SALINAS, Framis, op. cit., p. 126.

155 FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., p. 125.

156 SANSÓ-RUBERTPASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional y seguridad internacional», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. / JORDÁN ENAMORADO, Javier / SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Seguridad y defensa hoy construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008, p. 221. (nota al pie 44).

157 DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen organizado, evolución*, op. cit., p. 183.

La mafia rusa tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales constituye una amenaza. En primer lugar, porque tiene unas redes poco cohesionadas de empresarios delictivos de la antigua Unión Soviética que se emplean en la comisión de diversos engaños: crímenes de cuello blanco, como estafas en la atención y la seguridad sanitarias, falsificación de moneda, estafas bursátiles y bancarias, etc. La segunda amenaza internacional es proveniente de lo que suponen las filiales o células de conocidos grupos de crimen organizado, dedicados al tráfico de drogas, de personas, de armas, de vehículos robados y demás¹⁵⁸.

7. Campo de acción delictiva del crimen organizado

Cuando hablamos del campo de acción de la criminalidad organizada, es de tener en cuenta que el mismo se orienta en el sentido tanto del contexto delictivo como del ámbito territorial o geográfico en el que se desarrolla. No puede ocultarse el hecho de que la criminalidad organizada se caracteriza por presentar unos contornos muy imprecisos y un alto contenido de relativismo —esto debido a su carácter polimorfo—, de modo que esta imprecisión acarrea abundantes controversias que favorecen en último término al mismo fenómeno¹⁵⁹.

En la actualidad, la delincuencia más trascendente —por su nocividad—, para la sociedad en su conjunto, es la constituida en gran parte por la criminalidad organizada. El tráfico de estupefacientes sobre todo a media y gran escala, los tráficos de niños con finalidades lúbricas o de compraventa, el tráfico de mujeres con fines de prostitución, el tráfico de armas y casi la totalidad de los llamados delitos económicos se atribuyen a la criminalidad de dicha naturaleza¹⁶⁰. Es importante apuntar que en el marco de la UE se mencionan los que se podrían denominar «eurodelitos» en razón a la especial gravedad y a la dimensión transfronteriza de los mismos, y que, a nuestro parecer, podrían dividirse en dos partes: 1) El terrorismo y 2) la delincuencia organizada, y dentro esta última se encuentran: la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la

158 FINCKENAUER, James O., *Mafia y crimen organizado*, op. cit., p. 127.

159 SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, «Criminalidad organizada transnacional», op. cit., p. 213.

160 HERRERO HERRERO, César, *Criminología. Parte general y especial*, op. cit., p. 641.

corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática¹⁶¹. Al ser delitos comunes en los distintos Estados de la UE, consideramos que es un gran paso identificar determinados delitos que afectan en forma global a la comunidad europea, para posteriormente proseguir con la realización de estudios que permitan prevenir y reprimir dichos tipos delictivos, que son producidos por la organización criminal.

La mayoría de los grupos llevan a cabo varias actividades delictivas diferentes, y a continuación analizaremos las más significativas apoyándonos sobre todo en los informes criminológicos y en las estadísticas criminales de periodicidad por lo general anual sobre el crimen organizado por parte de ONU y la UE¹⁶². Los informes sobre evaluación de la amenaza del crimen organizado que publican las agencias europeas como Europol¹⁶³ nos alertan desde hace años sobre el crecimiento y desarrollo de la criminalidad organizada en Europa y sobre el aumento de las organizaciones criminales autóctonas y extranjeras activas en el territorio europeo. Las razones que justifican tal amenaza las encontramos de forma recurrente: 1) La existencia de numerosos grupos activos tanto europeos como no europeos relacionados con actividades propias del crimen organizado; 2) la deriva de los grupos criminales hacia nuevos mercados emergentes en los últimos años, como el tráfico de inmigrantes o trata de personas; 3) la posición de determinados países europeos como ejes fundamentales en las rutas y mercados de crimen organizado internacional¹⁶⁴.

En el espacio de la UE se han identificado cinco ejes claves que favorecen la concentración de recursos medios e intereses para la distribución de los principales

161 Esto conforme al art. 83 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de la UNIÓN EUROPEA, Luxemburgo, 2010.

162 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales*, op. cit., p. 46.

163 Sobre la amenaza que representa para la UE, consultar con mayor detalle *passim* OCTA 2006, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL. / OCTA 2009, *EU Organised Crime Threat Assessment*, EUROPOL. / En cuanto a la evaluación y amenaza de la criminalidad organizada los informes sobre la creciente tendencia de los grupos criminales que actúan en Europa apuntan a una tendencia a desarrollar múltiples mercados ilícitos a la vez. Esta tendencia se manifiesta especialmente nuevos mercados emergentes como el fraude de tarjetas de crédito o la falsificación de productos, desarrollados principalmente por los grupos lituanos o albaneses. OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, *passim*.

164 GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa», op. cit., pp. 15-16.

mercados ilegales, los cuales focalizan sus acciones y distribución en los siguientes puntos geográficos¹⁶⁵:

El Eje del Noroeste está centrado principalmente en Holanda y Bélgica, aunque también incluye a Gran Bretaña e Irlanda, y constituye el principal mercado secundario de distribución de cocaína y heroína de Europa, caracterizándose por contar con características como la posesión de grandes infraestructuras para el transporte internacional hacia la región atlántica. Holanda y Bélgica son los principales países de origen de drogas sintéticas cuyos precursores proceden de Rusia y China.

El Eje del Suroeste, está referido a la Península Ibérica y concentra el mayor número de actividades y recursos procedentes del crimen organizado, además de ser la puerta de entrada a Europa de no pocas actividades ilegales. Se integra también en redes internacionales de inmigración ilegal, que utilizan infraestructuras instaladas en Marruecos como ruta final de las rutas procedentes de Oriente Medio y Asia. Otra actividad ilegal en gran desarrollo es el robo de vehículos de lujo, insertándose entre las rutas internacionales más importantes.

El Eje del Noreste incluye los países bálticos, caracterizados por su posición estratégica en la frontera con Rusia, Estonia, Letonia, Ucrania, Bielorrusia, y otros países del este de Europa. Este eje genera un abanico de posibilidades para actividades ilegales hacia el mercado europeo. Las actividades más incisivas son: la captación de víctimas para la explotación sexual en Europa, también el contrabando de productos falsificados procedente de Oriente Medio o Pakistán, con llegada al puerto de San Petersburgo, el tráfico de drogas también es de considerable intensidad y, por último, el contrabando de alcohol que se ha desarrollado con fuerza debido a la alta imposición de este producto en los países bálticos. En la actualidad, el contrabando es más activo en Noruega y Suecia, al haber bajado en Finlandia los impuestos sobre este producto.

El Eje del Sureste, que se centra en la ubicación del Mar Negro como frontera entre Asia y Europa, representa un factor de oportunidad esencial donde Rumania y Bulgaria se convierten en países de entrada de numerosas actividades ilícitas a Europa. Rumania constituye un eje fundamental en esta zona como puerta de entrada hacia el resto de Europa en referencia a numerosos productos o servicios ilegales como son: el tráfico de inmigrantes irregulares y de seres humanos hacia Europa procedentes de: Moldavia, Ucrania, India, Irak, Irán, Afganistán o China, así como

165 GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «La delincuencia organizada en Europa», op. cit., pp. 26-30. / OCTA 2007, 2009, 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, *passim*.

también el tráfico de armas y contrabando de tabaco procedente de Ucrania, Moldavia, Serbia, Bosnia y Montenegro. Ucrania, a su vez, también es la puerta de entrada de la heroína que proviene de Turquía.

En particular, es de hacer referencia a Italia. La tradición italiana en el crimen organizado la hace merecedora de constituir un eje en sí mismo. Los principales grupos criminales italianos, como *la Camorra*, *Ndrangheta* y *Cosa Nostra*, siguen muy activos en el tráfico de drogas. Ello es fruto de las productivas alianzas con grupos albaneses. Sin embargo, el protagonismo de Italia es aun mucho mayor en el contrabando de tabaco, productos o ropa falsificada así como en la falsificación de euros que luego son distribuidos a: Bélgica, España, Alemania, Eslovenia, Marruecos y Hungría. La influencia de *La Camorra* en este área es fuerte, ya que posee valiosos contactos con organizaciones chinas que se encargan de la producción.

Si sumamos a estos ejes geográficos mencionados, la flexibilidad en el modo de organización como pauta característica de la delincuencia organizada actual, tendremos como resultado una delincuencia organizada que llega a operar en diversos sectores y jurisdicciones. Además, los niveles de cooperación entre las organizaciones criminales son más estrechos, animados también por la práctica del trueque, en el que se intercambian productos ilícitos en lugar de comprar con dinero en efectivo¹⁶⁶.

Por otro lado, la tecnología de *internet* ha surgido como una herramienta que facilita de forma segura el lavado de dinero independientemente de mantener interconectadas a las organizaciones criminales, para realizar transacciones de tráfico de drogas, trata de seres humanos, tráfico de armas y otros crímenes¹⁶⁷.

7.1. Tráfico de drogas y estupefacientes

Tal es el poder económico y social que ha adquirido este tipo de criminalidad organizada, que el mismo está llegando a corromper las estructuras de la Administración pública y a interferir en los mecanismos institucionales de decisión, particularmente en aquellos países cuyo sistema político no es estable y firme¹⁶⁸.

166 OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, p. 8.

167 OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, p. 9.

168 REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, Estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 292.

Actualmente, el consumo de drogas ilícitas se caracteriza por su concentración entre los jóvenes –en particular los hombres jóvenes de entornos urbanos– y por una creciente gama de sustancias psicoactivas. Aunque en muchos países desarrollados los mercados establecidos de drogas ilícitas han mostrado señales de estabilización, el aumento del consumo de drogas parece seguir siendo una constante en muchos países en desarrollo¹⁶⁹. Después de los EE. UU., Europa es el principal mercado de la cocaína, pero la reciente mejora de los controles fronterizos en los EE. UU. provocaría el desvío grandes cantidades de cocaína hacia la UE, por parte de los países productores de América del Sur¹⁷⁰.

Las corrientes de tráfico de drogas alcanzan dimensiones mundiales, ya que vinculan a regiones y continentes, a veces con consecuencias dramáticas para los países afectados. En este entendido la UNODC (Unitet Nations Office on Drugs and Crime) está creando programas regionales integrados, promoviendo respuestas interregionales e interinstitucionales, como pueden ser: la creación de iniciativas transfronterizas, de inteligencia y de control de precursores destinadas a intercambiar información y experiencias y llevar a cabo operaciones conjuntas en oriente medio; tal iniciativa está encaminada a dismantelar el tráfico de drogas por mar en el Asia occidental y meridional. La UNODC ha creado, asimismo, un nuevo programa regional para Europa sudoriental con el propósito de centrar la atención en las zonas a través de las cuales la heroína procedente de la ruta de los Balcanes se introduce en Europa; en Centroamérica, una red de Fiscales está aplicando prácticas óptimas para

169 RESUMEN EJECUTIVO INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2012, Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito, 2012, p. 4.

170 Cfr. «2005 EU Organised Crime Report Public version», p. 31. / Desde el punto de vista sociológico EE. UU. en la lucha contra el narcotráfico parece dar poca importancia a las raíces estructurales del narcotráfico. En este sentido la política norteamericana considera al narcotráfico una actividad exclusivamente delictiva, insistiendo en políticas policiales o militares para solucionar el problema y sin relacionar el narcotráfico con el subdesarrollo de las economías regionales latinoamericanas. Así se entiende el fracaso de la política de erradicación del cultivo de coca. Cfr. EMMERICH, Norberto, *Globalización, Estado y narcotráfico. El caso Southwren Winds*, Buenos Aires, 2009, p. 176. / A su vez las organizaciones criminales se las ingenian para exportar la cocaína, y para esto utilizan varios medios como ser: avionetas particulares, líneas aéreas regulares, vías marítimas o fluviales y personas ajenas a la organización que son contratadas de forma eventual por los traficantes para que transporten el propio producto en su cuerpo o entre sus objetos de uso personal –siendo sólo chivos expiatorios–, mientras que los grandes negocios se hacen con avionetas particulares. Vid. Bureau Latin American, *Narcotráfico y política: militarismo y mafia en Bolivia*, IEPALA Editorial, Madrid, 1982, p. 39.

fortalecer la Justicia penal en esa región¹⁷¹. Pero todas estas medidas no llegan a ser suficientes para luchar contratal fenómeno, por cuanto se hace necesario asumir el reto por parte de los diferentes organismos de integración.

En lo que se refiere a los tipos de drogas, no puede desconocerse el caso particular de las anfetaminas que tienen un muy alto potencial de abuso, capaz de provocar una grave dependencia psicológica y física, sobre todo al predisponer a la violencia y a la agresividad, ejerciendo influencia sobre la criminalidad¹⁷². La progresiva expansión de las anfetaminas en el mercado ilegal actual ha adquirido una notable relevancia, y así lo manifiesta el último informe de la UNODC¹⁷³.

De acuerdo con el informe de EUROPOL, el tráfico de drogas desde y hacia la UE, están cada vez más controlados por grupos que diversifican sus productos ilícitos, lo que les permite ampliar sus beneficios. Es el caso de los grupos perteneciente a los Balcanes Occidentales y los grupos de África Oriental, que diversifican sus actividades por ejemplo en el caso de las organizaciones vietnamitas pasan del Cannabis a la heroína y drogas sintéticas. Otros grupos en cambio recurren a la comisión de otros delitos para financiar sus operaciones de tráfico de drogas, por ejemplo falsificación de euros para pagar el producto y también la venta de vehículos robados, a su vez también los envíos de drogas y sus precursores son cambiados por objetos robados, armas de fuego y, de hecho, otras drogas, y esta intensificación de una economía informal hace que el crimen organizado sea aun menos visible. En consecuencia, dichas diversificaciones delictivas les garantizan una mayor resistencia frente a las fluctuaciones de la oferta y la demanda¹⁷⁴.

En respuesta a este fenómeno, por Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, se crea un Programa con el fin específico de informar y prevenir en materia

171 RESUMEN EJECUTIVO INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2012, Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito, 2012, (prefacio III).

172 GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, «Política (as) criminal (es) en materia de drogas», en LARRAURI PIJOÁN (Dir.), *Política Criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 256.

173 De acuerdo con la «Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) emitida el 13 de noviembre de 2011», las anfetaminas llegaron a ocupar el segundo lugar a nivel mundial, de las drogas más utilizadas después del cannabis, en su informe explican que mientras que mientras que la heroína y la cocaína han atraído la mayor parte de la atención en los últimos años su crecimiento ha sido bastante estable en el periodo 2005-2009, por otro lado se mostró un claro incremento en las drogas de tipo anfetamínico (exceptuando el éxtasis) de atractiva elección para millones de consumidores de drogas en todas las regiones criminales del mundo, abriendo una brecha de mercado fresco sin explotar.

174 OCTA 2011, *Eu Crime Threat Assessment*, EUROPOL, p. 10.

de drogas¹⁷⁵. Dicho Programa tiene los siguientes objetivos específicos: *a)* fomentar las acciones transnacionales con el fin de: *i)* crear redes multidisciplinares, *ii)* asegurar la expansión de la base de conocimientos, el intercambio de información y la determinación y difusión de buenas prácticas, entre otras cosas mediante la formación, los viajes de estudios y el intercambio de personal, *iii)* aumentar la sensibilización sobre los problemas sanitarios y sociales causados por el consumo de droga y fomentar un diálogo abierto con vistas a promover una mejor comprensión del fenómeno de las drogas, *iv)* apoyar medidas destinadas a prevenir el uso de drogas, incluida la reducción del daño asociado con las drogas, y métodos de tratamiento que tengan en cuenta los últimos avances científicos; *b)* implicar a la sociedad civil en la aplicación y desarrollo de la estrategia de la UE en materia de drogas y de los planes de la acción de la UE; *c)* supervisar, aplicar y evaluar la ejecución de las acciones específicas al amparo de los planes de acción sobre drogas 2005-2008 y 2009-2012. El Parlamento Europeo queda incorporado al proceso de evaluación mediante su participación en el grupo director de evaluación de la Comisión¹⁷⁶.

Por otra parte, la adaptación de los grupos criminales a los nuevos tiempos, propiamente por parte de narcotraficantes, tiene un reflejo paralelo en la actividad de reciclado de los beneficios para conseguir su blanqueo de las ganancias fruto de las actividades delictivas, que se reparte de manera escalonada. Aproximadamente, una tercera parte del producto de tráfico de drogas es el beneficio que queda en manos de las organizaciones delictivas y precisa ser blanqueado o reciclado, de modo que dicha ganancia también es utilizada para cubrir gastos de los servicios profesionales de abogados, gestores, transportistas etc.¹⁷⁷.

175 DECISIÓN N^o 1150/2007/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico de información y prevención en materia de drogas como parte del programa general derechos fundamentales y justicia*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007.

176 DECISIÓN N^o 1150/2007/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico de información y prevención en materia de drogas como parte del programa general derechos fundamentales y justicia*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007, (art. 3). / Se debe mencionar también la creación equipos conjuntos de investigación (ECI) que conforme el informe de 2011 están dando resultados favorables, como por ejemplo; en el tráfico de persona y el tráfico de drogas, así como también en la lucha contra la corrupción. *Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Primer informe anual sobre la aplicación de la estrategia de seguridad interior de la UE*, 2011, p. 13-15.

177 JIMÉNEZ RAMOS, Mario, «Blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública», en CIMÁS GIMÉNEZ, M^a del Carmen (Dir.), *Delitos contra la salud pública. novedades jurisprudenciales*, 2011, p. 13-15.

Asimismo, los grandes ingresos que perciben la organización criminal y el exceso de liquidez provocan una necesidad imperiosa de entrar en contacto con el mercado legal y resulta imprescindible combatir esta fase que podría considerarse como punto de debilidad¹⁷⁸. Otro frente de lucha preventiva, es el constituido por la figura del agente encubierto, y con relación a este singular tópico GARCÍA VALDÉS efectuó un minucioso estudio monográfico, enriqueciéndolo con sistemático análisis de la jurisprudencia establecida en su momento sobre el agente provocador¹⁷⁹.

7.2. Tráfico de armas

El comercio ilegal de armas, es uno de los negocios más lucrativos en el mundo, debido al objetivo de actividades criminales que con el mismo se persiguen. A su vez, la alta rentabilidad de él proveniente ha promovido un interés constante del *hampa* de poseer armas de alta calidad, las cuales son utilizadas para la comisión de sus delitos¹⁸⁰. Contrariamente a lo que ocurre con otras amenazas a la seguridad, que tienden a estar restringidas a ciertos países, el tráfico de armas afecta a casi todos los países del mundo, en mayor o menor medida. La tipología más común divide a los países en proveedores de armas, países de tránsito o compradores¹⁸¹.

La criminalidad organizada, en general depende del mercado ilegal para adquirir armas, ya que no se suelen fabricar armas propia, y por esta razón adquiere singular relevancia el mercado ilegal de armas como revólveres y pistolas, granadas, morteros y otras armas aptas para llevar adelante guerras, represión, terrorismo, vio-

denciales. *nuevos hábitos nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 185.

178 GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», *Revista Penal*, nº 2, 1998, p. 24.

179 GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delto provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito», en *Política criminal y Reforma penal: Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 557 y sig.

180 Es común que se produzca este tipo de delito cuando se producen conflictos internos, guerras civiles. Según las estimaciones hay aproximadamente 500 millones de armas pequeñas en circulación, dichas armas son baratas y tienen una larga vida útil, lo pasando a menudo de un conflicto a otro «reciclaje». Cfr. «Council of Europe. Organised crime situation report 2001» p. 35.

181 MEEK, Sarah, «El combate del tráfico de armas: progresos y perspectivas», en LUMPE, Lora. *Tráfico de armas. el mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004, p. 227.

lencia o delincuencia. Durante la década de los 90, cobró mucha importancia el tráfico de armas de la *post guerra fría* y la rápida expansión del libre comercio aumentó la disponibilidad y facilitaron el tráfico ilegal. Y, como la atención estaba centrada en el tráfico de drogas, los delitos intencionales y las guerras civiles que asolaban al planeta entero, los activistas empezaron a ocuparse un poco más de los instrumentos de la violencia, así como de los mercados proveedores¹⁸².

En un esfuerzo por prevenir y erradicar el tráfico de armas de fuego, así como sus piezas, componentes y municiones, las Naciones Unidas adoptaron medidas en el Protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, penalizando las conductas de la fabricación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; la falsificación o la alteración ilícitas de las marcas de un arma de fuego. También establecieron medidas de prevención, entre las cuales se cuentan las siguientes: el registro de armas en el caso de que entrañen transacciones internacionales, con fechas de emisión y expiración de las licencias; la marcación a efectos de la identificación del fabricante y la desactivación de armas de fuego¹⁸³.

Sobre la misma línea, y en respuesta a este fenómeno, la UE ha creado un plan denominado «la estrategia APAL (Armas Pesadas y Armas Ligeras)», que en diciembre de 2003 identifica cinco desafíos claves a los que la UE debería hacer frente, entre los cuales estaba el tráfico de armas¹⁸⁴, posteriormente en COM (2005) 329 refuerza esta lucha y promueve las medidas para garantizar una mayor seguridad, en el control de explosivos, detonadores, material para la fabricación de bombas y armas de fuego¹⁸⁵. La estrategia de la APAL está orientada activamente al desarrollo de una política para combatir la acumulación de armas mediante un diseño de mecanismos

182 LUMPE Lora / MEEK, Sarah / NAILOR, R. T., «Introducción al tráfico de armas», en LUMPE, Lora, *Tráfico de armas. el mercado negro de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004, p. 17.

183 CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo, Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, pp. 73 y sig.

184 DECISION 2010/765/PESC DEL CONSEJO, *Sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) por vía aérea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, considerando (1).

185 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION. *On measures to ensure greater security in explosives, detonators, bomb-making equipment and fire-arms*, 2005.

de alerta y cooperación —entre los Estados—, contra las redes ilícitas que utilizan los espacios aéreo, marítimo y terrestre¹⁸⁶.

En este marco la UE entiende que «La seguridad es una condición para el desarrollo. El conflicto no sólo destruye las infraestructuras, incluidas las sociales, sino que también fomenta la delincuencia, disuade a los inversores e imposibilita la actividad económica normal. Varios países y regiones han quedado atrapados en un ciclo de conflicto, inseguridad y pobreza». (Estrategia Europea de Seguridad)¹⁸⁷.

Los proyectos descritos a continuación, se referirán a tres ámbitos identificados por el CODUN (Desarme y Control de Armamentos Globales) y otras partes interesadas que participan en la iniciativa de la UE para combatir el tráfico de APAL por vía aérea: a) la necesidad de desarrollar un sistema seguro para proporcionar actualizaciones sobre empresas y aeronaves que efectúan rutinariamente nuevas matriculaciones de sus recursos y deslocalizan las empresas en sus esfuerzos por burlar la detección; b) la puesta a disposición de programas informáticos de gestión de riesgo y de formación para permitir que las misiones de gestión de crisis correspondientes, así como las autoridades internacionales y nacionales supervisen más eficazmente y detecten un número cada vez mayor de actores del flete aéreo sospechosos de implicación en el tráfico de APAL o en los movimientos de otros flujos de mercancías desestabilizadoras por vía aérea; c) la necesidad de proporcionar formación y apoyo técnico y suscitar la concienciación en las organizaciones mul-

186 REGLAMENTO (UE) N° 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por el que se aplica el artículo 10 del protocolo de las naciones unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, Considerando (2).

187 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, Bruselas, 13 de enero de 2006, p. 3. / Para hacer frente a esta amenaza, la Unión Europea ya adoptó en 2002 una Acción común (2002/589/PESC) y puso en marcha sobre esta base acciones específicas en África, Asia, Latinoamérica y en los Balcanes. En esta Acción común, la Unión definió tres objetivos globales; a) luchar contra la acumulación y la proliferación desestabilizadoras de armas de pequeño calibre y contribuir a poner fin a esta situación; b) contribuir a la reducción de la acumulación existente de este tipo de armas y su munición a un nivel que se corresponda con las necesidades legítimas de los países en materia de seguridad; c) ayudar a resolver los problemas causados por dicha acumulación. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, Bruselas, 13 de Enero de 2006, p. 7.

tilaterales, las misiones, los organismos regionales y los Estados de África y otras regiones a fin de consolidar su capacidad de detectar actores del flete aéreo sospechosos de implicación en el tráfico de APAL o el movimiento de otras mercancías desestabilizadoras por vía aérea¹⁸⁸.

Actualmente, con este tipo de canales de intercambio de información se busca intensificar la lucha con el tráfico de armas, además de exigir que se tipifiquen como delito las conductas de la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuegos –conforme al Protocolo adjunto de la Convención Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional– en los ordenamientos internos de los países miembros de la UE, aplicando sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias¹⁸⁹.

En la región americana, la lucha contra el tráfico de armas por parte de la OEA se entabla con posterioridad al Convenio Europeo de 1978, nace como reacción frente a la proliferación de armas en el conjunto del continente americano, con la consabida degradación de la seguridad ciudadana, la OEA propicio la celebración de un Instrumento jurídico internacional al respecto, adoptado en Washington, el 14 de noviembre de 1997, dirigido contra la fabricación y tráfico ilícito de armas, municiones, explosivos y otros materiales, cuyos objetivos principales son la erradicación y prevención del tráfico ilícito de armas¹⁹⁰, la prevención e intensificación de la cooperación, así como el desarrollo y fortalecimientos de los intercambios de información entre los Estados partes¹⁹¹. Se evidencia que, tanto las organizaciones internacionales, como los países de manera unilateral, combaten lo que se viene a denominar el tráfico de armas, que se presenta como un problema latente, debido a la característica de reutilización de las armas pudiendo circular por todo el mundo, así como el uso de las mismas en revueltas o protestas así como para la comisión de delitos.

188 DECISIÓN 2010/765 PESC DEL CONSEJO, *Sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas (APAL) por vía aérea*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, Anexo.

189 REGLAMENTO (UE) N° 258/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por el que se aplica el artículo 10 del protocolo de las naciones unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, considerando (7 y 16).

190 ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Evolución y perspectivas de la cooperación internacional contra el tráfico ilícito de armas y el narcotráfico*, Universidad Autónoma de Bucaramanga, vol. 10, n° 20, 2008, p. 22.

191 ÚBEDA-PORTUGUÉS, José Escribano, *Evolución y perspectivas*, op. cit., p. 23.

7.3. Blanqueo de capitales

El delito de blanqueo de capitales, que era prácticamente desconocido hasta finales de los años ochenta, ha motivado que se haya ido incorporando a la totalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno el interés por incriminar esta nueva forma de delincuencia, en un fenómeno legislativo que corre paralelo a la firma de varios Tratados internacionales que pretenden armonizar las diferentes legislaciones internas en este punto¹⁹².

Respecto a los antecedentes históricos, la falaz costumbre de utilizar determinadas prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la época medieval, cuando la usura fue declarada delito¹⁹³. En años recientes y en concreto a partir de la década de los setenta del pasado siglo, el fenómeno de blanqueo de capitales ha llegado a alcanzar unas dimensiones extraordinarias, como consecuencia lógica de las actividades delictivas generadoras de fondos objeto del mismo, y en especial del tráfico de drogas¹⁹⁴.

Con acierto indica DE LA CUESTA ARZAMENDI, respecto a la tipificación del blanqueo, como mecanismo tan estrechamente ligado a la criminalidad organizada y a través del cual se persigue «la integración del sistema económico legal de los beneficios obtenidos del delito», que su utilidad como un arma de primera importancia en el combate contra el crimen organizado y con vista a la aplicación de los mecanismos de confiscación de las ganancias ilícitas es clara: muy frecuentemente, su incriminación es el único medio preventivo efectivo contra el crimen organizado¹⁹⁵.

Las organizaciones criminales, tienen muchos problemas para la inversión de la liquidez acumulada gracias a los diversos tráficó en los que su actividad se halla inmersa. La disponibilidad de enormes cantidades de dinero hace aumentar exponencialmente las exigencias de «limpiar» los beneficios derivados de actividades delictivas. La limpieza, lavado o blanqueo de capitales básicamente consiste en hacer

192 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 17.

193 TONDINI, Bruno M., «Blanqueo de capitales y lavado de dinero; su concepto, historia y aspectos operativos», en *CAEI*, nº 20, 2006, p. 3 y sig.

194 ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 15-18.

195 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Principales lineamientos político-criminales», *op. cit.*, p. 11.

desaparecer las huellas del origen sucio del dinero, invirtiéndolo en actividades económicas lícitas para dotarlo de apariencia de legalidad¹⁹⁶.

Las expresiones de blanqueo de dinero o lavado de capitales, son neologismos con los que se designa en muchos casos la formulación técnica aquellos comportamientos dirigidos a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos¹⁹⁷. Por su parte, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ hace mención a dos concepciones extremas sobre el blanqueo de capitales: por un lado, las que consideran que el blanqueo se basa en la ocultación de los bienes de ilícita procedencia y, por otro lado, las que sostienen que lo fundamental en el blanqueo es la reintroducción de esos bienes en la economía legal¹⁹⁸. Acertadamente el mismo autor explica, que ambas perspectivas se hallan estrechamente vinculadas, pues no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda introducción de ese bien en la economía legal le otorgaría una apariencia de legalidad. Añade además un propio concepto de blanqueo de capitales que pasa a centrarse en la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales¹⁹⁹.

En el seno de las Naciones Unidas, el fundamento de la lucha contra el blanqueo de dinero es atacar a las organizaciones delictivas transnacionales en lo que se considera su punto más vulnerable «el blanqueo de capitales», puesto que el dinero generado por las actividades delictivas es difícil de esconder; a veces, constituye la prueba principal del delito cometido. Es posible identificar las transferencias de

196 El origen de tal expresión –lavado de dinero o money laundering– se remonta a la utilización por parte de las organizaciones mafiosas, fundamentalmente en los Estados Unidos, de cadenas de lavanderías automáticas para colocar los fondos de origen ilícito y el dinero obtenido de manera ilegal con el objetivo de encubrir su origen ilícito. Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Criminalidad organizada y mercados ilegales», en *Eguzkilo: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 11, 1997, p. 219. / También sobre la forma de combatir este fenómeno. Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde la perspectiva criminológica», en *Eguzkilo: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 23, San Sebastián, 2009, *passim*. / BLANCO CORDERO, Isidoro, «Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales», en *ADPCP*, vol. L, 1997, *passim*. / Sobre el mismo tema un artículo más reciente as reciente. Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *RECPC*. 13-01, 2011, *passim*.

197 GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas», op. cit., p. 568.

198 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo*, op. cit. p. 35.

199 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo*, op. cit. p. 35.

fondos delictivos en los sistemas financieros si se cuenta con mecanismos de alerta adecuados.

Desde fines del decenio de 1980 hasta finales de los años 90, las Naciones Unidas orientaron sus esfuerzos contra el «blanqueo de capitales» fruto del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y otros delitos graves²⁰⁰, posteriormente en el primer decenio este nuevo milenio cambia la perspectiva y dirige sus acciones principalmente contra la financiación del terrorismo²⁰¹.

La iniciativa internacional más temprana en materia de blanqueo de capitales, es la asumida por la UE con la Recomendación adoptada en 1980 por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, la cual representó un tímido comienzo de un fuerte empeño comunitario en tutelar efectivamente la transparencia de la actividad bancaria, con la finalidad de combatir el reciclaje de productos delictivos²⁰². Pero la gestación de este Instrumento internacional se produce unos años antes en 1977 cuando el Comité Europeo para los problemas criminales crea un Comité restringido de expertos sobre la violencia en la sociedad. Dicho Comité comenzó su tarea el primer trimestre de 1978 elaborando un Informe sobre la base de las respuestas dadas por los Estados miembros a un cuestionario acerca de las operaciones bancarias previamente distribuido, y, finalmente el 27 de junio de 1980, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación N° R. (80) 10 relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal²⁰³.

200 Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena, 1988, art. 3. / Declaración Política y Plan de Acción Contra el Blanqueo de Dinero, Aprobado en el vigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicado a la «acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas», Nueva York, 1998. / Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional, realizado en Palermo el año 2000. / al respecto también GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas», op. cit. pp. 571-572.

201 Esto conforme a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como ser: RES. 1269 (1999): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4053ª sesión, celebrada el 19 de octubre de 1999. / RES. 1368(2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión celebrada el 12 de septiembre de 2001. / RES. 1373 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. / RES. 1377 (2001): aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4413ª sesión, celebrada el 12 de noviembre de 2001.

202 ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2002, p. 58.

203 ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero*, op. cit., pp. 58-59.

En consonancia con la recomendación de 1980, la UE busca la protección de los sistemas financieros, mediante la Directiva 91/308/CEE²⁰⁴, que posteriormente fue modificada por la Directiva 2001/97/CE, la cual destaca la estrecha relación entre la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales, por lo que consideró necesario adaptar en consonancia la lista de delitos que pueden incluirse en este ámbito²⁰⁵, ampliando de esta manera la definición de blanqueo de capitales y tomando en consideración una gama más extensa de delitos, así como definiciones técnicas referentes a los que intervienen en las transacciones financieras esto conforme a la Directiva 2005/60/CE²⁰⁶.

Ahora bien, en principio la tipificación del blanqueo de capitales surge como un medio eficaz para combatir actividades delictivas del narcotráfico, y en este sentido se podría considerar como un instrumento «auxiliar», aunque actualmente, y debido a la desorbitada cantidad de dinero que se blanquea, llega a constituir un problema en sí mismo, ha alcanzado una entidad propia²⁰⁷, potenciada a su vez por la profesionalización de los grupos criminales orientados a la comisión de este tipo delictivo²⁰⁸. La importancia de la lucha contra la delincuencia financiera organizada va más allá del propio delito específico, puesto que, si es acertada, ha de atacar los cimientos mismos de las redes de delincuencia organizada, a saber, el mecanismo de obtener beneficios máximos por medios ilícitos. Privar a estas organizaciones de la

- 204 DIRECTIVA 91/308/CEE, DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, 1991.
- 205 DIRECTIVA 2001/97/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2001.
- 206 DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, Diario Oficial de la Unión europea, 2005, (considerando nº 7).
- 207 COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, *Blanqueo de capitales. abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la comunidad europea)*, CEJFJ-Ediciones, Madrid, 2005, p. 16. / Vid., en el mismo sentido, ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención*, op. cit., p. 19. / Una de las mayores preocupaciones internacionales al afrontar el problema de la delincuencia organizada asociada al tráfico de drogas es el de la utilización del sistema financiero económico para legitimar el dinero obtenido con actividades ilícitas. Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Fundación Ayuda Contra la Drogadicción, Madrid, 2002. p. 138.
- 208 ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención*, op. cit., p. 23.

capacidad de blanquear el dinero o financiar actividades delictivas incide perceptiblemente en su motivación y capacidad de funcionar²⁰⁹.

El blanqueo de capitales, según ley, es la conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a las personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos²¹⁰. Desde la perspectiva de la GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) (FACTF²¹¹), se hace diferenciación de tres etapas, que son la ocultación, la estratificación o conversión, y por último la decantación, es decir, el afloramiento de activos²¹². Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, los diferentes modelos teóricos propuestos –esto incluye la GAFI– no constituyen sino elucubraciones teóricas de difícil aplicación. Muestra de ello es la práctica inaplicación de esos comportamientos estancos de descripción de mecanismos de blanqueo, pues éstos pueden ubicarse indistintamente, bien en una fase, bien en otra, sin que pueda establecerse una rígida distinción²¹³. En el ámbito europeo se han tomado medidas

- 209 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO, *Relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, 2004, p. 3.
- 210 VEGA SÁNCHEZ, Victoria, *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (nueva ley 10/2010, de 28 de abril)*, Centro de Estudios Ramón Areces S. A. Madrid, 2010, p. 57 / Cfr. LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales. prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 29. / PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 823. Quien expone que el delito de blanqueo de capitales se conecta de manera casi tácita con el delito de tráfico de drogas, circunstancias que se manifiestan en los distintos tipos penales, haciendo a su vez menciona que el delito de blanqueo de capitales puede conectarse a otros tipos de delitos; sobre la misma línea ÁLVAREZ PASTOR, Daniel / EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *Manual de prevención*, op. cit., p. 16 / PELÁEZ MARTOS, José María, *Blanqueo de capitales, obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Grupo Wolters Kluwer España S. A., Valencia 2010, p. 23.
- 211 Financial Action Task Force on Money Laundering.
- 212 Es así que en la 1ra. fase, se hace el cambio del producto por otro que hace más fácil su manejo, es decir, cambiar grandes sumas de dinero metálico por otros mecanismos financieros; en la 2da. fase se trata de dar una apariencia de licitud a esos bienes previamente sustituidos, creando sociedad y realizando todo tipo de actividades orientadas a dificultar la posibilidad de investigación, para finalmente 3ra. fase que sería la integración de dicho dinero ya lícito en el tráfico de bienes, invirtiendo y mezclando esos bienes, con otros lícitos para así imposibilitar su identificación. *Vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, op. cit., p. 88. / Cfr. LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales*, op. cit., p. 48.
- 213 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo*, op. cit. p. 42.

de control respecto a la entrada y salida de dinero en efectivo, por ejemplo cuando la cantidad sea igual o superior a 10.000 Euros, que el portador está en la obligación de declarar²¹⁴.

En el caso de España, de acuerdo con el informe emitido por el GAFI, el Grupo de Acción Financiera Internacional (FACTF) en el año 2006 señala que España, de las 49 Recomendaciones que la ONU ha asumido como estándar internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales, cumplía totalmente 10, cumplía ampliamente 14, sólo parcialmente 11 y suspendía en tres. Además, señala que España no cumplía con el control de las cuentas corresponsales, que tienen las entidades bancarias en el extranjero, incumpliendo con ello las recomendaciones de prohibir a dichas entidades tener relaciones con los denominados bancos pantalla²¹⁵ en paraísos fiscales²¹⁶, por cuanto la utilización de un paraíso fiscal permite al comerciante internacional

214 La declaración contemplada deberá contener datos relativos a; a) el declarante, a saber: su nombre y apellidos, lugar y fecha de nacimiento y nacionalidad; b) el propietario del dinero en efectivo; c) el destinatario del dinero en efectivo; d) el importe y la naturaleza del dinero en efectivo; e) la procedencia y el uso previsto del dinero efectivo; f) el itinerario de transporte; el modo de transporte. *Vid.* REGLAMENTO (CE) Nº 1889/2005 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativos a los controles de entrada y salida de dinero efectivo de la Comunidad*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2005.

215 PELÁEZ MARTOS, José María, *Blanqueo de capitales*, op. cit., p. 28.

216 Según definición del Ministerio de Interior de España, paraíso fiscal es «el territorio o Estado que se caracteriza por una escasa o nula tributación a que someten a *determinada* clase de transacciones, ventas a determinadas personas o entidades que allí encuentran su cobertura o amparo». Así mismo, los paraísos fiscales permiten el registro de sociedades opacas mediante la inscripción de testaferros y personas físicas, ocultando quien es el verdadero titular de las compañías en cuestión. *Vid.* GARCÍA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. cómo se lava el dinero y cómo se combate el lavado*, Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2010, p. 145. / Entre las herramientas utilizadas para el blanqueo en los paraísos fiscales son: el sistema *offshore*, fundaciones, trusts, fideicomisos, la banca y los denominados pabellones de convivencia, *Ibidem*, pp. 203-259. En 1990 GAFI aprobó cuarenta recomendaciones, actualmente revisadas, que tienen como finalidad establecer Directrices para reducir la vulnerabilidad del sistema financiero al blanqueo de capitales, con una especial atención a los paraísos fiscales que son denominados «países o territorios no cooperantes» (PTNC). Pues bien, en junio de 2001 fueron retirados de la lista de paraísos fiscales, a aquellos efectos, las Islas Caimanes, Las Bahamas, República de Panamá y Principado de Liechtenstein, en octubre de 2002 la República Dominicana, y, posteriormente, ha retirado también de la lista San Vicente y las Granadinas. Según dicho organismo, debe suponerse que los citados territorios ya no deben ser considerados paraísos fiscales por haberse comprometido a aplicar dichas recomendaciones. *Vid.* http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/delinuencia_financiera.pdf. (página consultada el 14 de agosto de 2012)

sustraer la totalidad o parte de sus beneficios al Ministerio de Hacienda español, reduciendo de esta manera los costos y aumentando sus beneficios²¹⁷. Recientemente en el caso español se presenta una Reforma penal que también afecta al blanqueo de capitales²¹⁸.

Por otro lado, los paraísos fiscales constituyen el filtro por donde se «purifica-limpia» –por decirlo de alguna manera– el dinero con origen delictivo, sirviendo en cierta medida como herramienta que facilita el blanqueo de capitales y que, en consecuencia, produce pérdida y daño económico al Estado. La neutralización o bloqueo del vínculo de las relaciones de entidades bancarias que radican en un Estado con los paraísos fiscales podría considerarse como una opción de combate preventivo, buscando consolidar un contundente golpe económico a la delincuencia organizada.

Además, como es bien sabido, conforman un elevado número de territorios –44 en total– que o bien se vinculan desde un punto de vista jurisdiccional a un Estado soberano, o bien lo son por sí mismos. Incluso cuando no son Estados soberanos, gozan de una gran autonomía administrativa, aplican regímenes de exenciones y reducciones fiscales y de opacidad sobre la información, la titularidad y procedencia de los capitales, así como el funcionamiento de las entidades financieras y de las sociedades mercantiles establecidas en su territorio²¹⁹.

Los paraísos fiscales provocan un falseamiento del mercado interior: por este motivo, se plantea la necesidad de una acción comunitaria decidida que pueda asegurar la justicia fiscal e impedir una opacidad desestabilizadora, la evasión fiscal y la corrupción a través de los paraísos fiscales. Tampoco debe excluirse la posibilidad de establecer un delito penal en este ámbito²²⁰.

217 ARRABAL, Pablo, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Pirámides S. A., Madrid, 1992, p. 229.

218 DEL CARPIO DELGADO, Juana, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, pp. 1-28. / DEL CARPIO DELGADO, Juana, «Principales aspectos de la Reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301. 1 del Código penal», en *Revista Penal*, nº 28, julio 2011, pp. 1-28.

219 DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE»(dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, p. 7.

220 DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE»(dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, p. 7.

Existen indicios suficientes para afirmar, que la crisis financiera ha sido impulsada en parte por operaciones complejas y poco transparentes a cargo de operadores financieros domiciliados en jurisdicciones que aplican el secreto fiscal, lo que causa grandes perjuicios a los inversores y a quienes contratan estos productos financieros. Los paraísos fiscales albergan operaciones no incluidas en balances de las instituciones financieras, al igual que complejos productos financieros que no han contribuido a la innovación del sector financiero y provocan inestabilidad financiera. Existen suficientes pruebas de que, sobre todo en los países en vías de desarrollo, muchas de las inversiones directas extranjeras provienen de paraísos fiscales²²¹.

7.4. Trata de seres humanos

La trata de seres humanos, es un fenómeno generado por la criminalidad organizada y que ha ido evolucionando en su perfil, hasta el punto de convertirse en una práctica globalizada y muy rentable llegando a convertirse en uno de los grandes problemas de política criminal como el segundo gran negocio ilegal, por encima del tráfico de drogas y sólo superado por el tráfico de armas²²².

En el contexto global y de acuerdo al Protocolo Complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, muestra una clara sensibilidad respecto a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que son sometidos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, constituyendo una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata, pues, de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más, y que tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y que se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. La necesidad de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, marca una pauta latente

221 DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO «Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE» (dictamen de iniciativa), (2012/C 229/02), Diario Oficial de la Unión Europea, 2012, p. 9.

222 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014, pp. 198-199.

en el presente Protocolo Complementario²²³. Por estas razones, este tipo de delito podría considerarse como la versión moderna de la nueva esclavitud del siglo XXI²²⁴.

Paralelo a este delito también se encuentra el tráfico ilegal de personas, que en cierto sentido es producto de la circulación especulativa y aleatoria de capitales que favorece que sectores de la población, más o menos amplios, y en todos los contextos, se vean privados del acceso a los niveles mínimos de bienestar para una subsistencia digna, derivando hacia formas de exclusión social²²⁵. El tráfico de personas supone un fenómeno transnacional, pues implica en todo caso un traslado en el espacio a través de las fronteras de uno o varios Estados²²⁶.

El Protocolo complementario de la Convención de Palermo tiene en cuenta que, si bien existen Instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, no hay un Instrumento jurídico universal que aborde todos los aspectos de trata de personas²²⁷. En este sentido la Asamblea decidió establecer un Comité especial intergubernamental encargado de elaborar una Convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la elaboración, entre otras cosas, de un instrumento internacional relativo a la trata de mujeres y de niños.

223 CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, (prefacio).

224 POMARES CINTAS, Esther, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *RECPC*, 13-15, 2011, p. 3-4. / *Vid.*, ampliamente sobre este nuevo fenómeno de la esclavitud, BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, *passim*. / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. 9 y sig. / PÉREZ ALONZO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 94 y sig. / TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal», en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 3, 2006, p. 1737.

225 TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración», *op. cit.*, p. 1736.

226 TORRES FERNANDEZ, María Elena, «El tráfico de personas con fines de inmigración», *op. cit.*, p. 1737.

227 CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004. p. 43.

Para hacer efectivo este Instrumento, se tendrá que hacer frente a este delito de manera conjunta, con el intercambio de información entre países, tal como indica su art. 10, así como prevenirlo mediante Programas de información y difusión en la sociedad civil conforme al art. 9 del mismo Protocolo, reformando también las medidas ya existentes en los distintos países²²⁸.

Sobre la misma línea se deslizan las acciones comunitarias de la UE, conscientes de que este delito se comete a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada transnacional, constituyendo así una grave violación de los derechos humanos, que por esta razón está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene como objetivo evitar y combatir la trata de seres humanos²²⁹, labor que se plasma en la reciente aprobación de la Directiva 2011/36/UE, que reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que tanto las mujeres como los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. De acuerdo a la presente Directiva, la UE debe tomar medidas de asistencia y apoyo que deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de «disuasión» y «atracción» pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo o con fines de explotación laboral, por ejemplo en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico²³⁰.

Dicha norma representa la culminación de un largo proceso de viraje de la política de la UE en materia de trata de personas, iniciado ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, más propiamente desarrollado en la Decisión Marco de 2002/629/JAI²³¹ del Consejo, y que también guarda relación con el Convenio de

228 CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, *Anexo II, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, p. 46-49.

229 DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, p. 1.

230 DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (3) p. 1.

231 DECISION MARCO DEL CONSEJO, *Relativa a la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2002.

Varsovia de 2005²³², en el cual ya empiezan a cobrar importancia como centro de preocupación las víctimas del tráfico de personas. Actualmente el nuevo planteamiento de la UE al respecto aboga por un tratamiento victimocéntrico de la cuestión, que sitúa en el epicentro del tratamiento de este problema a los derechos humanos de las víctimas del proceso de trata. Frente a este nuevo prisma en la aproximación a la cuestión, resultaba ya tradicional a la política de la UE un tratamiento de tipo criminocéntrico, pues se limitaba a la gestión de este fenómeno como una mera cuestión criminal²³³.

En este sentido, la UE determina que se requiere un nuevo enfoque multidisciplinario a lo largo de la totalidad de la cadena de tráfico, abarcando igualmente a los países de origen, tránsito y destino²³⁴. Para esto es necesario la creación de un grupo de expertos en trata de seres humanos, el cual está compuesto de quince miembros con una amplia gama de conocimientos especializados en todos los aspectos de las políticas de lucha contra la trata de seres humanos y también con una representación equilibrada en términos de contexto institucional y regionales geográficos²³⁵.

En concreto este grupo se encarga de: *a)* presentar a la Comisión trabajos escritos sobre la cuestión de la trata de seres humanos, con un planteamiento coherente de este fenómeno; *b)* ayudar a la Comisión a evaluar la evolución de las políticas en materia de trata de seres humanos a nivel nacional, europeo e internacional; *c)* ayudar a la Comisión a determinar y definir posibles medidas y acciones pertinentes a nivel nacional, europeo e internacional en toda la gama de políticas de lucha contra la trata de seres humanos; *d)* suministrar un foro de discusión sobre cuestiones relativas a la trata de seres humanos e intercambiar experiencia²³⁶.

232 *Vid.*, con mayor detalle, CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, Varsovia, 16/5/2005.

233 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», en *RECPC*, 2011, p. 2.

234 DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (3).

235 DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, considerando (7).

236 DECISIÓN DE LA COMISIÓN (2011/502/UE), *Por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la decisión 2007/675/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, (art. 2).

Por último, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las siguientes conductas cuando se cometan intencionalmente:

- 1) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla;
- 2) existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso;
- 3) la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos;
- 4) el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1;
- 5) cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1;
- 6) a efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años²³⁷.

237 DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2011, (art. 2).

UNIDAD 3

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Competencias

- Identifica los rasgos principales de la teoría del castigo y de la pena

PRIMERA LECTURA

Mantovani, F. (2018). Erosión del principio de reserva de ley interrogantes y respuestas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 407-620). Madrid, España. Editorial Dykinson.

Se hace manifiesta la preocupación del profesor Morillas por los problemas jurídicos-penales contemporáneos, específicamente al principio de reserva de ley, frente a la pluralidad de posibles fuentes normativas, el cual trata de reservar el monopolio legislativo penal al poder legislativo.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirigirse a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. INTERROGANTES Y RESPUESTAS¹

FERRANDO MANTOVANI

Profesor Emérito de la Universidad de Florencia

Sumario: I. La función del principio de reserva de ley. II. La "constante" histórica de la finalidad garantista y la "variable" de la ratio de garantía. III. El rechazo a la reserva de ley en los ordenamientos dictatoriales y totalitarios. IV. La actual erosión de la reserva de ley en los ordenamientos democráticos liberales. V. Las causas de la erosión. VI. Los inquietantes interrogantes y los posibles remedios. VII. Consideraciones conclusivas.

I. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

En los modernos ordenamientos liberal-democráticos de *civil law*, el principio de legalidad se articula —como es notorio— en tres principios específicos, interdependientes e inseparables, funcionalmente dirigidos a una única finalidad garantista, si bien operan en tres diversas esferas de las fuentes, la formulación y la validez en el tiempo de la ley penal: 1) el principio de reserva de ley; 2) el principio de taxatividad; 3) el principio de irretroactividad.

Por cuanto concierne, más específicamente, al principio de reserva de ley, éste, frente a la pluralidad de posibles fuentes normativas, trata de reservar el *monopolio legislativo penal* al poder legislativo, con la doble consecuencia de excluir de las fuentes del Derecho penal: 1) en primer lugar, las fuentes no escritas; 2) pero también las fuentes escritas distintas de la ley (o de los actos con fuerza de ley), es decir, cualquier otro acto normativo del poder ejecutivo, de la Administración Pública.

La función del mencionado principio consiste, por tanto, primeramente no en salvaguarda de la certeza jurídica, como no ha dejado de afirmarse, que proporcionan en cambio, bajo sus respectivos perfiles, los principios de taxatividad-determinación y de irretroactividad de la ley penal. Y ello por una doble razón: 1) porque la ley penal, como ha ocurrido frecuentemente en la experiencia legislativa italiana, también recientemente, puede ser de contenido del todo incierto, por la generalidad, imprecisión u oscuridad de su formulación, mientras que una fuente escrita de rango inferior a la

¹ Traducido del original en italiano por Ignacio F. Benítez Ortúzar y Cristina Callejón Hernández.

ley, como un acto del poder ejecutivo, bien puede ser, como frecuentemente ocurre, más preciso y taxativo que la ley; 2) porque, concebida la ley en términos de certeza, se dejaría a salvo la posibilidad de una disciplina penal reglamentaria, también directa y autónoma, del poder ejecutivo, que es realmente lo que con tal reserva se ha intentado siempre de evitar.

Con la atribución del monopolio de la criminalización al poder legislativo, se persigue un doble objetivo: 1) evitar, mediante el rechazo a las fuentes materiales y subordinando al Juez a la ley, una primera posibilidad de *arbitrio del poder judicial* (a la segunda posibilidad, situada en la incerteza de la ley, responde el principio de taxatividad); 2) evitar, incluso antes, el arbitrio del poder ejecutivo: el “sujeto constitucionalmente más peligroso”.

II. LA “CONSTANTE” HISTÓRICA DE LA FINALIDAD GARANTISTA Y LA “VARIABLE” DE LA RATIO DE GARANTIA

En la historia del principio de la reserva de ley, la finalidad de la garantía siempre ha sido una constante, el fin desde el comienzo.

Ya en las especulaciones griegas la idea de la ley —como no ha dejado de evidenciarse— venía reconocida cual símbolo de racionalidad, escudo contra el arbitrio del poder y garantía de la igualdad de trato respecto a las decisiones caso a caso, sujeta sobre la base de las oscilantes valoraciones subjetivistas y no exentas de las influencias de las pasiones. La institución legal encuentra también precedentes históricos en el Derecho romano, en el común y en la criminalística medieval. Y anticipos ya desde las primeras Cartas medievales de libertad, en las cuales cada limitación de las esferas individuales requería la intervención de la ley, a cuya formación debían colaborar los mismos interesados, personalmente (así en el caso de los nobles de la época feudal) o a través de representantes.

Sin embargo, el principio moderno de reserva fue una conquista, en el ámbito del más general principio de legalidad, del pensamiento ilustrado-liberal como reacción al extrapoder del Estado de policía y nueva garantía de la libertad del ciudadano. Hasta el surgimiento de la idea-fuerza de los ordenamientos liberal-democráticos, con la consiguiente “constitucionalización” en las Constituciones, aún más rígidas, y el solemne reconocimiento en Cartas europeas e internacionales.

Variable, empero, en el tiempo, la individualización de la *ratio essendi*, del fundamento del principio de reserva de ley. Con el paso de visiones idealistas a visiones más realistas del mencionado principio. En la visión “optimista” del iluminismo democrático, tal principio se fundaba sobre las siguientes ideas-base (a reconsiderar para ver si y en qué medida las motiva-

ciones originarias del mismo mantienen hoy validez): 1) la limitación de las libertades individuales en la medida estrictamente necesaria *pro bono pacis*; 2) la *tripartición de los poderes* del Estado; 3) la *supremacía del poder legislativo*, en cuanto representante de toda la "sociedad unida" por contrato social y, como tal, incapaz de ser injusto sobre sí mismo; 4) la *justicia intrínseca de la ley*, porque por definición postula la compenetración del Derecho natural en el Derecho positivo; 5) la garantía de la máxima certeza, siendo la libertad la regla y la pena la excepción; 6) la absoluta *subordinación del juez a la ley penal*, con la preclusión de la misma interpretación por parte del juez, como simple "boca de la ley"; 7) la *inadmisibilidad de control de la ley* confiado a una jurisdicción autónoma respecto de la asamblea legislativa.

Desmentidos de los obstinados datos de la realidad, han venido a menos ciertas "ilusiones ilustradas" sobre la real tripartición de los poderes, sobre la no peligrosidad del poder legislativo (identificándose con la mayoría parlamentaria y la fuerza de gobierno), sobre garantismo y supremacía de la ley (expresión de la mayoría política y del límite al poder ejecutivo, convertida también en instrumento de gobierno) con su posible ilegalidad sustancial (aunque sea aprobada de acuerdo a los procesos constitucionales). No obstante, en la realidad político-constitucional actual el principio de reserva de ley ha conservado su validez garantista. Mutando, no obstante, la *ratio* de la función de garantía, no más identificada o no tanto, en el ideal del poder legislativo, representativo de la "unión" del pueblo en su totalidad, sino en la realidad del poder legislativo como el espejo más fiel (o menos infiel) del cuerpo social y, por ende, como centro dialéctico de la mayoría o de la minoría, tendiéndose también a reconocer en ella una institución directa más específicamente a tutelar los derechos de las minorías que a asegurar, inmediatamente, una suerte de garantía individual. Pero quedando, en todo caso, firme la convicción de que la representatividad del Parlamento, absorbente en las decisiones de la mayoría y la minoría y el mismo procedimiento legislativo, fundado sobre el debate parlamentario y desplegándose a través de múltiples filtros críticos, hace ahora del poder legislativo, a pesar de la crisis de representación ciudadana y del déficit de democracia, el instrumento más idóneo de garantía para los ciudadanos frente a las arbitrariedades y limitaciones de la propia libertad y los propios derechos. O, en cualquier caso, el "constitucionalmente" menos peligroso. Garantías individuales, asimismo, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de la Corte Constitucional y en el control del mérito mediante el referéndum abrogativo.

III. EL RECHAZO AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN LOS ORDENAMIENTOS DICTATORIALES Y TOTALITARIOS

En su historia, el principio de reserva de ley ha sufrido erosiones y repudios. Una primera descarga al anteriormente mencionado principio de legalidad, en la rigidez concebida por el liberalismo clásico, se ha producido con la irrupción del Positivismo penal y el consiguiente desplazamiento del centro de atención del delito al delincuente y de la pena retributiva a las medidas de prevención especial. A decir verdad, tal principio nunca fue repudiado por la Escuela Positiva, que "políticamente" continuó reconociendo en la legalidad formal una defensa del individuo contra la omnipotencia estatal y la fuerza bruta de la mayoría. No obstante, en la nueva perspectiva de un Derecho penal configurado sobre la lucha contra la peligrosidad criminal del sujeto, el fundamento lógico-jurídico del *nullum crimen nulla poena sine lege* acaba necesariamente desquebrajado respecto, ante todo, a la taxatividad del hecho y, sobre todo, de la determinación de las consecuencias penales. Y, en materia de peligrosidad social, la legalidad formal y la prohibición de la analogía brillaban por su ausencia en el fundamento lógico-jurídico.

Pero motivo de profunda meditación y de elocuente advertencia es la constante histórica del repudio al principio de reserva de ley en su función garantista en los regímenes dictatoriales y, más aun integralmente, en los regímenes totalitarios.

Ya con el advenimiento de los regímenes dictatoriales europeos del siglo pasado, el principio en cuestión ha sufrido, en Italia, un rechazo, por así decirlo, parcial, dado que no habiendo sido formalmente rechazado como tal, ha sido objeto de una mutación genética de su *ratio essendi*. Como prueba de la polivalencia de una idéntica categoría jurídica, el principio de reserva de ley es concebido no ya en su función garantista primaria, sino sobre una función autoritaria, anti-ilustrada y anti-iusnaturalista, cual estadocéntrica afirmación de la primacía de la ley de un Estado autoritario que no permite otra fuente del Derecho fuera de las leyes de las que emana, manifestaciones únicas e inderogables de su voluntad. Y en contradicción con una concepción garantista del mencionado principio: la previsión en los códigos y en las legislaciones penales especiales de figuras delictivas, fuertemente politizadas, ambiguas, omnicomprendivas, vehículos para conectar la ley penal con la ideología autoritaria e instrumentos para su defensa.

No obstante, el proclamado e integral rechazo hacia el principio de reserva de ley tuvo lugar en el período entre las dos guerras mundiales. La crisis del viejo Estado liberal, con la afirmación de nuevas concesiones de las relaciones entre individuo y Estado y con una conciencia crítica más clara del carácter formal del garantismo liberal lleva al nacimiento del *totalitaris-*

- B) Pero el rechazo más radical del principio de legalidad en sus tres componentes de reserva de ley, taxatividad-determinación e irretroactividad, se produjo en la Alemania nacionalsocialista. Así, sin un cambio legislativo total, pero sí con una reforma parcial de los textos legislativos, se transformó el Código penal liberal de 1871 en el Código del totalitarismo nazi. Una metamorfosis operada, ante todo, con la sustitución del parágrafo 2, en el que se consagraba el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por una nueva formulación, incriminatoria no solo de los hechos declarados punibles expresamente, sino también de los que merecieran sanción según el pensamiento fundamental de una ley penal y de acuerdo al "sano sentimiento del pueblo". Fuente, ésta última, amplísima y tan ambigua, que no solo superó el ámbito de una verdadera y real analogía, sino que encuentra su máxima expresión en la voluntad del líder (*Führer*). Estos órdenes, también informales, acaban por abolir no solo la certeza del Derecho, sino la propia "juridicidad", hasta el terrorismo penal nazi y a la impunidad o el sentido del deber de la violencia en los campos de concentración y los holocaustos. Con la caída del régimen nazi se volvió a restaurar, por parte de la misma Comisión aliada de control, el texto originario del mencionado artículo 2.

De los paradigmáticos acontecimientos referidos aparecen dos constantes históricas emergentes provistas de un fuerte valor pedagógico: 1) el repudio del principio de legalidad, en sus tres componentes garantistas, con cada advenimiento de un régimen autoritario y totalitario; 2) la reafirmación de tal principio con cada retorno del Estado liberal-democrático.

IV. LA EROSIÓN ACTUAL DE LA RESERVA DE LEY EN LOS ORDENAMIENTOS DEMOCRÁTICOS LIBERALES

En los tiempos presentes ha reaparecido, en términos nuevos, el fenómeno de la erosión del principio de reserva de ley, de la taxatividad-determinación y, por consiguiente, de la irretroactividad. Novedad identificable e identificada en una "red normativa", compleja, legislativa, sublegislativa e internacional: un entramado de fuentes, del que no queda fuera ni siquiera el Derecho penal. Existe una primera paradoja: que tales principios, supervivientes en los regímenes liberales-democráticos de todos los ataques frontales (de la crítica ideológica, psicoanalítica, científica) y recuperados de la doctrina moderna en su valor garantista, son actualmente vulnerados —ironías de la Historia— a pesar de su consagración expresa, y rígida en las Constituciones, como es el caso de la italiana.

En lo tocante al *grado de erosión*, se habla, según las distintas acentuaciones, de "crisis o, incluso, de eclipse" o, al menos, de "relativización", sien-

do dicho principio operativo en distinta medida, en su propia esencia, en el mismo Derecho punitivo, penal, administrativo y civil. Acerca de la *valoración*, el fenómeno erosivo es considerado negativamente; como pérdida de valores y motivo de inquietudes, o con resignación al saberse inevitable frente al nuevo que avanza. Cuando no también positivamente, con la esperanza, bajo la ola antipolítica y de las "miserias del legislador", de un mayor pluralismo de las fuentes. En la implícita convicción del útil colectivo, derivado de la integración en el Derecho penal, ante todo, del juez nacional y comunitario. Y bajo el embriagador efecto de esto "nuevo que avanza", el solo hecho de plantearse la pregunta sobre los riesgos del sacrificio de las garantías democrático-representativas del principio de reserva de ley es considerado un escrúpulo veteroiluminista.

V. LAS CAUSAS DE LA EROSIÓN

Para responder a este interrogante debe distinguirse, por así decir, entre: 1) las *causas indirectas*, porque se dirigen a debilitar la *ratio* democrático-garantista de la reserva de ley. Perceptibles también fuera de los confines italianos y considerados mutaciones de la democracia real, constituyen un declive de la centralidad del Parlamento y de su creciente ineptitud para actuar como lugar institucional de ejemplo de la racionalidad discursiva; de la pérdida de capacidad para elaborar proyectos y de actitudes innovadoras en la política; del debilitamiento de los partidos y de las desviaciones populistas de las mayorías gubernamentales; de la tendencia a la personalización y a la mediatización de la política; y del deterioro de la cualidad y del nivel cultural y profesional del personal político; 2) las *causas directas*, porque se dirigen directamente a la erosión de la reserva de ley y del más general principio de legalidad también en los componentes ulteriores de la certeza y de la no retroactividad. Y respecto de las cuales es necesario distinguir entre: a) las *causas endógenas*; b) las *causas exógenas* nacionales, supranacionales e internacionales.

A) *Endógenas* son las causas internas a la propia ley y constituidas por la *patología de la legislación penal*, existiendo una estrecha relación directamente proporcional entre dicha patología y la erosión jurisprudencial de la reserva de ley. Y tal patología consiste: 1) en la inflación legislativa, debida a una logorréica producción, sin tregua ni descanso, de leyes, a menudo más simbólicas que necesarias, destinadas a declamar la diligencia política de contrastar ciertas formas de criminalidad o a responder a ciertas instancias sociales de seguridad; 2) en la *inestabilidad endémica de la legislación* por la sucesión de reglamentaciones, derogaciones, modificaciones, neoreglamentaciones; 3) en el desaliño lingüístico y la *oscuridad* del producto legislativo, por incultura

o negligencia técnico-jurídica; 4) en la *legislación por "cláusulas"*, inspirada en principios ético-sociales y ya característica de los Ordenamientos modernos, remitiéndose a la discrecionalidad de los jueces las elecciones no efectuadas por el legislador; 5) en la *indeterminación de la norma penal*, siendo la norma indeterminada no un *prius*, sino un *posterius* respecto del concreto acto humano, en tanto que remite al juez la determinación del contenido preceptivo de la misma caso por caso; 6) en la *decodificación*, con la superposición sobre el tronco del Código penal de la mala planta de la *legislación especial*, hasta privarlo de su centralidad. Y aquí se produce una segunda paradoja: que tal Código acaba siendo, a menudo, el instrumento menos usado en la práctica judicial, con una alteración profunda de la *complementariedad* de las leyes penales especiales; demasiadas, complejas, confusas, superpuestas, inestables. Y este tipo de deterioro del Parlamento en la tutela del principio de legalidad comporta una tercera paradoja: la de la irrenunciable función de garantía del principio de reserva de ley, toda vez que el Parlamento vele no por la formulación técnica de los textos legislativos, sino solo por el "control" garantista de la producción legislativa.

B) Exógenas nacionales son las causas de erosión externas a la ley penal, pero siempre integradas en el aparato estatal. Consisten en la proliferación de fuentes normativas, atribuidas a:

- 1) El creciente *rol del poder ejecutivo* en la actividad normativa por la *tecnificación* de la sociedad moderna, que solicita el conocimiento y la competencia reales de los aparatos ministeriales; por la necesidad de afrontar de manera rápida y eficiente la complejidad técnica de los problemas; por la exigencia de conciliaciones de intereses potencialmente conflictivos, que opera a través de la imprescindible intervención de actos de la Administración Pública; así como la heterointegración de las figuras incriminatorias por obra de fuentes legislativas extrapenales o con rango inferior a la ley, que son erosivas del absolutismo de la reserva de ley.
- 2) En la *creación normativa jurisdiccional*, concepto que, por su significado impreciso, polivalente, es utilizado para indicar realidades diversas o contrapuestas en el ámbito de la creciente expansión de los poderes judiciales, marcada por el paso iluminista del "juez-boca de la ley" al más realista "juez-intérprete de la ley", hasta el inquietante "juez-creador de Derecho penal"; y, por tanto, desde la creatividad judicial no erosiva a la creatividad judicial erosiva o, incluso, demolidora de la reserva de ley, aunque no siempre son nítidos los confines de tales distinciones fundamentales.

No se opone a la reserva de ley la *creación jurisdiccional interpretativa*, dada la inevitabilidad de la interpretación de la ley, ya sea por su "generalidad" y "abstracción" respecto al caso concreto,

o por la presencia, en cada palabra de la ley, de un "núcleo" de evidente claridad y de una "aureola" de significados variables; y, consiguientemente, la no reducción de la actividad interpretativa a una mera operación "recognitiva", y la insuprimibilidad de un "margen de creatividad", contribuyendo a construir, en la realidad del momento histórico, la "norma"; quedando siempre, a diferencia de la analogía, en el ámbito de la disposición de ley, aunque dilatada, como en la interpretación extensiva, hasta el límite de su máxima extensión. Confronta, por tanto, con el principio de reserva de ley no la mencionada ineludible indeterminación intrínseca a la ley, cuando, cualesquiera que sean las técnicas de formulación y los elementos utilizados (rígidos o elásticos, pero no ambiguos, indeterminados, ético-emotivos, estimados por los regímenes dictatoriales, totalitarios, fundamentalistas), el supuesto adicional – basada en la complejidad de sus señales lingüísticas e interpretaciones – el grado de determinación necesario y suficiente que el juez puede consentir al identificar el tipo de hecho predeterminado en su unidad de desvalor. Sin embargo, se opone a tal principio la indeterminación del nivel del mismo precepto general y abstracto, excluyendo la posibilidad de establecer ya *a priori* lo que es lícito o está prohibido.

Sin embargo, son erosivos, pero no destructivos de la reserva de ley, al estar anclados en una disposición legislativa: 1) la *creación jurisprudencial de "supletoriedad jurisdiccional"*, concretándose: a) en la atribución legislativa al juez de poderes "delégados" de política criminal, por parte de un legislador incapaz de elaborarlos, por la presencia de ásperos conflictos; b) en la *intervención innovadora directa*, por parte del juez, para la tutela de intereses emergentes, si bien aún no reconocidos legislativamente por las crónicas atrasadas del legislador, a través de la denominada "interpretación evolutiva" de viejas circunstancias, incriminatorias o eximentes, nacidas y concedidas para otras finalidades de tutela.

Pero un verdadero y propio rechazo a la reserva de ley y la fractura del vínculo de sujeción del juez al imperio de la ley han tenido lugar con la experiencia de la creación jurisprudencial de la eufemística "interpretación constitucionalizada", que, en nombre de la adecuación del Derecho a los cambios históricos y a los principios constitucionales, aceptan como fuente del derecho no la ley penal ordinaria, debidamente interpretada según la Constitución, sino los principios, valores y las finalidades, consagradas o postuladas en el texto constitucional, a los cuales se pretende dar inmediata aplicación jurisprudencial, en el doble sentido de la concesión de tutelas particulares o de despenalización de actos previstos como delitos en la ley penal, al objeto de resolver conflictos de otro modo irreconciliables en el caso de eximentes codificadas; con el cum-

plimiento, así, no de los debidos actos de la jurisdicción (del *ius dicere*), es decir, de la aplicación de la ley, pero de auténticos actos de soberanía (del *ius facere*), es decir, de creación del Derecho. Y por la doble razón, presente en el Ordenamiento italiano de: a) que los cambios históricos y los signos del tiempo deben ser valorados por el legislador parlamentario, el único órgano constitucional investido de poder para adecuar la legislación a lo "nuevo que avanza" (si es digno de consideración jurídica); b) que el deber del magistrado, no menos esencial, es el de aplicar las leyes interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales, con los límites marcados por el texto de la ley. O, asimismo, remitirse al juicio del Tribunal Constitucional en cuanto a lo que sea considerado una incompatibilidad entre la ley y la Constitución.

- C) Exógenas supranacionales o internacionales son las causas de erosión de la reserva de ley constituidas por las fuentes normativas del Derecho europeo comunitario (en tanto que no siendo fuentes de Derecho penal europeo) o del Derecho internacional y la consiguiente conexión y adecuación del Derecho interno a dicha normativa, respecto a las cuales cabe distinguir entre: 1) la normativa comunitaria o internacional con *incidencia indirecta* sobre el Derecho penal interno (como los convenios europeos, las directivas comunitarias generales, las decisiones-marco y el Derecho internacional contractual), las cuales, requiriendo una transposición legislativa estatal, no se oponen, al menos formalmente, a la reserva de ley. Aunque se diluye su esencia, tratándose de obligaciones de incriminación que, en realidad, despojan al propio Parlamento de la iniciativa o de la elección del contenido de la tutela penal y de la política criminal; 2) la normativa comunitaria con *incidencia directa* sobre el Derecho penal interno, pues no se necesita transposición legislativa alguna y, en virtud de la primacía del Derecho comunitario (como interpretó la Jurisprudencia comunitaria) que impone al juez interno la adopción de interpretaciones conforme a dicha normativa o la inaplicación de la ley estatal en caso de contradicción con el Derecho comunitario que no pueda ser salvada por la vía interpretativa. De forma similar ocurre con el Derecho internacional consuetudinario, que entra directamente en el Derecho penal italiano en virtud de la denominada "orden de ejecución en blanco", a la que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución (sin perjuicio de su compatibilidad con la Constitución, quedando esto sometido al control del Tribunal Constitucional), ofreciéndose al juez criterios interpretativos e imponiéndose al legislador la labor de tutela de los intereses internacionalmente protegidos.

VI. LOS INQUIETANTES INTERROGANTES Y LOS POSIBLES REMEDIOS

Los fenómenos mencionados anteriormente relativos a la erosión, alejamiento o abandono del principio de reserva de ley, de un lado imponen un debido reconocimiento relativo al estado de salud de tal principio, y de otro lado plantean una serie de interrogantes.

- A) Concretamente: 1) si dichos fenómenos, en su dimensión actual, son mayoritarios o minoritarios. Y la respuesta parece estar, no inverosímilmente, en el primer sentido, concerniendo todavía a sectores normativos específicos y no a todo el sistema penal, legislativo y judicial, marcado todavía desde una amplia observancia al principio de reserva de ley, también en el Ordenamiento italiano y no menos, si no nos equivocamos, en los restantes Ordenamientos europeos; 2) si tal principio continúa constituyendo, en la complejidad de la realidad actual, un "valor", si bien con nuevas dimensiones valorativas respecto a las concepciones optimistas originales y sin enfatizaciones ni mitificaciones. Interrogante cuya respuesta es positiva, al menos según la doctrina mayoritaria italiana, también en vista del dato histórico de la doble constante que marcará de por vida: el repudio al principio de reserva de ley y, más genéricamente, de todo el principio de legalidad, con el advenimiento de más totalitarismos penetrantes; y la restauración de tales principios como consecuencia del retorno de la libertad democrática; 3) si, todavía, existe hoy en día una posible *alternativa* capaz de asegurar el "tanto de garantía", salvaguardado por el principio de reserva de ley (especialmente si es absoluto) y sustituta de tal principio. La respuesta es fundamentalmente negativa porque las perspectivas ofrecidas de alejamiento del Derecho penal del mencionado principio van en el sentido de servir, como siempre ha servido, no para asegurar una justicia mayor, sino para acumular el arbitrio legislativo y el arbitrio judicial. Y queda siempre el problema de fondo, cuando salimos de los confines de la norma, que son las otras fuentes del Derecho penal, los valores sustantivos y objetivamente cognoscibles a los que se hace referencia, los instrumentos de conocimiento para obtener de dichos valores con objetiva certeza la justicia sustancial; con el peligro inevitable de que, tratándose de valores ligados a correcciones filosóficas de la realidad, lo que termina por decidir es la ideología del intérprete, doctrinal o jurisdiccional, o el objetivo del Estado. Y según el Ordenamiento italiano el principio de reserva de ley, categóricamente proclamado por el artículo 25 de la Constitución, impide al legislador deshacerse del mismo. Y si dichas premisas tienen un fundamento, son con el siguiente corolario: 1) ante todo, no solo la no defensa y, todavía más, la no división y el no presagio de ulteriores argumentos erosivos de la reserva de ley, sino también

la *enfaticización en la inevitabilidad* de los fenómenos erosivos, favoreciendo e incrementando así o incluso legitimando las tendencias jurisdiccionales, antes examinadas, hacia una "interpretación creativa", con el consiguiente paso del "Derecho vivo" al "Derecho libre". Así como la no oposición al proceso de "europeización" del Derecho penal por la excepción del *déficit* de democracia; 2) la investigación y detección de un *sistema de soluciones* no solo para contener los fenómenos erosivos y para reducir las distorsiones, sino también para la reconstrucción del principio de reserva de ley en la nueva realidad de pluralidad de fuentes, con la recuperación de la legalidad no solo de las fuentes internas, sino también de las comunitarias. El problema, por tanto, no es el abandono del principio de reserva de ley, que se ha visto deteriorado, sino su revitalización, curando sus magulladuras o, al menos, las más profundas.

B) Sobre el plano teórico y abstracto aparecen, no fáciles, pero tampoco imposibles:

- 1) Los *remedios contra las causas erosivas endógenas*, eliminables mediante la supresión de la "patología de la legislación penal": de la inflación y la inestabilidad legislativa, con la recodificación y con la restaurada centralidad del Código penal y la complementariedad marginal de la legislación especial, justificable si se encuentra circunscrita a sectores eminentemente técnicos y a la legislación derogatoria con carácter de temporalidad, excepcionalidad y emergencia, el *desaliño lingüístico*, con formulaciones penales con claridad y determinación y con el uso de un lenguaje correcto y uniforme, encomendándose a la competencia técnica de los formuladores de los textos legislativos, dotados de capacidad de esencialización y simplificación en lucida síntesis.
- 2) Los *remedios contra las causas erosivas exógenas nacionales*: los retardos legislativos respecto a las exigencias de tutela, con la simplificación del proceso de producción legislativa a través de la abolición del sistema bicameral vigente en Italia. Causas eliminables, sobre todo, reportando la actividad jurisdiccional a su cauce institucional, constituido por la aplicación de la ley, con el ineludible coeficiente de "creatividad interpretativa" pero no "creación jurisdiccional del Derecho", actividad no consentida (incluso constitucionalmente) para el juez. Queda una función impropia de la magistratura, también cuando se debe a la "patología legislativa" (favoreciendo las leyes indeterminadas, oscuras, ilegibles y la supletoriedad jurisdiccional, la creatividad del juez). La erosión de la reserva de ley es salvable no con la legitimación de tal impro-

pia función, atribuible a una mala gestión del poder legislativo, sino con la eliminación de dicha gestión.

3) Los remedios contra las causas erosivas exógenas supranacionales, de menos fácil y más compleja actuación, dado que las fuentes normativas comunitarias, no solo no pueden ser suprimidas, sino que están destinadas a incrementarse con la intensificación del proceso de integración europea, con la subsiguiente acentuación de la erosión del principio de reserva de ley. Y partiendo de la no eliminabilidad de dichas fuentes y teniendo en cuenta, asimismo, que la elaboración, la formulación y la aprobación de las normativas comunitarias operan por la actividad conjunta (la denominada codecisión) no solo del Parlamento, representante de los pueblos europeos, sino sobretudo de instituciones representativas de los gobiernos que simbolizan el "Gobierno" de la propia Comunidad, el remedio que se propone es el siguiente: la elaboración de una legalidad comunitaria, construida sobre bases democráticas dentro de una reconstrucción completa de la construcción europea. Con el auspicio, por tanto, de una evolución institucional que asegure al Parlamento la misma función legislativa, que compete hoy a los Parlamentos nacionales, con las leyes penales configuradas sobre el principio de legalidad (reserva de ley, taxatividad-determinación, irretroactividad). De tal modo que la "cobertura legislativa" de la norma penal quedaría asegurada, directamente desde su origen, al nivel europeo, especialmente por cuanto concierne a la normativa comunitaria con incidencia directa sobre la legislación penal interna.

VII. CONCLUSIONES FINALES

Por todo lo antecedente y pasando del plano teórico y abstracto al plano práctico y concreto, es crucial el siguiente interrogante: si los Estados involucrados son capaces y presentan la voluntad de arbitrar los remedios adecuados para recuperar y salvaguardar el principio de reserva de ley, en su dimensión nacional y comunitaria, lo cual es inimaginable sin una profunda inversión jurídico-político-cultural. O si, por el contrario, dejan desarrollarse, por inercia, resignación, impotencia o falta de voluntad, el proceso de desgaste de dicho principio, no pareciendo adaptarse al mismo las sociedades modernas, siempre más complicadas e inestables, a través de una inversión jurídico-político-cultural: en el cuadro de un "desorden jurídico" general.

El futuro decidirá si la actual tendencia expansiva de este "desorden jurídico" quedará sólo en una fase aguda y, por ende, transitoria, coincidente con una crisis de nuestra civilización, o si, por el contrario, una crisis crónica

y progresiva, a través de nuevos desarrollos, estará destinada a caracterizar de manera estable nuestros Ordenamientos jurídicos, haciéndose de la inseguridad jurídica y del *arbitrum iudicis* síntomas, junto a otros más inquietantes, de la decadencia de nuestra civilización, con el reflorcer de concepciones turbias del mundo.

El problema de la inseguridad jurídica en el derecho moderno es un problema de fondo, que afecta a la esencia misma del derecho. En el derecho antiguo, el derecho era una cosa viva, que se desarrollaba y crecía con la vida misma de la comunidad. En el derecho moderno, el derecho es una cosa muerta, que se impone a la vida desde fuera. Esta es la causa de la inseguridad jurídica que caracteriza al derecho moderno. El derecho moderno es un derecho que se ha creado artificialmente, que no tiene raíces en la vida misma de la comunidad. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no tiene una base firme y estable. El derecho moderno es un derecho que se ha creado para satisfacer las necesidades de una sociedad que está en constante cambio. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no puede seguir el ritmo de los cambios de la sociedad. El derecho moderno es un derecho que se ha creado para satisfacer las necesidades de una sociedad que está en constante cambio. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no puede seguir el ritmo de los cambios de la sociedad.

CONCLUSIONES FINALES

El problema de la inseguridad jurídica en el derecho moderno es un problema de fondo, que afecta a la esencia misma del derecho. En el derecho antiguo, el derecho era una cosa viva, que se desarrollaba y crecía con la vida misma de la comunidad. En el derecho moderno, el derecho es una cosa muerta, que se impone a la vida desde fuera. Esta es la causa de la inseguridad jurídica que caracteriza al derecho moderno. El derecho moderno es un derecho que se ha creado artificialmente, que no tiene raíces en la vida misma de la comunidad. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no tiene una base firme y estable. El derecho moderno es un derecho que se ha creado para satisfacer las necesidades de una sociedad que está en constante cambio. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no puede seguir el ritmo de los cambios de la sociedad. El derecho moderno es un derecho que se ha creado para satisfacer las necesidades de una sociedad que está en constante cambio. Por eso, el derecho moderno es inseguro, porque no puede seguir el ritmo de los cambios de la sociedad.

SEGUNDA LECTURA

Carbonell Mateu, J. C. (2018). Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 81-97). Madrid, España. Editorial Dykinson.

Constituyen reflexiones en las cuales se expresa la preocupación por las garantías, por su ausencia y el deterioro al que el populismo punitivo conduce al derecho penal positivo; asimismo, cual es el rol que asumen los penalistas respecto al tema.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LOPEZ
JESUS BARQUIN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirigirse a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

CRISIS DEL GARANTISMO PENAL Y PAPEL DE LOS PENALISTAS ¹

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

1. No cabe duda del papel que corresponde al derecho penal en la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano. Como tampoco de su potencial utilización en contra de los mismos. Lo que resulta lógico a partir de la consideración de las normas penales como limitadoras de las libertades. La libertad es, no se olvide, el valor superior del ordenamiento jurídico, tal como lo declara el artículo primero de la Constitución. Toda limitación de la libertad tiene que estar fundamentada precisamente en términos de libertad: en otras palabras, el legislador ordinario no puede restringir la libertad sin un motivo para ello. Y el Derecho penal es, como sabemos, el instrumento más duro de injerencia en la vida de los ciudadanos que posee el Estado de Derecho. La previsión de cualquier conducta delictiva a la que unimos una consecuencia jurídica consistente en la privación o, al menos, limitación de derechos a quien infrinja la prohibición de llevar a cabo las mismas constituye una limitación del principio general de libertad o del libre desarrollo de la personalidad, por utilizar la expresión del artículo 10 de la Constitución.

2. Hace ya tiempo que se impone reflexionar sobre la situación del Derecho penal y la labor que a los penalistas nos corresponde y de resaltar la necesidad de asumir nuestro compromiso con el Estado de Derecho o, lo que es lo mismo, con la Libertad como valor superior. Es menester ahora cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que se está produciendo en la mayoría de los países. La relativización de los principios liberales —en el sentido más digno de ese término—,

1 Las páginas que siguen no constituyen un artículo de investigación sino, más bien, unas reflexiones muy generales que considero necesario transmitir. Por ello carecen de aparato bibliográfico. Me he permitido rescatar algún texto anterior y actualizarlo con referencias muy actuales. Circunstancias personales y profesionales me han impuesto, por otra parte, el recurso a esta fórmula que, en todo caso, me permite contribuir a este homenaje tan merecido a Lorenzo Morillas, modelo de dedicación universitaria y al que me unen tantas cosas. Entre otras, la preocupación por las garantías y, sobre todo, por su ausencia y por el deterioro al que el populismo punitivo está conduciendo al derecho penal positivo.

el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad como fundamento casi exclusivo y sobre todo ilimitado de la intervención punitiva son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás hacia los momentos más oscuros del Derecho penal desde el período anterior a la Ilustración. Cada día es más evidente que corremos el riesgo de perder referencias fundamentales que creíamos logros inamovibles. Y, como vamos a ver, el principio de culpabilidad como expresión rotunda de la dignidad de la persona, que nunca puede ser privada de sus derechos y de su estatuto cívico si no es en virtud de que lo merezca tras incumplir los deberes que también como ciudadano le corresponden, y justamente en esa medida, está siendo ignorado de forma tan grosera que puede anunciarse su paulatina desaparición.

Una sociedad democrática es, necesariamente, una sociedad plural, en la que la discrepancia es considerada un valor positivo. Y un Estado que responde a esa sociedad genera un Derecho al servicio de la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, y el pluralismo político, valores proclamados por la Constitución Española, así como la paz y el desarrollo integral de la persona: el libre desarrollo de la personalidad constituye el fundamento del orden político y de la paz social, de acuerdo con el artículo 10. El Derecho penal de un Estado democrático constituye el instrumento último de tutela de los valores e intereses que le caracterizan. Puede, en fin, afirmarse que las normas punitivas suponen el límite al ejercicio de los derechos fundamentales, evitando que el abuso de la libertad pueda agredir los derechos y las libertades de los demás. Y tratan de reconducir las conductas de los ciudadanos hacia el terreno de lo tolerable por la mayoría. Toda sociedad, para convivir, requiere de una mínima homogeneidad de conductas: aquélla en la que se respetan los derechos ajenos. Sin ese respeto, eso también hay que decirlo; la libertad y el resto de los derechos de la persona son una quimera. Y ese ha de ser el terreno al que me refiero. El Derecho penal, en suma, delimita el ámbito de homogeneidad que se exige marcando el límite a la heterogeneidad, al pluralismo, como valor. Resulta obvio señalar que cuanto mayor sea el ámbito de reconocimiento de éste y menor, consiguientemente, el de la imposición de homogeneidad, más democrático será ese Derecho. Y que la máxima negación de esos valores viene constituida por la carrera hacia la sociedad del pensamiento único.

La disyuntiva entre el Derecho penal liberal, hijo del Iluminismo, y el autoritario, descendiente directo de la Inquisición, es una lógica consecuencia de la lucha entre democracia y totalitarismo, entre laicismo y fundamentalismo y entre pluralismo e integrismo. El gran valor a alcanzar es, según se afirma, la seguridad; valor que será contrapuesto a la libertad. La seguri-

dad, sin embargo, no puede constituir por sí misma un valor: es menester predicarla de algo, puesto que se trata de un concepto de referencia. Son los derechos fundamentales de la persona los que deben estar por detrás de la idea de seguridad. Y, paradójicamente, son los que sufren hasta verse negados.

3. La pérdida de referencias valorativas o, lo que parece más real, la ocultación de las verdaderas, tiene su origen teórico en concepciones del Derecho penal pretendidamente asepticas. El funcionalismo sistémico se presenta como una doctrina de cariz sociológico en la que sólo importa cómo funciona el sistema y qué papel desempeña en él la respuesta penal frente a la insatisfacción de las expectativas. La norma se protege a sí misma. La consecución de la "prevención general positiva", esto es, de la confianza de los ciudadanos en la vigencia y validez de las normas, se convierte en el "*leit motiv*" de las propias normas. No hace falta mayor justificación. Incluso desde posiciones pretendidamente progresistas se afirma que caminamos hacia un concepto de delito que, superando la vieja idea de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, ha de ser entendido "*simplemente*" como el cuestionamiento de la vigencia de la norma. Naturalmente, eso permite no cuestionar al servicio de qué o de quién hemos puesto el Ordenamiento jurídico. Desde esa perspectiva, la seguridad —y su inseparable antagonista, la peligrosidad— se convierte, contradiciendo lo que antes señalábamos, en el valor supremo. Que sean, ontológicamente, conceptos de referencia, no parece importar. Se trata de ocultar que toda norma, pero sobre todo la penal, es una decisión política que juega con la libertad. Y que toda decisión política está al servicio de un interés. En Derecho la asepsia es imposible. En esas condiciones la crítica resulta improcedente: la norma, que no admite más cuestionamiento que el de su corrección competencial, no tiene más función que la de regir: estamos ante la justificación teórica del pensamiento único y del reino de la homogeneidad absoluta: no hay espacio para la discrepancia ni, por consiguiente, para el pluralismo. Porque, precisamente éste discute la validez acrítica de la norma. Y, por eso, ésta —la norma como expresión armada del Poder— se dirigirá fundamentalmente contra quien la cuestione.

El resultado de todo ello es lo que ha venido a denominarse, incluso por quienes lo propugnan, *Derecho penal del enemigo*, concepto éste que tampoco es nuevo, pero que parecía desterrado desde hace muchos años. En tiempos del pre-nazismo, ya se preveía un trato diferenciado para quienes incurrieran en la *ceguera jurídica* (*Rechtsblindigkeit*) o en la *enemistad u. hostilidad jurídica* (*Rechtsfeindlichkeit*). De esta forma quedaba negado uno de los fundamentos básicos del Derecho penal liberal: no se desvalora al autor sino

al hecho: el único fundamento y objeto de la aplicación de las normas penales es la verificación de un hecho delictivo; de una conducta constitutiva de una agresión tipificada contra los valores e intereses de los demás. Y no puede ser de otra manera si partimos del principio general de libertad, en virtud del cual todo ciudadano tiene derecho al pleno desarrollo de su personalidad, con el único límite del que deriva del conflicto con los derechos ajenos y, de otra parte, todo aquello que no esté expresamente prohibido, es justo y se tiene derecho a hacerlo. Por el contrario, se tratará ahora de señalar que el delito no es sino un síntoma de la hostilidad del individuo, de su pertenencia al círculo de los *enemigos del sistema*, y frente a quien hay que intervenir negándole toda consideración como ciudadano. Se trata de un Derecho penal de autor: el viejo aforisma autoritario "ninguna libertad para los enemigos de la libertad" adquirirá su sentido más dramático, porque, al final, o la libertad se queda sin ningún amigo o éste va a ser considerado un anti-sistema. La utilización de un concepto tan profundamente ambiguo y tan manejable para el Poder como el de peligrosidad para fundamentar la represión, siquiera sea revestida de prevención, constituye el mayor peligro para el abuso de Poder y la negación de las libertades en la política penal contemporánea. Sistema y libertad se alejan peligrosamente. No extraña, por eso, el auge de los conceptos de seguridad y peligrosidad y el abuso de las medidas de seguridad para imputables e inimputables: la culpabilidad, expresión del incumplimiento del deber, tiene límites, la peligrosidad no.

4. El terrorismo constituye en nuestros días el fenómeno más evidente de hostilidad al sistema. Naturalmente, también desde dentro de éste se producen agresiones, tales como la corrupción, el abuso de toda posición de poder y el fomento de la marginalidad, pero todo ello puede ser perfectamente asimilado: se trata tan sólo de efectos secundarios generados por el propio sistema. Y naturalmente también, el terrorista no es el único enemigo: el Derecho penal de autor va a ser aplicado a todo el que no reúna las características típicas —la tipicidad juega aquí un papel radicalmente opuesto al que le corresponde en el Derecho penal liberal— del ciudadano homologado: el inmigrante sólo será acogido si pertenece a una casta social y, sobre todo, económica, que le convierta en un igual, en un auténtico ciudadano. El vergonzoso espectáculo que ha mostrado la pretendida cuna de la democracia, la Unión Europea, con la expulsión masiva de refugiados constituye una demostración palmaria.

En cualquier caso, es lo cierto que el terrorismo constituye una amenaza obvia para los fundamentos y, por tanto, la propia supervivencia del sistema establecido. Y también lo es que resulta lícita y plenamente justificada una respuesta penal sumamente dura para los hechos que podamos encuadrar

bajo dicho rótulo. No parece razonable negar la evidencia de la necesidad de una política, también penal y hasta fundamentalmente penal, antiterrorista. Cuestión muy diferente es que dicha política haya de abarcar hechos y, sobre todo, autores que están bien alejados del acto terrorista, mientras que el terrorismo desarrollado desde el Poder, generalmente aunque no de forma exclusiva, desde el Estado, queda por fuera de su ámbito.

Naturalmente, el Terrorismo de Poder, que abarca el de Estado junto a otros, nace en el seno del sistema y sólo se considerará contrario al mismo desde una concepción ideal o, por mejor decir, desde un sistema lo suficientemente perfecto como para depurar sus propias desviaciones. Lo normal, por el contrario, será que ese terrorismo, lejos de ser definido como tal, sea reconocido como una simple consecuencia, en el fondo asimilable, de la lucha antiterrorista. En palabras de Noam Chomsky "el terrorismo sí funciona: es el arma de los fuertes. Es un error analítico muy grave decir, como se hace habitualmente, que el terrorismo es el arma de los débiles. Al igual que cualquier otro tipo de violencia, el terrorismo es fundamentalmente el arma de los fuertes. De hecho, lo es de un modo arrollador. Simplemente se dice que es el arma de los débiles porque el fuerte ejerce también el control sobre los sistemas de adoctrinamiento y porque su terror (el del fuerte) no cuenta como tal". En lo que el aludido autor denomina método propagandístico de abordar el estudio del terrorismo "se empieza por la tesis de que el terrorismo es responsabilidad de un enemigo oficialmente designado. Entonces calificamos los actos terroristas de "terrorismo" sólo si pueden atribuirse (de forma "plausible" o no) al origen requerido: de lo contrario, deben ser ignorados, suprimidos o calificados de "represalia" o "autodefensa".

La política antiterrorista constituye, así, un terreno perfecto para el Derecho penal del enemigo. La complejidad del fenómeno, las conexiones de todo tipo que encierra, económicas, políticas, sociales, culturales, etc., hacen que la lucha contra el terrorismo se dirija a todo el entramado que rodea, o que pertenece a, la organización o banda armada. Y lo peor es que nos estamos deslizando muy peligrosamente a través de una enorme mancha de aceite.

La tentación, a la que se sucumbe cada día, de utilizar en beneficio propio la dialéctica terrorismo-antiterrorismo invade absolutamente la vida política. El círculo de *enemigos* se acrecienta hasta alcanzar a todo discrepante. La expansión de la normativa pretendidamente antiterrorista y su desmesurada aplicación creciente por parte de los Tribunales está suponiendo, en nuestro país, una limitación de la libertad tan preocupante que comienza a resultar insoportable. La amplísima redacción del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (arts. 578 y siguientes del Código Penal) es un buen ejemplo, probablemente el mejor, de lo que pretendo se-

ñar. Es un extraño híbrido entre una extensión ciertamente desmesurada de la apología y unas injurias que han de ser entendidas como dirigidas a las víctimas en tal calidad y en relación con el hecho criminal que las convirtió en tales. En la medida que la doble figura delictiva que contempla el precepto afecta de manera muy directa y muy grave a la libertad de expresión, piedra angular del Estado democrático, se impone una interpretación restrictiva muy alejada del camino que están adoptando los Tribunales de Justicia. El precepto fue introducido en la muy autoritaria reforma del Código Penal de 2000 y vino prácticamente a anular la regulación que sigue conteniendo el Código de la apología. Ésta sólo puede ser delictiva, de conformidad con el artículo 18, cuando constituya una “forma de la provocación” al delito, es decir, cuando constituya un acto preparatorio con la consiguiente exigencia de un ánimo en quien provoca que los hechos delictivos se lleven a cabo. El enaltecimiento, que evita la utilización de la expresión “apología”, pero que no es más que una versión ampliada de la misma, habría de ser interpretado de la misma manera como una regulación concreta de la apología del terrorismo. Sin embargo, la resolución del caso Strawberry (Sentencia de 27 de octubre de 2017) supuso una ruptura frontal con principios que consideramos básicos del Derecho penal democrático. En la medida en que afirmaba que las expresiones que se juzgan han de ser interpretadas de manera estrictamente objetiva –lo que no debería significar extraídas de su contexto y circunstancias– y con independencia de cuál fuera la intención y el ánimo con el que su autor las profiriera. Con ello, el enaltecimiento deja de ser una concreción de la apología y, por tanto, de estar sujeto a las exigencias contenidas en la regulación de ésta; deja de ser un acto preparatorio. El alcance de este giro jurisprudencial es gravísimo porque concierne al mismo fundamento de la figura como límite a la libertad de expresión. Ésta sólo se puede justificar en la medida en que su uso constituya una invasión a la libertad de los demás –lo que, ciertamente, incluye su honor–, o que implique la incitación a la comisión de hechos delictivos. Cualquier interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente recogidos en el artículo 20.4 de la Norma Fundamental ha de reputarse inconstitucional. Y, a mi juicio, la sentencia del caso Strawberry, va mucho más allá. Y, por tanto, vulnera la Constitución. Lo mismo, desde luego, hay que decir de la del caso Valtonic, condenado nada menos que a tres años y seis meses por la Audiencia Nacional, en pronunciamiento ratificado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 79/2018, de 15 de febrero, que pretende ampararse en la doctrina de los Tribunales Constitucional y Europeo de Derechos Humanos: la STC 177/2015 de 22 de julio, recoge que, según doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio

en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia, como es el caso (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, §§ 58 a 60, por remisión a los casos Bingöl c. Turquía, núm. 36141/2004, ap. 41, de 22 de junio de 2010, y; *mutatis mutandis*, Cumpănă y Mazăre c. Rumanía [GS], núm. 33348/1996, ap. 115, TEDH 2004-XI).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha proclamado: a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Y advierte de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Con respecto a la humillación a las víctimas del terrorismo, estamos ante una ampliación de las injurias que puede ser fácilmente justificable en la medida en que supone un incremento del ataque al honor de quien ya ha sufrido un gravísimo dolor por el acto de terrorismo. Pero, claro, eso impone que se atente al honor en cuanto víctima y que tal ataque guarde relación con el hecho principal. Y es a la víctima viva, no al muerto, a quien hay que ofender. Y hacerlo de manera que afecte a su sensibilidad y a sus sentimientos. Aplicar el precepto a quien aplaude "la gloriosa ascensión a los cielos" del Almirante Carrero Blanco, cuarenta y cuatro años y muchos cambios políticos después, es un auténtico dislate y, sobre todo, una muestra del desprecio que a alguno le merece la libertad de expresión como pilar del Estado democrático. Y eso no lo digo yo, lo ha dicho una nieta del propio Carrero Blanco. Por supuesto, tal desprecio tampoco es compatible con la Constitución.

Tan evidentes parecen estas afirmaciones que han sido recogidas por la Sentencia de la misma Sala que había ratificado ese mismo mes la condena al rapero Valtonic, casando la Sentencia de la Audiencia Nacional en

el caso conocido como "Cassandra", al considerar que la repetición que hizo en Twitter de chistes fáciles y de mal gusto sobre un atentado ocurrido hace ya 44 años, sin ningún comentario ultrajante hacia la víctima, es reprochable social e incluso moralmente en cuanto mofa de una grave tragedia humana, pero no resulta proporcionada una sanción penal. Queda por referirnos a lo que también constituye una ampliación de las injurias, las que se vierten sobre la Corona (arts. 490 y 491). Es obvia la pretensión de protección de la Jefatura del Estado, en cuanto tal, que encierra la tutela de su honor, por más que la redacción típica es absolutamente desmesurada, tanto por lo que hace a la escasa concreción de lo prohibido, como a los sujetos tutelados (que parece incluir a personas que no desempeñan función constitucional alguna). Y, claro, se impone una interpretación favorable a la libertad de expresión si pretendemos dar a la Jefatura del Estado el tratamiento propio de uno democrático. Tiene que concurrir un ánimo de atentar al honor no ya de la persona, sino de la función constitucional; es precisa una voluntad de afectarla de manera que no se ajuste a los parámetros de la Ley Fundamental. Enumerar crítica y jocosamente en una canción de rap actos sobradamente conocidos llevados a cabo por el rey emérito, padre del actual, no puede decirse sensatamente que reúna las condiciones típicas a poco que no sintamos un desprecio por la libertad de expresión inhabilitante para el ejercicio de la Magistratura en un Estado democrático.

Por todo ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por haber a su vez condenado a dos independistas catalanes que habían quemado fotografías de los anteriores reyes.

"el Tribunal considera que se trata de elementos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los solicitantes, que era el estado español y su forma monárquica: la efigie del rey español es el rey del símbolo como jefe del aparato del estado, como lo demuestra el hecho de que se juega en la moneda y sellos, o colocarse en lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el uso del fuego y el posicionamiento de la fotografía al revés expresan un rechazo o rechazo radical, y ambos se utilizan como una manifestación de crítica política o de otro ... En las circunstancias del presente caso, la Corte observa que los actos alegados contra los demandantes formaban parte de una de esas producciones provocativas que se utilizan cada vez más para atraer la atención de los medios de comunicación y que, en su opinión, no va más allá del uso de una cierta cantidad de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde el ángulo de la libertad de expresión (Mamère v. France).

La Corte también considera que tampoco puede considerarse que la intención de los solicitantes fue incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey, a pesar de que la puesta en escena resultó en

la quema de la imagen del representante del Estado. Señala que un acto de este tipo debe interpretarse como la expresión simbólica de insatisfacción y protesta. La puesta en escena orquestada por los demandantes en el presente caso, aunque haya tenido como resultado la quema de una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el contexto de un debate sobre un asunto de interés público, a saber: la institución de la monarquía. La Corte recuerda en este contexto que la libertad de expresión es aplicable no sólo a la "información" o "ideas" que son recibidas o consideradas como inofensivas, sino también a las que ofenden, resultan chocantes o perturban; tales son las demandas del pluralismo, tolerancia y apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática"... Una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en un marco de debate político, en la medida en que representa la reprobación más fuerte comportamiento, constituye una interferencia con la libertad de expresión que no guarda proporción con el objetivo legítimo perseguido o necesario en una sociedad democrática. Por lo tanto, ha habido una violación del Artículo 10 de la Convención."

Una vez más es necesario recordar que el Derecho penal sólo es legítimo cuando beneficia la libertad; cuando prohíbe conductas que le afecten y que su aplicación deviene insostenible cuando se usa como mera imposición de criterios autoritarios. Y las sentencias de Strawberry y de Valtonyc no sólo no se ajustan, en mi opinión, a los parámetros constitucionales, sino que ahondan en una interpretación que constituye un peligro frontal para dichos parámetros porque pretende el "efecto de silencio" que comporta amedrentar la crítica y callar la disidencia. Sentencias así condujeron a la cárcel, por ejemplo, a Don Francisco de Quevedo. Pero, claro, entonces no había Estado social y democrático de Derecho.

5. Y piénsese en que si el Derecho penal del enemigo constituye una negación de los principios jurídicos más elementales, aún peor resulta su aplicación al Derecho procesal: ahí se produce la declaración como enemigo, pero a través de un proceso en el que parece partirse ya de esa consideración. La aplicación de medidas cautelares que niegan posibilidades de defensa o, sencillamente, la restricción de las posibilidades de ejercerla, convierten el proceso en un residuo inquisitorial incompatible con un auténtico procedimiento acusatorio. Como ponía en evidencia Zaffaroni, en su excelente lección magistral pronunciada con ocasión de su nombramiento como doctor honoris causa en la Universidad de Castilla-La Mancha, las similitudes entre el proceso penal de la Inquisición arrancando delaciones, ciertas o inventadas, de brujería y el papel que en los actuales procesos se otorga a la declaración, cierta o inventada, del coimputado o del arrepentido, manifiestan el abandono de un procedimiento acusatorio y, por con-

siguiente, del Estado de Derecho cuando se trata de enjuiciar no ya al enemigo sino a aquél de quien se pretende tal denominación, desconociendo toda presunción de inocencia e ignorando, en palabras de Tomás Vives que “las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera o, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que nos llevan a tenerla por verdad” (Fundamentos 2, 926).

Y es que la presunción de inocencia no es un “simple” principio procesal, sino la base y fundamento del Estado de Derecho. Un ciudadano que no sea tratado como inocente es un ciudadano al que despojamos de sus atributos, de aquellos que conforman su dignidad, y de paso la del propio Estado basado en ella. Por eso, un Estado en el que no rija de manera seria la idea de que sólo la debida comprobación y declaración judicial “*más allá de toda duda razonable*” de la culpabilidad de un sujeto permite tratarle como tal culpable y que sólo eso permite negarle una libertad constitucional y alterar con ello su estatuto de ciudadano, no puede ser llamado Estado democrático; es más, no puede ser llamado Estado de Derecho.

Y la declaración de culpabilidad no puede tener por objeto una inclinación política, un comportamiento desviado de la norma general o una forma de conducirse socialmente excéntrica o simplemente diferente. A veces se pretende en esa denunciada tendencia a la imposición de lo “políticamente correcto” marcar a los ciudadanos con el mismo patrón, crear un auténtico modelo-tipo, en el que, por cierto, la expresión alcanza el significado inverso al que siempre tuvo: si siempre la tipicidad constituyó la excepción a lo tolerable, ahora se convierte en la norma de lo deseable. Es menester, por el contrario, reducir la intervención del Derecho penal a sus justos límites que, como nos recuerda Ferrajoli son los del “*Derecho penal mínimo*”. Sin que ello tenga que significar, por cierto, el recurso a diferentes velocidades o el olvido de la tutela de los intereses comunes o supraindividuales.

Por Derecho penal mínimo entiendo algo diferente: se trata de las mínimas limitaciones a la libertad –incluso las llamadas constitucionales–, las que se tienen frente al Estado–necesarias para asegurar éstas y las civiles. Debemos tender, en fin, a usar el Derecho penal justo en la medida en que sirva y sea necesario para garantizar las libertades de los ciudadanos. El Derecho penal es el principal instrumento de gestión de la libertad. Y jamás debemos pagar en libertad –toda intervención penal tiene un precio elevado– más de lo que obtenemos a cambio. Aunque sea para eso debemos recuperar la idea de “eficiencia”.

6. Una manifestación rotunda de la presunción de inocencia debería inspirar, por otra parte, la exquisita procura de no afectar a derechos fundamentales de manera no estrictamente necesaria en la fase de instrucción. Las medidas cautelares y, especialmente la prisión provisional, no deben afectar a derechos políticos. Y todavía más si es precisamente la voluntad de negar éstos la que determina la privación de libertad. El Derecho procesal del eneinigo no sólo se proyecta en una pérdida de las garantías en el enjuiciamiento a la hora de enervar la presunción de inocencia sino también en el trato dispensado a los derechos de los ciudadanos en la fase de investigación. Y no sólo se produce frente al terrorismo, sino también en ámbitos estrictamente políticos: amparados, eso sí, en acusaciones tan graves como la de rebelión. Sin entrar en la polémica en torno a la naturaleza de presos políticos o de políticos presos, resuelta en el segundo sentido por el Auto de 5 de enero de 2018, que afecta a los dirigentes del proceso pretendidamente independentista en Catalunya, sí considero necesaria en este momento un cuestionamiento de la pretensión de injerencia política de las decisiones judiciales cuando se mantiene la prisión provisional para evitar el riesgo de reiteración delictiva que deriva de la posibilidad de que quien se presenta a unas elecciones, porque conserva plenamente vigentes sus derechos políticos de sufragio activo y, sobre todo, pasivo, pueda ganarlas. O cuando la calificación de los hechos objeto de la investigación como violentos procede de una extensión tan desmesurada del concepto que la desnaturaliza de tal manera que la expulsa del ámbito en que el lenguaje común podría acogerla. En este sentido, el Auto de 14 de marzo de 2018 niega el permiso para acudir al Parlamento para intervenir en el acto de investidura con el argumento de que *“unos permisos penitenciarios como los que se solicitan pondrían en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico en el contexto social y político en el que actuó el investigado, y alterarían muy probablemente la convivencia ciudadana con posibles movilizaciones orientadas a una fragmentación social y a un encrespamiento de la ciudadanía”,* o que *“no resulta factible compatibilizar la asistencia a los plenos parlamentarios con la cumplimentación de los fines de la prisión provisional, y más en concreto con la conjuración del grave riesgo de reiteración delictiva que se generaría con la sola presencia del recurrente en el lugar de los hechos objeto del procedimiento”.*

7. Llegados a este punto, parece oportuno detenernos en uno de los principios clásicos del Derecho penal que, como acabo de decir, está hoy fuertemente cuestionado por quienes afirman la autopoiesis normativa, en virtud de la cual no hay más objeto de tutela que la vigencia de la norma misma: el de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Y es preciso empezar reconociendo que también la concepción clásica se encerró en un círculo vicioso. La tipificación de una conducta como delito, se dice con

cierta pomposidad, sólo se justifica si se protege con ello un bien jurídico. Pues bien, una concepción rigurosamente imperativa de las normas entenderá con facilidad que cualquier delito constituye una desobediencia y que el principio de autoridad es más que suficiente para colmar las exigencias de ofensividad. Basta con recordar otra vez el pecado original y buscar cuál fue el "contenido de injusto" del delito que cometieron Adán y Eva; de simple "desobediencia" al imperativo de no comer la fruta del árbol del Bien y del Mal, eufemismo que encierra el de no pensar por sí mismo y acatar, sin más, el mandato del Poder, sea divino o humano, pero sobre todo basta también, con recordar las manifestaciones más terribles del Derecho penal en la Historia, el Holocausto y los campos de exterminio, en los que también había un bien jurídico: el sano sentimiento popular encauzado a través de la voluntad del Führer y, por supuesto, la imposición de un pensamiento único y un modelo-tipo de ciudadano. Y es que no basta, desde esta concepción de la norma, con comprobar la existencia de un bien jurídico.

Se dirá, en cambio, que los partidarios de una concepción valorativa –o, por mejor decir, de la doble función de la norma– resultan más garantistas y consiguen limitar el ámbito de las normas penales. Pero, en realidad, sigue latiendo una confusión obvia. Cuando, tras la segunda Guerra Mundial, cuestiona Jäger la validez de ciertas prohibiciones penales como, en concreto, la homosexualidad entre adultos, lo hace sobre la idea de que existen "perversiones" (sic) sexuales de mucha mayor intensidad que quedan impunes por lo que, dice, se produce una incongruencia que demuestra la necesidad de la concurrencia de un bien jurídico previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar. Lo que no aclara Jäger es quien determina las valoraciones previas a la norma y, sobre todo, a qué controles democráticos se someten dichas valoraciones. En el fondo, no se aprecian demasiadas diferencias con la afirmación llevada a cabo por Welzel –no mantenida en todas las ediciones de su manual– de que la función del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino la imposición de la ética social dominante. Seguimos, pues, intentando conseguir el ciudadano-tipo.

Por otra parte, tampoco quienes afirman que es la norma penal la que crea el bien jurídico parecen resolver el problema: si es la norma la que valora, siempre habrá un bien jurídico, y si el imperativo deriva de éste, seguiremos exactamente en el mismo punto de partida: el principio de autoridad y el puro capricho del legislador se convertirán en bienes jurídicos puramente autoritarios pero bienes jurídicos, al fin.

No se puede negar, por ello, coherencia, al último de los discípulos de Welzel. Jakobs prescindir del concepto de bien jurídico sin que, probablemente, nos resintamos demasiado de tal pérdida. La quiebra de las expectativas o la dañosidad social pueden cumplir, incluso de manera más satisfac-

toria, el papel asignado. O podrían, al menos, si no tuvieran la significación que Jakobs les otorga. Pero en el entramado autopoiético de la prevención general positiva y de la concepción de que la norma se justifica por sí misma como instrumento de protección del sistema y la imposición de la pena como acto de devolución de la confianza de los ciudadanos en el mismo, es absurdo hablar de valores y quimérico pretender limitar la extensión del Derecho penal. Por el contrario, el camino a la extensión o, como se le ha denominado, a la expansión está servido. Y no me refiero precisamente a que el Derecho penal se ocupé de la tutela social y de los bienes comunes, también mediante el Derecho penal hay que luchar por conseguir una mínima igualdad material que la pobreza o, mejor, la miseria en que vive buena parte de la población niegan y que forma parte del núcleo duro de la homogeneidad necesaria. Me refiero, por el contrario, al recurso al Derecho penal para imponer la vigencia de las normas a través de instrumentos que niegan la dignidad del ciudadano. Cuando el Preámbulo de la Ley de Reforma del Código penal español 2015 afirma que “[l]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas por la sociedad como justas; y que con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada [e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales] a delincuentes reincidentes peligrosos y la revisión de la regulación del delito continuado.” está dando carta de naturaleza legislativa a la idea de que se reclama un Derecho penal máximo para que los ciudadanos recobren la confianza en la vigencia de las normas. Por fortuna la custodia de seguridad “se cayó” en la tramitación parlamentaria.

Y prueba de ello es el recurso a la cadena perpetua, institución absolutamente desconocida en la tradición penal española, y que se trata de una pena injusta, contraria a los principios penales: legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a la readaptación social de las penas privativas de libertad; cuya introducción resulta particularmente inoportuna, innecesaria y disfuncional, y que es radicalmente opuesta a la concepción del Estado de Derecho fundado en la libertad como valor superior. Es, por el contrario, obediente a una perversa utilización del Derecho penal simbólico, de Derecho penal del enemigo y anclado en una concepción en la que se abandona el carácter protector de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal, por una función exclusivamente de prevención general positiva, que hace depender la libertad de los ciudadanos de la confianza —no importa

por qué medios— de la vigencia de las normas. En ese sentido, y para disipar cualquier duda al respecto, cabe destacar la previsión que contenía el Anteproyecto enviado por el Gobierno al Parlamento de que: *no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.*

8. El abuso de la libertad vigilada y de la custodia de seguridad, rompiendo la clásica división entre una reacción penal frente a las acciones de los imputables y unas medidas aplicables a los inimputables peligrosos, ha alcanzado especial virulencia en Europa, fundamentalmente en Alemania, y ha sido parcialmente bendecida, aunque con limitaciones importantes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El auge de la peligrosidad como fundamento de la intervención penal corre el riesgo de difuminar el principio de culpabilidad y, con él, los límites de la pena que ya no es tal sino que se convierte en medida de seguridad. Toda una nueva concepción del dualismo, en las que conviven penas y medidas, no excluyéndose o completándose como hasta ahora, sino acumulándose coetánea o sucesivamente. La Exposición de Motivos de la Reforma del CP español aclaraba que puesto que obedecen a fundamentos distintos —culpabilidad y peligrosidad— es lógico que se acumulen, sin que ello suponga merma alguna del principio *non bis in ídem*. Efecto fundamental de esta concepción es que a un mismo sujeto le pueden ser aplicados, penas, medidas, penas y medidas simultáneas o penas y medidas sucesivas; éstas, por cierto, sin mayor límite que el de la apreciación por el Juez o Tribunal de su peligrosidad potencial. Entre estas medidas figuraba, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento psiquiátrico que, al no tener límite establecido al ser posibles las prórrogas sucesivas de cinco años indefinidamente, podía devenir una medida perpetua sin que la gravedad del hecho previamente cometido jugara papel alguno. Estábamos ante el descubrimiento tardío del Derecho penal soviético, del Gulag. Por fortuna, el proyecto no ha prosperado en sus peores aspectos. Pero ha puesto de relieve cuál era la intención y hacia dónde vamos —o hacia dónde nos quieren llevar algunos—. Y es preciso advertir que tenemos construido, con razonable consistencia, un edificio garantista frente al Derecho penal de la culpabilidad. Pero ni tenemos ni parece previsible que sea posible alcanzar un nivel de garantías asimilable frente al Derecho penal de la peligrosidad ni, por cierto, frente al Derecho penal que busca la afirmación de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas y la presenta como su única fundamentación.

No es, insisto, casual que sea en el seno de esa doctrina donde se preconiza el Derecho penal del enemigo y donde se niega a un ser humano la

categoría no ya de ciudadano, sino la de persona; donde se llega, en suma, al reino del no-Derecho, cuya más clara manifestación contemporánea se produjo —y se sigue produciendo, en cuanto no ha sido desmantelado— en Guántanamo. Naturalmente, con el legítimo fin de salvar nuestro modo de vida. Nada nuevo bajo el Sol.

Y, sin embargo, el bien jurídico no puede morir. Antes recalqué una idea que me parece fundamental: toda norma penal responde a una decisión política: la de limitar la libertad para garantizar la libertad; toda prohibición de una conducta y la consiguiente amenaza penal comporta una injerencia del Estado en las vidas de los ciudadanos, y una evidente limitación al libre desarrollo de su personalidad. Que conduce a la imposición de la homogeneidad necesaria para la convivencia social. Pues bien, en un Estado democrático que proclama el pluralismo entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico esa homogeneidad es exactamente la mínima imprescindible para garantizar el máximo de libertad de sus ciudadanos. Si antes hablamos del derecho penal como el instrumento básico de “gestión de la libertad” debemos ahora proclamar que detrás de una norma penal ha de haber una justificación, en términos de esa gestión, para prohibir esa conducta. Otra vez en palabras de Vives Antón (Fundamentos, 2, 829) “el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad”. Y ¿no era esa justamente la función que pretendíamos asignarle?

No se trata, pues, de que sólo se puedan prohibir conductas que atenten contra un bien jurídico; se trata, por el contrario, de que sólo se pueden prohibir conductas que resultan intolerables en términos de libertad porque su reconocimiento como derecho implicaría la negación de las libertades de los demás. Y justamente por eso no se puede permitir un Derecho penal que vaya más allá de esa función, cuyos límites han de venir marcados por la Constitución política del Estado.

Así entendido, el bien jurídico es, pues, no un objeto, una cosa, sino una justificación de la limitación de la libertad. Es, en fin, la expresión de una libertad de los ciudadanos: mediante la conducta que se prohíbe se niega el ejercicio de una libertad individual o se obstaculiza la de todos. Una conducta que no sea trascendente para la libertad, formal o material en términos de justicia, de los demás no puede, desde esta concepción, ser prohibida. Y podría añadirse que en la medida en que la Constitución contiene un sistema de valores, tampoco deben prohibirse aquellas conductas que no sean susceptibles de alterarlo.

No se trata, en fin, de que haya un bien jurídico, sino de cuál sea éste, qué características comunes han de tener los bienes jurídicos si es que eso

resulta posible, y si la intervención penal está fundamentada en términos de libertad. Por eso puede defenderse que sólo la necesidad de tutela de los valores o intereses con relevancia constitucional; esto es, que pertenezcan a ese sistema de valores, puede justificar una limitación de la libertad a través de un tipo penal y que sólo aquellas conductas que resultan trascendentes y perjudican concreciones de las libertades, sean individuales o colectivas, pueden ser típicas.

9. También el Derecho penal está en crisis, como lo está el Estado-nación del que en definitiva deriva; de cómo resolvamos esta crisis va a depender que las libertades resulten fortalecidas o que regresemos a la caverna en que, bajo la excusa de la seguridad, perdamos la dignidad.

Dignidad, por cierto, que comporta la sumisión a la legalidad como expresión de la voluntad general. Y que ésta no limite la libertad más allá de lo estrictamente necesario para su propia tutela: saber cuáles son las reglas del juego, tener reconocida la capacidad de decidir libremente sin más límite que el imprescindible para que los demás también puedan hacerlo, y ser, en fin, sujeto y no objeto de Derecho es el único concepto de seguridad democráticamente válido.

Pero resulta ineludible una reflexión sobre el papel que nos corresponde desarrollar a los penalistas, que somos, ante todo y parece obvio recordarlo, juristas. Se ha denunciado, entre otros por Muñoz Conde, el papel de distracción que en años cruciales de la Historia, en el momento más dramático para la dignidad del hombre jugó la pretensión de cientificidad de la dogmática penal: cuando se hace más importante debatir la posición del dolo que denunciar la violación sistemática de los derechos y la aniquilación masiva de seres humanos, porque "eso no va con la ciencia" se está actuando al menos con complicidad sino con cooperación necesaria en la mayor de las indignidades.

La brutal experiencia de aquellos hechos sirvió, al menos, para que se recuperaran durante algún tiempo las funciones de control a los poderes que corresponde a los juristas, otorgando a la Dogmática la tarea fundamental de velar por la libertad y por los derechos de todos, de intentar racionalizar las decisiones judiciales y de crear, en suma, un material teórico al servicio de la Justicia.

Pero, como decía al principio, vivimos un momento de crisis. Ni se cumple —porque no hay una Dogmática sino cientos de ellas— labor de racionalización alguna ni se controla a ningún Poder, sino que, ensanchando en lugar de reduciendo, el ámbito de aplicación de las leyes que limitan liberta-

des, ponemos nuestra labor en contra justamente de aquél al que nos debemos: el ciudadano como ser libre dotado de dignidad.

Frente a esta especie de "traición a nuestra propia esencia", de cruce a las líneas enemigas, por utilizar el estilo en boga, es menester recordar el compromiso de todo jurista con el Estado de Derecho y con la Ley como expresión de la voluntad general. Y si el fundamento de ese Estado de Derecho radica, precisamente, en la consideración del ser humano como persona libre, es con las libertades con quienes tenemos ese compromiso. Controlemos, pues, los abusos del Poder, y formulemos teorías, sistemas y por qué no decirlo? dogmáticas preñadas de ese compromiso inalienable. Sólo así cumpliremos dignamente el papel que nos corresponde, papel con el que, desde siempre, ha cumplido Lorenzo Morillas.

UNIDAD 4

NORMA PENAL

Competencias

- Analiza los rasgos principales de la ley penal y la argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal.

PRIMERA LECTURA

Carrasco Adrino, M. (2018). Interpretación y norma penal. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 123-221). Madrid, España. Editorial Dykinson.

La lectura incide en el sentido o la finalidad que se le da a la interpretación de la norma, si se debería de poner límites a una interpretación teleológica; asimismo, se dé lugar a un debate para expresar si cabe o no lugar para la introducción de la analogía.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Díjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

tales), consecuencia de la amplitud de su regulación, dirigida a la organización de la actividad estatal en su conjunto, junto a su finalidad de búsqueda de consenso, condiciona el que el método interpretativo no pueda ser el mismo que el que se emplea para la interpretación de las normas penales, que han de ser más cerradas y precisas, en cuanto que mecanismos de regulación de conductas que se dirigen a motivar a los ciudadanos, para que no realicen conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos⁴.

A ello se ha referido MÜLLER al abordar el problema de la interpretación de las normas constitucionales. Para MÜLLER la aplicación de una norma jurídica al caso concreto supone un proceso de concreción de la misma, que culmina en la “norma de decisión”, en la que se imbrican norma y realidad, influenciándose o determinándose mutuamente. Con razón se ha afirmado que “*la dificultad mayor a la que se enfrenta el intérprete reside más en la premisa fáctica de la norma, en la determinación de los supuestos concretos de la vida real que pueden subsumirse en aquella, que en la clarificación del significado de la norma misma*”⁵. La norma de decisión, como resultado de ese proceso, incorpora estos elementos de la realidad, que no están presentes en el texto de la norma. De manera que no sólo se tiene en cuenta el texto legal –lo que podríamos identificar con la interpretación gramatical e incluso con la sistemática–, sino además los numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, “*que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado*”⁶. En este sentido –recuerda el autor– “*el método teleológico no figura, por lo demás, entre las reglas elaboradas por Savigny*”⁷. Se trata de desvelar los elementos ocultos en la interpretación práctica de la norma, que provienen de la realidad, y que “*van desde soslayar en forma motivada el tenor literal del precepto hasta introducir directamente el contexto de las deducciones determinantes para el caso de hechos y estructuras politológicas, económico-nacionales, sociológicos, estadísticos y otros, pasando por un retorno a las ideas subjetivas del*

⁴ Esta distinta metodología es la que ha sido aplicada por ALVAREZ GARCÍA, siguiendo a MÜLLER, al interpretar el art. 25.2 CE como una norma de programación final, orientadora, informativa de la Política penal, que no contiene tanto un mandato al Legislador cuanto un principio que debe ser observado por todos los poderes públicos, no sólo por el Legislador, sino también por el Juez y por los encargados de la ejecución penal; y de la que el autor extrae, además de que los fines de reinserción y resocialización social no sean los únicos a tener en cuenta, el que supone una opción constitucional en favor de las penas privativas de libertad como instrumento para ordenar adecuadamente la convivencia social (Vid. ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, págs.30 y sigs.).

⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 2012, pág. 833.

⁶ Cfr. MÜLLER, F. “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, traducción de Luis Villacorta Mancebo, *Revista española de derecho constitucional*, año 9, n° 27, septiembre-diciembre 1989, pág.114.

⁷ *Ibidem*, pág. 122.

legislador en el ámbito de la metodología tradicional”⁸, y que tienen una trascendencia diversa según el tipo de norma de que se trate. Es por ello, que la metodología jurídica no solamente debería ocuparse de la interpretación puramente lingüística, sino además tratar de identificar “*estos puntos de vista auxiliares que se añaden a los «métodos» tradicionales*”, planteando problemas diferentes según el área jurídica en cuestión.

Es en este punto, donde superado el ideal lógico formal del silogismo completo, propio de la época de Montesquieu, se presenta el problema de los límites de la interpretación, al que viene anudado el del orden de prelación entre los distintos criterios interpretativos. A este respecto, MÜLLER, en relación con las normas constitucionales, tan abierta y amplias, en las que tiene un mayor peso el contexto histórico, social y político, sostiene que “*el texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras clave (...) se conviertan en factor decisivo de la aplicación jurídica*”, y ello porque es algo imprescindible del Estado de Derecho, frente a las pretensiones de la tópica, que toma como punto de partida el texto de la norma para resolver el problema⁹.

Si esto es así en el ámbito constitucional, con mayor motivo debería sostenerse también este límite infranqueable del texto legal en el ordenamiento jurídico penal, y en general, en el Derecho sancionador, en el que el principio de legalidad ocupa un lugar central, proscribiendo, entre otras prácticas, la creación judicial del Derecho. Con razón afirma ROXIN “*que la vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídico políticos y jurídico penales del principio de legalidad*”¹⁰.

Pero por sorprendente que pueda parecer, no es ésta una posición seguida de forma unánime entre la Doctrina penal. En concreto, algunos autores¹¹ sostienen que el texto legal no constituye ningún límite para el juzgador, porque lo importante es el sentido o fin de la norma, la *ratio legis* o

8 *Ibidem*, pág. 120 y 121.

9 Cfr. MÜLLER, F. “Tesis acerca de la ...”, REDC, 1989, pág. 124 y 125.

10 ROXIN, C. *Derecho penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por LUZÓN PEÑA, DM/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 2008, pág. 149, marginal 30.

11 Entre otros, Arthur KAUFMANN, HASSEMER, SCHMIDHÄUSER, STRATENWERTH, KUHLEN, SAX, JAKOBS, citados por ROXIN, C. *Derecho penal... ob.cit.*, pág. 153, marginal 36, nota 49; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho... ob.cit.*, pág. 854 y sigs. En España BACIGALUPO-ZAPATER, E. *Principios de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Madrid, 1998, pág. 59 y sigs.; JAEN VALLEJO, *Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Buenos Aires, 1999, pág. 31 y sigs.; PEREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 2016, pág. 54.

finalidad de la ley, de manera que cualquier interpretación compatible con ella es admisible¹². Desde esta perspectiva solo queda proscrita la creación libre del Derecho, que se identifica con una interpretación absolutamente desvinculada de la finalidad o sentido de la norma.

II. LA PREEMINENCIA DEL CANON TELEOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esta opción minoritaria a la que nos acabamos de referir parece que ha sido también la adoptada por nuestro TC en algunas de sus resoluciones, pues como se verá se decanta por una interpretación teleológica que puede superar el tenor literal de los preceptos legales¹³. Así la STC 71/1995, 11-5, de manera muy inquietante el alto Tribunal afirma que “es la tesis de nuestras SSTC 46/1986 y 55/1991, que sirven como factor de comprensión para una interpretación teleológica, más allá de la letra de la ley, esta regla preventiva” (STC 71/1995, 11-5, fundamento jurídico 1).

Se refiere, así, a una interpretación teleológica que, no sometida al límite del tenor literal posible, le permite hacer un poco de todo, a conveniencia. Veámoslo. En el Auto 19/1981, 11-2, el recurso a la interpretación teleológica, al examinar si se dan los requisitos que marca el art. 44.1. a) LOTC para admitir un recurso de amparo, le lleva a declarar lo siguiente:

“Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada ha de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44.1 a) de la LOTC se ha cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional aducido y no hubiera podido, por tanto, conseguirse a través de la vía judicial el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho violado. Esta interpretación teleológica de dicho requisito procesal debe prevalecer sobre la mera consideración del mismo como un obstáculo formal que en todo caso haya de ser superado”.

¹² Esta perspectiva necesariamente presupone que el objeto de la interpretación no es el texto o enunciado legal (concepción lingüística de la interpretación), sino la finalidad o sentido de la norma que se expresa a través de estos enunciados, y que, por ello, puede superarlos (concepciones intencionalista y axiológica de la interpretación). Sobre estas distintas perspectiva, vid. ITURRALDE, SESMA, V. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Madrid, 2014, pág. 28 y sigs.

¹³ A este respecto VIVES ANTON, T.S. indica que hay “una tendencia general a apartarse del tenor literal de los preceptos para adoptar interpretaciones acordes con el sentido de justicia material de los jueces. Esa tendencia es incompatible con el conjunto de garantías asociadas tradicionalmente al principio de legalidad” (vid. “Principio de legalidad”, *ob. cit.*, pág. 338).

El criterio teleológico, aquí plasmado en la finalidad del requisito, lleva al TC a sustituir la norma¹⁴, que claramente exigía haber agotado todos los recursos en la vía judicial, llegando incluso a hacer una predicción sobre lo que hubiera fallado el Tribunal *a quo* en el caso de que se hubiera presentado el oportuno recurso de reforma. Una conjetura que pone en cuestión el mismo sistema de recursos, pues en su argumentación acaba considerando inútil un recurso sobre el fondo del asunto, lo que presupone que el juez nunca hubiera modificado su resolución.

De la misma manera creativa opera el TC cuando se interpretan normas que fijan requisitos procesales para actuar ante la Administración de Justicia, como la acreditación de la consignación del pago. Concretamente la STC 100/1995, 20-6 manifiesta:

“Continúa argumentando la STC 344/1993 que, si bien la redacción literal del precepto legal comentado, que hace referencia a la acreditación de aquel pago, permitiría una interpretación automática y rigurosa que llevara a considerar inescindible la exigencia del pago o consignación de las rentas y la simple acreditación, debe, sin embargo, dicho requisito interpretarse de manera finalista, o teleológica, de modo que no se convierta en obstáculo insalvable el incumplimiento involuntario y no malicioso de requisitos formales.

Esta interpretación teleológica obliga a distinguir entre el hecho del pago o consignación, que asegura la salvaguardia de los intereses del arrendador, y la acreditación de ese pago o consignación que constituye un simple requisito cuyos eventuales defectos son susceptibles de subsanación.

Así pues, “la falta de prueba o acreditación del pago o consignación, al constituir un defecto subsanable, sólo puede fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para su subsanación sin que se haya cumplido el requisito. Así lo exigen el principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y la regla general del art. 11.3 L.O.P.J.”. (STC 344/1993, fundamento jurídico 2°).

Pues bien, con esta interpretación, al superar el tenor literal de la norma, el alto Tribunal acaba modificando los requisitos procesales, ya que la norma que interpreta no dice “que se haya pagado”. Si fuera así, no habría mayor problema en admitir que la acreditación del pago pudiera ser subsanable. Pero la norma exige, en cambio, que se “haya acreditado el pago”, y

14 El artículo 44 disponía, antes de su reforma en 2007: “Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”.

esto implica que su ausencia no puede ser algo subsanable, en ningún caso. Esta forma de proceder genera inseguridad jurídica en la medida en que el ciudadano no sabe a qué atenerse: ¿a lo dispuesto en la ley o a lo que estime justo el concreto juzgador? Además, esta manera de proceder supone de facto un cambio de los requisitos legales, invadiendo las competencias del legislador ordinario.

Pero no contento con esto, el alto Tribunal termina la argumentación en esta sentencia, transformando el problema en una cuestión de proporcionalidad: *“Así pues, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, impugnada en este recurso, al convertir la falta de este requisito formal subsanable en un obstáculo procesal insalvable para la obtención de una resolución de fondo, sin haber brindado a la parte apelante la posibilidad de subsanar aquel defecto de forma, ha anudado a la citada irregularidad procesal una sanción desproporcionada, y, en consecuencia, ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo.”* Con ello, a mi entender, desvela uno de los elementos ocultos de la interpretación a los que se refería MULLER: la idea que tiene el juzgador sobre lo que debe ser lo justo en el caso concreto que analiza¹⁵.

Esta usurpación de funciones al Legislador ordinario, y yo diría también de las competencias de la jurisdicción ordinaria, se puede apreciar de forma más patente en una sentencia anterior, STC 87/1995, 6-6, en la que se dice:

“Los requisitos de los actos procesales, absolutamente indispensables para la efectiva realización de la justicia, son con toda evidencia requisitos de forma. La Ley puede fijar una serie de exigencias para la validez y eficacia. Ello no supone formalismo, al que este Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario al referirse al sistema de garantías y no a contenidos meramente formales (STC 114/1986), o al rechazar la idea de que los requisitos formales son valores autónomos que tienen sustantividad propia y afirmar que aquéllos son instrumentos de una finalidad legítima, proponiendo una in-

¹⁵ En este sentido GÓMEZ LANZ, J. advierte que al servirse la interpretación teleológica únicamente como criterio directriz del bien jurídico protegido acaba cayendo en una petición de principio o círculo vicioso, porque entiende que “cuando se produce una situación de interpretación no es la tutela o el desamparo del bien jurídico lo que se cuestiona, sino la intensidad, el grado, la forma, las excepciones o las circunstancias de la protección”, y el bien jurídico no aporta datos concluyentes para resolver estas cuestiones, sino que son los términos legales los que marcan el alcance de la protección. Es por ello, que al final, en la práctica, la interpretación teleológica obliga a introducir “una decisión personal acerca de la intensidad que debe alcanzar la tutela del bien jurídico protegido”, abocando así a la inserción de decisiones político-criminales en la actividad interpretativa, como pueda ser el grado de tutela que se cree conveniente. (“La interpretación de la ley penal como actividad dogmática”, en *ICADE Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, págs. 54 y 55). También SILVA SÁNCHEZ, JM., quien advierte que “sin una teoría (de la política criminal) de la que partir, la determinación del telos de los enunciados objetivos es tarea ciega y, en definitiva, imposible”. (“Sobre la «interpretación» teleológica”, *ob.cit.*, pág. 376).

interpretación teleológica o finalista (SSTC 157/1984, 105/1989 y 46/1989).” (Fundamento jurídico 3).

De manera que, si el Legislador ordinario decide imponer, por las razones que fuera, unos requisitos puramente formales para determinados actos procesales, parece que no podría, porque el TC nunca les va a otorgar el papel que les hubiera reservado el Legislador ordinario.

Más preocupante todavía resulta la Jurisprudencia más reciente. Así la STC 150/2015, 6-7 (también la STC 146/2015, 25-6), en la que se amplía el contenido de la norma sancionadora por encima de su tenor literal. Veámoslo:

“Adicionalmente, atendiendo a una *interpretación teleológica* de la disposición sancionadora aplicada, si la norma persigue favorecer el correcto cumplimiento de la obligación de facturar para garantizar a la Administración tributaria una adecuada información que le permita una correcta gestión de los distintos tributos, “especialmente en lo referente a las transacciones económicas derivadas del desarrollo de actividades empresariales o profesionales” (como señala el párrafo primero del preámbulo del citado Real Decreto 1496/2003), no es irrazonable asumir como fundamento de la infracción controvertida no sólo el falseamiento de los datos de una factura que responde a una transacción económica sino también el falseamiento de la propia factura por no responder a ninguna operación real. En efecto, incumple la obligación de facturación tanto quien estando obligado a facturar no expide la correspondiente factura o la expide con datos falsos o falseados, como quien no estando obligado a facturar por no haber realizado operaciones respecto de las cuales surgiría esta obligación, expide un documento falso pretendiendo acreditar una realidad inexistente en el tráfico mercantil”. (Fundamento jurídico 3).

Se realiza, así, una interpretación analógica a partir del criterio teleológico que proporciona la finalidad de la norma tributaria –información sobre las operaciones económicas–, equiparando el falseamiento de datos de una operación económica real con la simulación de una operación inexistente, siendo que, según el art. 201 de la Ley General Tributaria, constituye infracción tributaria por incumplir obligaciones de facturación o documentación: “1. (...) entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos”. El Legislador se ha servido aquí de una técnica legislativa –enumeración *ad exemplum*– que abre el tipo a alguna otra conducta no expresamente recogida, pero equiparable, y que obliga, por ello, a realizar una interpretación restrictiva para no comprometer más el principio de taxatividad¹⁶. En cambio, el TC cae en una

¹⁶ Los principios limitadores –legalidad, mínima intervención, subsidiariedad, etc.– del Derecho penal y, en general, del Derecho sancionador imponen algunos límites a la interpretación

verdadera analogía, utilizando un argumento lógico impecable de “*minore ad maius*”, pero que no resulta admisible en el Derecho sancionador, conforme al cual si está prohibido lo menos (falseamiento de datos de operaciones reales), también lo estará lo más (el mismo falseamiento de la operación). El principio de legalidad y, específicamente, la taxatividad, imponen que sólo sean punibles –en este caso sancionables tributariamente– las conductas expresamente recogidas en el tipo. En este sentido, ya sostenía SAVIGNY que el juez no debe atender a lo que el Legislador se ha propuesto, sino a lo que ha dispuesto¹⁷.

¿Significa esto que no es admisible una interpretación extensiva en Derecho penal? Ya se ha visto que sí, siempre que se entienda que es aquella que abarca los distintos significados posibles de la norma dentro de su tenor literal¹⁸. Si bien es cierto que la adopción de una interpretación restrictiva vendrá, en ocasiones, impuesta por la propia estructura de la norma, en la que la técnica legislativa haya comprometido ya el principio de determinación penal, sirviéndose de enumeraciones ejemplificativas, cláusulas de analogía interna, cláusulas pendientes de valoración, etc.

En definitiva, estas resoluciones lo que plantean es el viejo problema hermenéutico de la prelación entre los criterios de interpretación, de determinar cuál es el preferente en determinadas situaciones, de establecer una

en tipos como el reseñado, en los que se emplean enumeraciones ejemplificativas o supuestos de analogía interna, y que tienen que ver, no ya con la prohibición de analogía, sino con la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva, entendiendo por ésta la que queda dentro de los límites del tenor literal, en estos casos ya desmesuradamente indeterminados. En el mismo sentido, ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009, pág. 225 y 226.

17 Vid. LARENZ K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero de la 4ª ed. Alemana de 1979, Barcelona, 2ª ed., 1980, pág. 33, comentando el rechazo de Savigny por la interpretación teleológica.

18 Algunos autores rechazan la interpretación extensiva en Derecho penal, a partir de un entendimiento que estimo equivocado de la misma, y que la sitúa fuera del tenor literal precisamente para dar cabida a la finalidad de la ley. En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A.I. “La aplicación de la ley penal”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo I, Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2015, pág. 119 y 120. En otros casos se identifica la interpretación extensiva de forma ambigua con la que “amplia el alcance y sentido de la norma en relación a los contenidos indicados, pero siempre dentro de la letra o del espíritu de la norma, porque fuera de ellos se desbordarían los límites de la interpretación para llegar a la analogía” (Cfr. MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal, parte general, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. La Ley penal*, 2ª ed. Madrid, 2010, pág. 221). En contra de distinguir entre “letra” y “espíritu”, identificando la interpretación extensiva con aquella que supera el tenor literal, para dar cabida al espíritu de la ley, y la analogía con un sentido que supera tanto el tener como el espíritu de la ley, se manifiestan, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal, Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 2012, pág. 851; ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio... ob. cit.*, pág. 221 y sigs.; RAMÓN RIBAS, E. “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, n.º 12, 2014, pág. 133 y sigs., exponiendo las distintas posiciones doctrinales; MARINUCCI, G./DOLCINI, E. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed. Aggiornata da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Milano, 2015, pág. 72.

gradación entre ellos para llegar a un resultado interpretativo. Como se ha puesto de relieve más atrás, para un sector de la academia la interpretación teleológica no tiene límite alguno, lo que supone, en definitiva, otorgarle un lugar preeminente sobre los demás cánones. Pero lo cierto es que no existe ninguna regla que nos aboque a tal conclusión, y sí buenas razones para afirmar que el límite de la interpretación de las normas penales lo marca su tenor literal. Y ello aun teniendo en cuenta la propia dicción del art. 3.1 CC, que parece colocar al canon teleológico por encima de los otros criterios a los que se refiere este precepto: el sentido de las palabras, su contexto, los antecedentes históricos o la realidad social del momento en que se aplica. No sin razón, se afirma que el *telos* del precepto no es un canon más, sino el objetivo o meta final de la interpretación misma¹⁹. En relación a las normas de Derecho civil, la doctrina sostiene que el texto del art. 3.1 CC habilita al juez para aplicar la norma conforme a su "sentido que resulta de lo que es su ratio, razón de ser o fundamento, y le libera de cualquier servilismo a la letra de la ley"²⁰.

Pero trasladar esta conclusión al Derecho penal, o en general al Derecho sancionador del Estado, no es posible por lo que implica de abandono del principio de legalidad, de pérdida de legitimidad democrática en favor de la creación judicial del Derecho. Este proceder lleva además a vulnerar el carácter subsidiario y de mínima intervención que corresponde al *ius puniendi*, en la medida en que en la decisión de incriminación no sólo se produce una selección de los bienes jurídicos que se quiere tutelar, sino también de los ataques, que bajo la forma de lesión o de peligro a estos bienes jurídicos, serán objeto de sanción penal²¹. Decisiones que corresponden al Legislador, no al Juez. Como acertadamente ha expresado MARINUCCI, el papel del bien jurídico puede pervertirse y utilizarse para desarrollar "una perversa función expansiva de la norma incriminadora, actuación como vehículo para la analogía superando los límites de los posibles significados literales de la norma"²².

¿Significa esto que sólo cabe una única interpretación verdadera, un solo resultado interpretativo? No necesariamente. Puede ocurrir como indica ITURRALDE SESMA: "a) que no siempre hay una única solución correcta,

19 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho...* ob. cit., pág. 841.

20 Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1. del Código civil*, Pamplona, 1994, pág. 71.

21 SILVA SANCHEZ, J.M. advierte, en este sentido, que la identificación del fin de la norma con la noción de bien jurídico es errónea, porque el texto legal no suele expresar la protección de un bien jurídico, sino más precisamente un "conflicto de fines", en el que destaca el de la libertad de actuación humana, y que se trata de resolver a través de las ideas de merecimiento de pena y de necesidad de pena (vid. "La «interpretación» teleológica" ob. cit., pág. 382 y sigs.).

22 MARINUCCI, G. "Conclusioni" a G. Cocco *Interpretazione e precedente giudiziario in Diritto Penale*, Padova, 2005, pág. 118.

pero esto no significa que sea correcta cualquier solución; b) que hay casos en que haya varias soluciones correctas, y c) que hay casos en que sí hay una única solución correcta”²³. Así las cosas, cuando hay varias soluciones posibles en función de la combinación de distintos criterios de interpretación, hay que asumir que la decisión por una de ellas encierre una cierta arbitrariedad del intérprete, fruto de las propias convicciones éticas, morales, sociales o políticas de éste²⁴. Por eso el significado literal posible, ya se refiera a la asignación de sentido a través de los usos sociales²⁵ o por el criterio gramatical-normativo²⁶, debe ser la barrera infranqueable del proceso interpretativo, que expresa además el sometimiento del juez a la Ley, no al Derecho. Otra visión, a mi modo de ver, supone pérdida de la legitimidad democrática del *ius puniendi*. Lo ha expresado muy bien GARCÍA RIVAS “¿Qué sentido tendría crear un monopolio de creación de normas criminales en favor del legislador si después el juez llamado a aplicar dichas normas puede –según su prudente arbitrio– sujetarse a la ley u operar en virtud de principios, criterios, etc. ajenos a la letra de la ley misma?”²⁷.

III. ¿LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEBE TENER LÍMITES?

Los riesgos de alzaprimar los principios, de colocar el espíritu de la ley, su finalidad, por encima de la Ley misma, los ha expuesto magistralmente Bernd RÜTHERS al explicar la transformación jurídica que se operó en la Alemania de los años 30 y que condujo a un Derecho degenerado. En palabras del citado autor: “la perversión del derecho bajo el nacionalsocialismo, hasta llegar a la negación del derecho y a su conversión en instrumento de la aniquilación de los «enemigos» reales o supuestos de la ideología nazi, no fue principalmente obra del legislador nacional-socialista. (...) El derecho heredado de la República de Weimar fue adaptado a los objetivos del Estado nacionalsocialista mediante la «interpreta-

23 Cfr. ITURRALDE SESMA, V. *Interpretación literal... ob.cit.*, pág. 35, en donde la autora se manifiesta partidaria de un “no cognoscivismo moderado” en materia de interpretación.

24 En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal”, en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J.A. (Coords.) *Estudios de Filosofía del Derecho Penal, Universidad externado de Colombia*, 2006, pág. 370. Reconoce el peso de estos “contenidos valorativos propios de su pensamiento” (el del intérprete) en los resultados interpretativos, MORILLAS CUEVA, L. “¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?”, en MIRO LLINARES, F./RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. (Dir./Coord.) *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Madrid, 2010, pág. 34.

25 De esta opinión VIVES ANTÓN, TS. que se refiere al significado de las palabras en el uso ordinario del lenguaje (vid. “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J.A. (Coords.) *Estudios de Filosofía del Derecho Penal, Universidad externado de Colombia*, 2006, pág. 301).

26 Sobre este particular, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Sobre la «interpretación» teleológica...” ob.cit., págs. 368 y 369; quien advierte de la ambigüedad de la expresión.

27 GARCÍA RIVAS, N. *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pág. 48.

ción» o, por mejor decir, mediante el añadido de los principios fundamentales de la ideología nacionalsocialista”²⁸.

En efecto con la llegada de Hitler al poder se abrió un proceso de reinterpretación del Derecho positivo heredado de la República de Weimar, en el que jugó un papel destacado la interpretación teleológico-objetiva de la mano de la jurisprudencia de intereses de HECK. Frente a la interpretación teleológica subjetiva, orientada a la voluntad del Legislador, se enarbolaba la teleológica de corte “objetivo” que atendía a la voluntad jurídica de la Ley en el momento presente, que no era otra que la de la comunidad popular. Por esta vía se reventaron los límites de la norma –propios del positivismo jurídico y de la separación de poderes que éste suponía– para acabar dando entrada a nuevas fuentes del Derecho: el liderazgo del *Führer*, el programa del partido, el espíritu del nacionalsocialismo o el santo sentimiento popular. Así, explica RÜTHERS “los partidarios del método «objetivo», por su parte, resaltaban la evolución dinámica de la voluntad legislativa en la comunidad popular. Los jueces, decían, no tenían que guiarse por la voluntad del legislador, que pertenecía al pasado, sino por «la idea jurídica concreta» que vive en la comunidad popular. El juez debía reconocer el significado presente de la ley. (...) La vinculación a la ley se consideraba superada.”²⁹ Sigue indicando el citado autor: “el llamado método objetivo tiene un nombre que induce a error. Al aplicador del Derecho le proporciona la oportunidad de explicar como derecho lo que él considere «la voluntad jurídica actual». Por tanto, respalda la imposición por el respectivo juez de opiniones muy subjetivas. Si esto se quiere evitar, el juez debe estar atado a bien precisas y tasadas fuentes del derecho. Ahí estaba la función de las nuevas fuentes del Derecho en el Estado nacionalsocialista, raza, liderazgo y programa del partido”³⁰.

En consecuencia, la primera lección que extrae RÜTHERS de la transformación del Derecho bajo el régimen nacionalsocialista es que “es posible dar la vuelta a todo un ordenamiento jurídico nada más que mediante la interpretación”³¹.

Aquí conviene señalar que esta labor de la interpretación teleológica sirvió no sólo para ampliar el ámbito de la norma, sino también para restringirlo en contra de su tenor literal³², en lo que se puede llegar a cons-

28 Cfr. RÜTHERS, B. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de la cámara en el Tercer Reich*, Madrid, 2016, pág. 122.

29 *Ibidem*, pág. 66.

30 *Ibidem*, pág. 82.

31 *Ibidem*, pág. 191.

32 RÜTHERS lo explica a partir del concepto de persona y del de capacidad jurídica. Antes de la toma del poder por los nazis se adoptaba un concepto universal de capacidad jurídica vinculado al de persona: existía una y la misma capacidad jurídica respecto de todos los seres humanos. Después, esta concepción se restringe para adaptarla al pensamiento nacionalsocialista, que exigía distinguir entre los nacionales y no nacionales; entre los miembros del pueblo y los ajenos. Se

trucciones propias del Derecho penal de autor como la que se produjo en los años 20 del siglo pasado en Alemania, alegando la tesis de la defensa del Estado. En efecto, como es sabido el Tratado de Versalles, que fue incorporado al ordenamiento alemán con rango supraconstitucional, impuso a Alemania diversas limitaciones, entre las cuales estaba la prohibición de no superar en más de 100.000 hombres el contingente de su ejército de tierra. Esta prohibición fue burlada sirviéndose de distintas maniobras entre las que estaba el reclutamiento de cuerpos de voluntarios, como los *Schwarze Reichswehr*, que permitió dejar atrás aquella limitación, ampliando la dotación del nuevo ejército alemán. Estos hechos fueron denunciados por los pacifistas alemanes ante la Comisión Militar Interaliada, a la que los Aliados habían confiado la vigilancia del cumplimiento del Tratado por Alemania. Algunos de aquellos denunciantes fueron asesinados. Pues bien, la defensa de los asesinos que fueron capturados se apoyó en el argumento de que habían actuado “en defensa del Estado” ante una situación de “emergencia nacional”, impulsando de esta forma la exclusión de responsabilidad. El propio Tribunal Supremo del Tercer Reich llegó a decir que la creencia de que existía un estado de emergencia nacional podía justificar, como principio, la violación de las leyes³³. Un argumento que sirvió también para condenar – por traición a la patria – a quienes, cumpliendo la ley, habían denunciado la transgresión del Tratado de Versalles³⁴. Cuanto menos resulta inquietante.

IV. ANALOGÍA EN DERECHO PENAL Y REDUCCIÓN TELEOLÓGICA

Los hechos acabados de referir en el punto anterior permiten traer a colación el tan debatido tema de la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* en Derecho penal, tradicionalmente referido, aunque no solo³⁵, a la creación de eximentes supralegales por esta vía. Las razones que se alega-

pone, así, el acento de este concepto, no en el carácter universal de ser persona, sino en el particular de “ser miembro” de la comunidad, de la raza, aia, etc., lo que permitía privar de derechos a todos los que no ostentaban dicha condición (vid., *ibidem*, págs. 111 y sigs.).

33 Esto es precisamente lo que JELLINEK, G. consideraba como una de las formas de manifestación de que la fuerza hace al Derecho. Se refería así concretamente a la dialéctica de la jurisprudencia y a la creación de la teoría de la situación de necesidad del Estado para enmascarar lo que eran violaciones flagrantes del orden jurídico establecido (vid. JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª Auflage unter verwertung des Handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. Walter Jellinek, Berlin, 1914, pág. 358 y 359).

34 En este sentido, SINDZHEIMER, H. “Die Legalisierung des politischen Mordes”, en *Die Justiz*, 5, 1929/30, pág. 69, citando a GUMBEL, E.J. “Landsverratstaktik”, en *Die Justiz*, 3, 1927/28, pág. 386 y sigs.

35 Dejando aparte la referencia de la analogía a las atenuantes, al encontrarse prevista legalmente en el art. 21.7 CP, se plantea también la aplicación analógica de la regulación del desistimiento de la tentativa al de los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación), respecto de los cuales el Legislador ha guardado silencio (vid. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte General. I Introducción*, 5ª ed., Madrid, 1996, pág. 174).

ban, tanto entonces como ahora, tienen que ver con la no afectación del significado garantista del principio de legalidad. Esencialmente se afirma que el empleo de la analogía en favor de reo no supone una quiebra del principio de legalidad, porque su significado de garantía para la seguridad jurídica y de exclusividad del legislativo en materia penal sólo funciona como límite para la creación o agravación de la responsabilidad penal, pero no, en cambio, cuando se trata de atenuar o eximir la responsabilidad³⁶. En realidad –se dice– la *analogía in bonam partem* no se refiere al ejercicio del derecho a castigar, sino al de no castigar o no castigar tanto³⁷.

Esta posición, que era prácticamente mayoritaria hasta CP vigente, ha virado a la vista de lo dispuesto en el art. 4.3 CP, pues ya no puede sostenerse, como se hiciera con respecto al derogado art. 2.2 CP 1973³⁸, que dicho precepto se refería únicamente a las leyes que definían delitos y establecían marcos penales, pero no a las que atenúan o eximen de responsabilidad³⁹. La referencia al indulto es clara. A ello se añade el hecho de que el Legislador de 1995 no haya hecho mención expresa a la analogía en favor de reo, que sí estaba contenida en los textos proyectados –Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983–, lo que se interpreta como una voluntad de no aplicar la analogía *pro reo* más que en el caso expresamente previsto (art. 21.7 CP)⁴⁰.

No obstante, algunos autores siguen defendiendo la admisibilidad de la analogía a favor de reo, aduciendo que constituye también una forma “rigurosa” de aplicación de la ley, de manera que solo cuando, ni siquiera tras tal aplicación beneficiosa, no fuera posible mitigar o excluir la pena, debería

36 En este sentido, LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Valencia, 2012, pág. 59; también OLMEDO CARDENETE, M. ¿es la Lex Stricta una garantía efectiva en Derecho penal?, en GARCÍA VALDES, C./VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZO, A./MARTINEZ ESCAMILLA, M./ALCACER GUIRAO, R. (coords). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. I, Madrid, 2008, pág. 596.

37 Vid. OCTAVIDO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1984, pág. 322 y sigs., con referencias a otros autores.

38 En este sentido ANTON ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. *Derecho penal, tomo I, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 103.

39 Así, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal...ob.cit.*, pág. 173, aunque se manifiesta partidario de su admisión, rechaza su incompatibilidad con el art. 4.3 CP. También MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley Penal*, 2ª ed., Madrid, 2010, pág. 224 y sigs., si bien este autor indica que la admisibilidad general de la *analogía in bonam partem* supondría una conculcación del principio de reserva de ley.

40 Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción...ob.cit.*, vol. II, 5ª ed., pág. 861. A este respecto MARINUCCI, G./DOLCINI, E. (*Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed. aggiornata da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Milano, 2015, pág. 76) advierten que uno de los límites para la admisibilidad del principio de aplicación analógica de las normas favorables estriba en que la laguna advertida por el intérprete no haya sido intencional, esto es, que no sea consecuencia de una determinada elección del Legislador.

el Tribunal ejecutar la sentencia y acudir al Gobierno proponiendo lo que corresponda⁴¹.

Pero lo cierto es que, aún sin contar con lo dispuesto en el art. 4.3 CP, hay que rechazar la aplicación analógica del Derecho penal, tanto en contra como a favor de reo, por varias razones: en primer lugar, porque conculca la reserva de ley que rige en materia penal y el principio de separación de poderes en que se funda, pues supone creación judicial del Derecho, aunque sea a favor de reo⁴². En segundo lugar, porque en particular la aplicación de la analogía *in bonam parte* supone una restricción de la norma penal no autorizada por el ordenamiento jurídico⁴³, y por ello, constituye por parte del juzgador una violación de su deber de aplicar la Ley –el tipo de prohibición–, en cumplimiento de su función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)⁴⁴. En tercer lugar, porque se corresponde con una concepción “buenista” del Derecho penal que acaba confundiendo el enfoque procesal del principio *in dubio pro reo* con una interpretación a favor de reo en Derecho penal. Por ello, tampoco resultan admisibles construcciones de la atenuante analógica como las que ha sustentado la Doctrina o el TS en relación con la circunstancia mixta de parentesco o con las dilaciones indebidas –antes de que fuera introducida expresamente en el texto legal–, pues, en un caso, contravienen el tenor literal del precepto; dado que el art. 21.7 CP se refiere a las circunstancias anteriores, y la mixta, como es de todos sabido, está en el art. 23 CP; y respecto de las dilaciones indebidas porque como acertadamente se ha señalado por ALVAREZ GARCÍA sentar la identidad de razón en referencia al injusto, la culpabilidad o a la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva político criminal, es tanto como conceder “barra libre” al Tribunal Supremo para que se “invente” cualquier atenuante⁴⁵.

41 De este parecer, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, 2015, pág. 136 y 137; MIR PUIG, S. *Derecho penal, Parte General*, 10 ed., Barcelona, 2016, pág. 126.

42 En este sentido, ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pág. 28; MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 225; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 4ª ed, pág. 153.

43 A este respecto GÓMEZ LANZ, J. (“La interpretación de la ley penal...ob.cit.”, pág. 51) señala que “El Derecho penal no es sólo la Magna Charta del delincuente, sino la Magna Charta del ciudadano-en tanto que potencial víctima”. Quiere destacar con ello la faceta de seguridad jurídica que despliega el principio de legalidad también sobre la actividad proyectiva de cada ciudadano o sus expectativas sobre el comportamiento ajeno, al estimular con la norma penal que los demás se abstengan de interferir en sus posibilidades de comportamiento social.

44 También, ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción...ob.cit.*, pág. 29, quien habla de conculcación de la ley penal.

45 Vid. ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009, pág. 217 y 239.

Finalmente, una reducción del ámbito de la norma por criterios teleológicos no debe confundirse con una interpretación restrictiva, en la que tan solo se opta por uno de los significados dentro de su sentido literal posible, limitando el alcance de la norma. La reducción teleológica, como acertadamente ha manifestado nuestro TC, opera *contra legem*, “a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley”. Funciona como una “figura inversa a la de la analogía”, que excluye del “marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico” (STC 237/2005, 26 septiembre, en el mismo sentido, STC 227/2007, 22 octubre). La sentencia resolvía el conocido como caso Guatemala, que se refería a las matanzas indiscriminadas de mayas en el conflicto armado que asoló el país por más de 30 años, respecto de la aplicación del principio de jurisdicción universal, tal y como estaba redactado en el art. 23.4 LOPJ antes de las últimas reformas de 2009 y 2014. El alto Tribunal rechaza la interpretación que habían realizado tanto la Audiencia Nacional como el TS, que restringía la aplicación de este principio por la vía de introducir requisitos no contemplados en la norma: concretamente, el de personalidad pasiva, que hacía depender la competencia de los tribunales españoles en la persecución del delito de genocidio de la nacionalidad española de la víctima, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes. Concretamente el TC manifestó lo siguiente:

“en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico pro actione y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE” (Fundamento jurídico 3).

“Tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ” (fundamento jurídico 8).

Las mismas argumentaciones reproduce nuestro alto Tribunal en la sentencia 227/2007, 22-10, en el caso Falung Gong, en la que se resuelve el recurso de amparo contra resoluciones del TS y de la Audiencia Nacional, por las que se había rechazado el enjuiciamiento en España de los delitos de genocidio y torturas que pudieran haber cometido distintas autoridades chinas contra miembros y simpatizantes del grupo Falung Gong (fundamento jurídico 5).

Así la reducción teleológica constituye uno de los mecanismos, junto con la analogía, de reconstrucción (renormativización) del enunciado jurídico de las normas, en las que se ha producido el fenómeno de sobreinclusión, porque –a juicio del intérprete– se aprecia una incorrecta traducción de la finalidad de protección en la literalidad del enunciado⁴⁶.

Finalmente, no sin razón ha declarado VIVES ANTÓN que “la dogmática penal actual se construye en términos tales que enervan cualquier núcleo fijo de sentido que el legislador, por medio del lenguaje común, quiere atribuir al texto de la ley”⁴⁷, lo que ejemplifica refiriéndose a la teoría del dominio del hecho que choca con la dicción del art. 28 CP, según el cual autor es “quien realiza la conducta típica”. A partir de aquí es fácil eliminar la categoría de los delitos de propia mano.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2009.
- ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.
- ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999.
- ANTON ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. *Derecho penal, tomo I, Parte General*, Madrid, 1949.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Madrid, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A.I. “La aplicación de la ley penal”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo I, Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2015.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, Parte General, I Introducción*, 5ª ed., Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 4ª ed.
- GARCÍA RIVAS, N. *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992.

46 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Sobre la «interpretación» teleológica...” ob.cit., pag. 377 y 378.

47 Vid. VIVES ANTÓN, T.S. “El principio de legalidad...” ob.cit., pag. 331.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 2012.
- GÓMEZ LANZ, J. "La interpretación de la ley penal como actividad dogmática", en *ICADE Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 74, 2008.
- ITURRALDE SESMA, V. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Madrid, 2014.
- JAEN VALLEJO, *Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Buenos Aires, 1999.
- JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª Auflage unter Verwertung des Handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. Walter Jellinek, Berlin, 1914.
- LARENZ K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero de la 4ª ed. Alemana de 1979, Barcelona, 2º ed., 1980.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Cizur Menor, 2010.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Valencia, 2012.
- MARINUCCI, G. "Conclusioni" a G. Cocco *Interpretazione e precedente guidiziale in Diritto Penale*, Padova, 2005.
- MARINUCCI, G./DOLCINI, E. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed. Aggiornata da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Milano, 2015.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal, Parte General*, 10 ed., Barcelona, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L. ¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?, en MIRO LLINARES, F./RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. (Dir./Coord.) *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Madrid, 2010.
- MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley Penal*, 2ª ed., Madrid, 2010.
- MÜLLER, F. "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", traducción de Luis Villacorta Mancebo, *Revista española de derecho constitucional*, año 9, n° 27, septiembre-diciembre 1989.
- MUÑOZ CÓNDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, 2015.
- OCTAVIDO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1984.
- OLMEDO CARDENETE, M. ¿es la Lex Stricta una garantía efectiva en Derecho penal?, en GARCÍA VALDES, C./VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZO, A./MARTINEZ ESCAMILLA, M./ALCACER GUIRAO, R. (coords.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 1, Madrid, 2008.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1. del Código civil*, Pamplona, 1994.
- PEREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 2016.
- RAMÓN RIBAS, E. "Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, n° 12, 2014.

- ROXIN, C. *Derecho penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por LUZÓN PEÑA, DM/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 2008.
- RÜTHERS, B. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de la cámara en el Tercer Reich*, Madrid, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal", en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J.A. (Coords.) *Estudios de Filosofía del Derecho Penal, Universidad externado de Colombia*, 2006.
- SINDZHEIMER, H. "Die Legalisierung des politischen Mordes", en *Die Justiz*, 5, 1929/30; del mismo, "Landsverratstaktik", en *Die Justiz*, 3, 1927/28.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal", en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J.A. (Coords.) *Estudios de Filosofía del Derecho Penal, Universidad externado de Colombia*, 2006.
- WROBLEWSKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1988.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO RESPUESTA AL DELITO

PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

Sumario: I. Preliminar. II. Planteamiento general del tema. III. Conceptos básicos fundamentales. IV. La «múltiple naturaleza» de la denominada «reparación del daño»: 1. El ámbito penal: circunstancia modificativa atenuante de la responsabilidad penal: 1.1. Requisitos para su apreciación. 1.2. El contenido de la reparación del daño: aplicación. 1.3. Exclusión del contenido de la reparación: diferencias. 1.4. Eficacia atenuatoria en el grado de estimación o admisión. 2. El ámbito civil: responsabilidad civil *ex delicto*. 3. La justicia restaurativa/reparadora como respuesta a las víctimas: especial referencia a la mediación penal. V. La aplicación de la atenuante de reparación: uso sin abuso. Excurso: ¿Hacia una privatización del Derecho Penal?

I. PRELIMINAR

La elección del tema que se tratará en las siguientes páginas se podría considerar una continuación de algo que quedó pendiente, como una «puerta abierta» para quien suscribe este artículo cuando en su momento y bajo la dirección del Profesor Morillas, un grupo de sus discípulos y discípulas tuvimos la oportunidad de participar en un proyecto de investigación —uno de tantos— que dio como fruto una de las últimas monografías publicadas por el grupo de investigación y que, sin alarde de presunción, ha sido y es un trabajo de referencia que nos ha unido bajo su dirección y, ante todo, amistad. No puedo dejar de plasmar aquí sus palabras —como siempre sabias y acertadas— en la introducción a esa obra cuando entre los reconocimientos hace referencia a esta *Universidad pública que, a pesar de demasiados pesares, sigue manteniendo la llama de la ilusión y el compromiso de muchos y muy excelentes docentes e investigadores con la esperanza de futuro, de ese largo mañana que todavía nos espera, de que a través de la autocrítica se siga avanzando en el camino interminable por apasionante de la calidad y el rigor científico*¹; no hay mejores palabras para definir a su persona y figura y a lo que él representa.

¹ «Introducción» a la obra *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dir. L. Morillas Cúeva, Madrid, 2016, pág. XXVII.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

A lo largo de este trabajo se pretende poner de manifiesto la aplicación actual de una figura de muy diferente naturaleza o con muy distintas vertientes que se va abriendo paso en cuanto a su aplicación de una manera que no puede pasarnos desapercibida: *la reparación del daño derivada del delito*. Nos encontramos ante una mezcla del pasado con el presente y el futuro, desde la más tradicional aplicación del Derecho Civil en cuanto a las consecuencias civiles que se originan derivadas de la comisión de un hecho delictivo hasta las nuevas concepciones de una justicia que va otorgando cada vez una mayor presencia y relevancia a la “víctima” del delito y donde el acento se pone en que la víctima vea “satisfechos o compensados” algunos de los efectos que le ha ocasionado el ser eso, una víctima. Es así que, desde el ámbito criminológico, la Victimología va avanzando y consolidándose como un campo de conocimiento o ciencia criminológica que está dejando patente una realidad que se pone de manifiesto tras las reformas legales acontecidas en nuestro país en los últimos años².

Otro dato a tener en cuenta es la irrupción y reconocimiento en la jurisprudencia española no solo de la “víctima” como persona lesionada por la comisión del delito si no situando a la propia comunidad o sociedad como receptora del problema de las víctimas reconociéndola como “*víctima mediata y general*”, *sin rostro* y sobre tales planteamientos, la reparación del daño a la víctima se convierte en el principal instrumento para iniciar lo que desde la Victimología se denomina el proceso de desvictimización³.

Ante nuevos planteamientos y retos, el pasado es fundamental para asentar cimientos, la ignorancia o desatención hacia las víctimas del sistema penal puro y duro y su reconocimiento en los últimos tiempos no es una aparición espontánea, en la doctrina penal y en el marco de las teorías

² Asumimos la definición de Victimología propuesta por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M. en cuanto *disciplina científica que posee un método empírico e interdisciplinar encargada del estudio de la víctima, capaz de presentar información relevante sobre los procesos de victimización, sus formas de actuación y prevención. Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2011, pág. 41.

A tener en cuenta la entrada en vigor del Estatuto de la Víctima del Delito contenido en la Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE núm. 101 de 28 de abril de 2015), así como la importancia de algunas de las reformas llevadas a cabo en la legislación penal mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

³ Reproduzamos las palabras recogidas en la STS núm. 94/2017, de 16 de febrero (RJ\2017\1065): *Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendiente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal...*

sobre los fines de la pena, maestros tales como C. ROXIN ya avanzaban este futuro; era así que entre los fines de la pena y en cuanto al fin de la resocialización del delincuente, afirmaba como *la reparación* aportaba mucho al cumplimiento de los fines de la pena por lo que tal cuestión era *políticamente importante*⁴. Como iremos viendo en las próximas páginas “sistema penal, política criminal y víctimas” son las claves.

III. CONCEPTOS BÁSICOS FUNDAMENTALES

Ante el riesgo de incurrir en la obviedad y donde pueda parecer que lo que expondremos a continuación es sobradamente conocido por un jurista o un conocedor del Derecho, resulta básico e imprescindible recordar una serie de conceptos que resultan claves por cuanto, en alguna ocasión, aparecen con confusión: el sujeto pasivo del delito, la víctima y el/los perjudicado/s⁵.

Un planteamiento inicial es absolutamente reconocido de forma unánime por juristas y criminólogos y es que la figura de la víctima en nuestro sistema penal ha sido *la gran ignorada o desconocida*; sin embargo, se ha producido y se está produciendo un “giro” absoluto constatable en la dogmática y en la jurisprudencia más reciente donde se produce un reconocimiento del papel de la víctima en lo que es la actual política criminal, se habla así de *la atención a la víctima que adquiere un papel preponderante en la respuesta penal*⁶.

4 *Derecho Penal. Parte General, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* (Trad. D. Luzón Peña-M. Díaz y García Conlledo-J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, págs. 108 y ss. La cuestión no es en absoluto baladí cuando se han elaborado teorías dogmáticas que plantean a la reparación del daño como la «tercera vía» junto a penas y medidas de seguridad.

5 JUAN SANJOSE, R.J. afirma lo siguiente: *La víctima ha pasado de ser el “sujeto pasivo” del delito, sin rostro, a ser protagonista, protagonista pasivo pero corporal y concreto y por tanto perjudicado, de la acción delictiva, y uno de los fines a que debe atender el sistema de justicia penal, es a la protección del perjudicado de acuerdo con los postulados de la Justicia Restaurativa, que pone el énfasis en el reconocimiento de los roles de la víctima y del agresor poniendo el acento en obtener una respuesta más centrada en el daño concreto causado a la víctima y a su reparación, de suerte que la reparación viene a restaurar la situación anterior a la infracción, dando satisfacción a la víctima y al mismo tiempo reintegrándose el agresor a la comunidad civil por el reconocimiento de su ilegítimo actuar que se patentizaría con el hecho de la reparación y reconocimiento de la violación normativa que efectuó.* Señala el autor así que estos son los motivos y fundamento de la atenuante de la pena recogida en el art. 21.5 del CP. “La reparación del daño como atenuante” en [https://www.burgueraabogados.com/ la-reparación-del-daño-com...](https://www.burgueraabogados.com/la-reparacion-del-daño-com...)(cons.07/02/18), pág. 3. En nuestra opinión se produce aquí una confusión y superposición de conceptos de la que disintimos.

6 Entre otras, por ejemplo, la STS núm. 467/2015, de 20 de julio (RJ. 2015\4491) a la que iremos aludiendo más adelante. También es interesante el planteamiento que desde la jurisprudencia se está haciendo donde la protección de los intereses de las víctimas *no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino de toda la comunidad*, vid. STS núm. 654/2016, de 15 de julio (RJ\2016\3779). En el mismo sentido la STS núm. 791/2017, de 7 de diciembre (RJ\2017\5344).

De acuerdo así con la afirmación de ESCRIBUELA CHUMILLA, E.J. que sostiene que *la satisfacción de los intereses y derechos de las víctimas forma parte de una nueva línea político-criminal, que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito.* *Todo Penal*, 2016, Madrid, pág. 189.

Sin perjuicio de que, obviamente, los términos son utilizados tanto por el Derecho Penal como por el Derecho Civil como por la Victimología, lo que planteamos a continuación es el sentido esencial de su significado con relación a los ámbitos específicos en los que tal concepto tiene su lugar y definición, así:

Sujeto pasivo del delito	Víctima del delito	Perjudicado/s
<p>El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.</p>	<p>La víctima del delito es la persona física que sufre un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.</p>	<p>El perjudicado/s es la persona física o jurídica que sufre las consecuencias del delito, ya sea directamente o a través de un tercero.</p>

- a) Sujeto pasivo del delito: titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.
- b) Víctima: sobre la base de diferentes definiciones doctrinales y legales y, a efectos prácticos, podemos señalar la contenida en el Estatuto de la Víctima que define como víctima directa a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito (art.2.a)⁷.
- c) Perjudicado/s: comprende a los conceptos anteriores siendo extensivo a otras personas que sufran las consecuencias del delito (familiares, personas dependientes de la víctima, etc.).

Pues bien, a todos ellos va referida desde diferentes respuestas la denominada “reparación del daño”, alcanzando significados y consecuencias diferentes tal y como iremos exponiendo.

IV. LA «MÚLTIPLE NATURALEZA» DE LA DENOMINADA “REPARACIÓN DEL DAÑO”

Son fundamentalmente tres los planteamientos que haremos: en primer lugar, su calidad de circunstancia modificativa de la responsabilidad crimi-

⁷ No consideramos incluido en tal concepto a pesar de que la jurisprudencia así lo afirme, tal y como hemos visto en la STS referida anteriormente de 16 de febrero de 2017 (nota 3), el planteamiento extralegal de que la sociedad o la comunidad sean “víctimas mediatas”, la víctima es para nosotros conforme al concepto legal contenido en el Estatuto de la Víctima la persona física, ella puede ser objeto de la reparación del daño, la comunidad o la sociedad no, en el sentido estricto del término. Para velar por esos intereses comunitarios está el propio sistema penal y procesal. Advertimos también, de entrada, que el tema que abordaremos se hará centrado en responsabilidades de personas físicas dejando fuera por razones de tiempo y espacio lo que es la aplicación de esta figura a las personas jurídicas, cuestión de enorme interés pero que dejamos abierta a otro estudio.

nal como atenuante de la pena a imponer a quien puede ser declarado responsable del delito⁸; en segundo lugar, en cuanto contenido de la responsabilidad civil derivada del delito (art. 110 CP) y, en tercer y último lugar, desde la perspectiva criminológica, especialmente desde la Victimología, apareciendo conceptos tales como “justicia restaurativa” o “justicia reparadora” que cuenta con herramientas o instrumentos muy cercanos a lo que es la reparación del daño pero que, como luego veremos, no son identificables, en concreto, aludiremos a la mediación penal.

1. El ámbito penal: circunstancia modificativa atenuante de la responsabilidad penal

Si indagamos en el origen y evolución de lo que hoy conocemos como “reparación del daño” a lo largo de su existencia, podemos ver que esta circunstancia aparecía como una vertiente de la que se denominaba *arrepentimiento activo* en el Código Penal anterior al vigente⁹, el Código Penal de 1995 será el que las diferencie incluyéndolas en números diferentes del art. 21 que es el que recoge el catálogo actual de atenuantes, algo acertado por cuanto tanto su fundamento como el momento procesal de ambas es diferente¹⁰. Además de este argumento estrictamente jurídico, desde diferentes opiniones se vio en este cambio un giro importante del sistema que empezaba a mirar hacia la víctima desde planteamientos político-criminales más actuales¹¹, en cualquier caso, en esa separación de las atenuantes se viene fundamentando el carácter eminentemente subjetivo del arrepentimiento del eminentemente objetivo de la reparación del daño¹².

8. Art. 21. Son circunstancias atenuantes:

5º. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

9. En el texto del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, el art. 9 que recogía las circunstancias que atenuaban la pena establecía en el nº 9: *La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción.*

10. Como afirmaban COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. tras la reforma de 1995, el legislador quiso diferenciar el momento temporal para ser admitidas: *mientras que el arrepentimiento para confesar sólo tiene sentido antes de abrirse el procedimiento, la reparación a la víctima o la disminución de los perjuicios ocasionados con el delito puede intentarse en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral.* *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, pág. 825.

11. Así, por ejemplo, sobre la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Supremo, MAGRO SERVET, V. plantea entre las características de esta circunstancia y su modificación en 1995 que se trata de una *mayor atención a la víctima del delito*; sostiene así que: *el legislador por razones utilitarias o de política criminal ha puesto sus ojos en la históricamente olvidada y desatendida situación de la víctima.* “Aplicación práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito” en *La Ley Digital 360, La Ley 5089/2005*, pág. 2.

12. Con un exhaustivo desarrollo de la evolución y otros aspectos de la atenuante, la STS núm. 467/2015, de 20 de julio (RJ20154491) sostiene que tras la diferenciación de ambas cir-

Atendiendo a la propia esencia de la circunstancia, se planteaba antiguamente la existencia de una “menor culpabilidad” algo que no se consideraba acertado dado que, tal y como señalaba una parte de la doctrina y la jurisprudencia, la culpabilidad había de ir referida al momento de la comisión del hecho y no a actuaciones posteriores. Es así que, descartada una posible naturaleza subjetiva de la circunstancia, claramente se le dota de una naturaleza objetiva, en este sentido, la jurisprudencia ha venido señalando este aspecto destacando de entre los argumentos utilizados el que todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc...) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y, simplemente, están basadas en razones de política criminal¹³; incluso casi se ha construido como un “premio” para el delincuente que se ve justificado por el cumplimiento del interés general que supone satisfacer a las víctimas así como un fin preventivo que se consideraría sobre *la predisposición a una regeneración que disminuya la peligrosidad*¹⁴.

En las circunstancias que dotan a la atenuante de reparación de un carácter objetivo, se afirma que para su apreciación se exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se ve ampliado respecto a la anterior atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, ya que en la reparación no se da la exigencia de que ésta se produzca antes del inicio del procedimiento si no que podrá cumplirse durante todo el proceso con el límite de que sea antes del juicio oral. El elemento sustancial tiene que ver con la responsabilidad civil *ex delicto* porque el contenido de la reparación como atenuante es más amplio que el que tiene ese concepto en el art. 110.2º.

¹³ En la misma sentencia citada en la nota anterior se exponen las teorías que fundamentan la circunstancia; de una parte, la teoría del “*actus contrarius*” que se centra en la aceptación de la responsabilidad por parte del autor del hecho lo que supondría una “menor culpabilidad” al contribuir a reforzar la vigencia del ordenamiento transgredido reconociendo su autoría y, de otra parte, la tesis que se fundamenta en la “*protección objetiva de la víctima*” que fundamentada en razones de política criminal, lo que pretende y persigue es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas aunque también en la vertiente del reconocimiento del hecho por parte del sujeto que repara —aunque esto no lo exija la atenuante—, se producirá una “menor necesidad de pena” como una señal de rehabilitación. Más ampliamente desarrollada puede verse en la STS núm. 121/2017, de 23 de febrero (RJ2017953).

Otro pronunciamiento posterior que invoca a anteriores sentencias del Tribunal Supremo es la núm. 74/2016, de 10 de febrero (RJ2016240) en la que afirmando el carácter *ex post* de esta circunstancia y su fundamento político criminal, introduce un aspecto de interés tal y como es el que existiendo una pretensión del legislador de dar protección a la misma, añade, y *favorecer para ello la reparación privada posterior al delito* incidiendo en el contenido más amplio de la atenuante respecto al de la responsabilidad civil del art. 110. En este sentido también la STS núm. 16/2018, de 16 de enero (RJ201875).

Por parte de la doctrina y entre otros autores se pueden ver MORALES PRATS, F. que hace referencia a un fundamento político criminal dirigido a la protección de la misma basado en *la disminución de la necesidad de la pena*. Comentarios al Código Penal español (Dir.: G. Quintero Olivares), Pamplona, 2016, pág. 287. CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. se refieren a esta circunstancia como *el paradigma del comportamiento postdelictivo más positivo, lo que explica la proyección que está teniendo en la actualidad como “tercera vía” junto a la pena y la medida de seguridad*. Curso de Derecho Penal. Parte General, Madrid, 2015, pág. 215.

¹⁴ Haciendo referencia a esa idea de “premio” a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima se refiere la STS núm. 678/2015, de 30 de octubre (RJ20155048). También afirmando

Aplicación de la atenuante: ¿a qué tipo de delitos? es necesario concretar la operatividad y su incidencia dependiendo del delito en cuestión, así como se viene sosteniendo doctrinal y jurisprudencialmente no es lo mismo una reparación del daño en un delito de carácter patrimonial como en aquel en el que quedan afectados bienes eminentemente personales (vida, integridad, etc...), del mismo modo, también se ha señalado que sin que pueda descartarse *a priori* su aplicación ante delitos de peligro o de mera actividad, realmente donde se produce la aplicación de la atenuante es en los delitos de resultado¹⁵ y al hilo de ello, otra cuestión a responder es si es posible su estimación en los casos de tentativa de delito a lo que se ha de responder afirmativamente ya que, aun siendo la forma imperfecta, se ha producido un daño no abarcado por el dolo del autor pero sí producido, ello además ha de ser lo coherente con la atribución del cumplimiento de fines de política criminal orientados a la víctima, tal y como más que reiteradamente se viene sosteniendo en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Si bien las cuestiones planteadas lo han sido respectó a bienes jurídicos de carácter individual o personal, ¿qué ocurre en los casos de afectación a bienes jurídicos colectivos en los que no se individualiza a la persona? El Tribunal Supremo viene rechazando la apreciación de la circunstancia en estos casos al no poder determinar el sujeto concreto al que se le ha ocasionado el perjuicio, tal es así en relación a delitos tales como los desórdenes públicos, la tenencia de droga para tráfico, la tenencia ilícita de armas, etc.¹⁶

En nuestra opinión, quizás se esté pasando por alto la importancia de la misión y fines del Derecho penal en cuanto protector de bienes jurídicos fundamentales cuando, precisamente, esa es una de las claves y de ahí se ha de pasar a la respuesta a la víctima, esto es, se ha de trascender de lo colectivo a lo individual o, absolutamente de acuerdo con la afirmación de Galain Palermo, *la teoría del bien jurídico debería exigir siempre una relación directa o me-*

que con el fundamento en razones de política criminal *para premiar las conductas que hubieran servido para reparar el daño causado a la víctima...* STS núm. 654/2016, de 15 de julio (RJ\2016\3779).

15 En la STS núm. 1215/1999, de 29 de septiembre (RJ\1999\8087) se excluye la aplicación de la atenuante en delitos de simple actividad afirmando que ésta se aprecia en delitos de resultado.

16 STS núm. 983/2016, de 11 de enero (RJ\2017\4) en causa seguida por delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, se afirma que *es difícilmente conciliable la apreciación de la atenuante de reparación del daño en un delito contra el orden público*. Respecto a tenencia de droga para el tráfico o la tenencia ilícita de armas, lo afirma la STS núm. 1290/2005, de 17 de noviembre (RJ\2006\1299). La STS núm. 738/2016, de 5 de octubre (RJ\2016\4578) respecto a un delito de tenencia ilícita de armas rechaza la atenuante al tratarse de un delito de mera actividad donde no puede operar ésta. Afirmando que en delitos tales como el tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas, en cuanto delitos de peligro la reparación del daño (ni siquiera la simbólica) es "prácticamente imposible", la STS núm. 1290/2005, de 17 de noviembre (RJ\2006\1299).

diata del tipo penal con un interés individual (personal o colectivo), no solo para proceder a la legitimación de una norma penal (operando como requisito indispensable en el momento de la tipificación), sino para justificar que en ocasión de resolver el conflicto se tengan en cuenta las necesidades individuales de la víctima, sin necesidad de desconocer el interés social en la resolución del conflicto (prevención general)¹⁷.

1.1. Requisitos para su apreciación

Confirmado y reafirmado el carácter objetivo de esta circunstancia¹⁸, entendemos que en el cumplimiento de la circunstancia se puede distinguir entre lo que son elementos objetivos y un elemento subjetivo fundamental que plantea algunas cuestiones de interés, como veremos a continuación:

a) Elementos objetivos: el primero que se debe apuntar es el relativo al momento procesal en el que debe producirse el hecho reparatorio, respecto a lo que el art. 21.5 es claro: *en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*. Ciertamente, estamos ante un requisito cronológico que de no respetarse hace perder la esencia y el sentido de la atenuante a pesar del claro acuerdo de aplicación laxa de la misma; tal y como más adelante veremos, esa "laxitud" no debería incurrir en una aplicación incorrecta, o al menos dudosa, de la norma¹⁹. Es más, ese momento temporal

17 GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, 2010, pág. 74. También insistiendo en la necesidad de atender al bien jurídico lesionado y a su restauración, lo que justificaría el amplio margen temporal que tiene el cumplimiento de la atenuante (todo el procedimiento antes del juicio oral) se refiere ESCRIBUELA CHUMILLA, F.J. *Todo Penal Civil*, págs. 188 y 189.

18 Lo que implica según abundante jurisprudencia que es necesario que concurren dos elementos, uno cronológico, integrado porque la reparación se produzca en cualquier momento siempre que sea antes del juicio oral, y otro sustancial; en cuanto se trata de una reparación más amplia de la contenida como parte de la responsabilidad civil pudiendo ser cualquiera de las formas que engloba la responsabilidad civil. En este sentido y, entre otras, STS núm. 809/2007, de 11 de octubre (RJ2007/6095).

La STS de 20 de julio de 2015, ya mencionada anteriormente, reproduce las consecuencias de esa objetivización de la circunstancia lo que supone: a) *la ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros podemos distinguir*; b) *todas las atenuantes ex post facto (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal*; c) *exigir un elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló*; d) *una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito; al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa*. En el mismo sentido, STS núm. 121/2017, de 23 de febrero (RJ2017/953).

19. En este punto se suele invocar un caso muy conocido, el caso *Farruquito* enjuiciado en el año 2005 (S. 272/05 de 29 de julio; Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla, c. 105/05-R) en el que se apreció como atenuante analógica la reparación del daño a pesar de que esa "reparación" se produjo después de la celebración del juicio oral. Entre otras posibles críticas está desde luego la

y cronológico de la reparación es un dato de suma relevancia que genera las respuestas judiciales más variadas y por ello, quizás, una cierta inseguridad²⁰.

Otra cuestión fundamental es también la cuantía de la cantidad a consignar que estará sometida a varios condicionantes: el delito cometido, el resultado ocasionado a la víctima, las peticiones mantenidas por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, de otra parte, se habrá de atender a la capacidad económica del acusado, avanzando ya aquí que en función del esfuerzo que ello supone para el sujeto la operatividad atenuatoria de la circunstancia podrá ser mayor, en este sentido es donde se ha venido admitiendo la misma como atenuante muy cualificada tal y como luego se expone.

b) Elemento subjetivo: Tratamos de distinguir aquí dos aspectos diferentes que pueden inducir a cierta confusión. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha afirmado que uno de los elementos subjetivos de la atenuante era *la capacidad reparadora del sujeto* algo que, en nuestra opinión, no es muy acertado por cuanto confunde elementos objetivos con subjetivos, esto es, en esa "capacidad" se daría la posibilidad que objetivamente tiene el sujeto de responder. De otra parte, existiría una vertiente subjetiva que tiene que ver con la intención o voluntad de llevar a cabo esa reparación, en ese sentido lo que sí es correcto es establecer como elemento subjetivo *la voluntad o voluntariedad de reparación* lo que, ciertamente, permite además delimitar esa actuación jurídica de otras tales como, por ejemplo, la indemnización que se hace efectiva tras requerimiento judicial conforme a las normas procesales²¹. Ahora bien, ¿se requiere algún tipo de elemento subjetivo en orden a

inducción a la confusión de conceptos: ¿reparación, indemnización, compensación...? En otros casos, sin embargo, el momento temporal ha sido determinante rechazando la apreciación de la atenuante cuando habiendo transcurrido un tiempo desde el delito hasta la celebración del juicio oral, la consignación se realiza en momentos previos inmediatos a dicho juicio, así STS núm. 738/2016, de 5 de octubre. (RJ2016\4578).

20 MAGRO SERVET, V. recoge el caso en el que se produjo una consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado en la misma mañana del día señalado para el juicio y en el acto de la vista oral se presenta el resguardo justificativo del ingreso. La Audiencia Provincial no estimó la aplicación de la atenuante por cuanto en el caso en cuestión y dada la gravedad de los hechos relacionados con un accidente de tráfico, el que se hiciera la consignación en ese momento —invocando otro pronunciamiento del Tribunal Supremo— *está más próxima al fraude de Ley que al restablecimiento del sufrimiento, quebranto físico y daños morales padecidos*. Recurrida esta sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso y admitió la apreciación de la atenuante considerando que *... es lo cierto que en la conducta del procesado concurren todos los requisitos legalmente exigidos para la apreciación de la atenuante invocada, incluido el cronológico; que razones de política criminal aconsejan favorecer la voluntaria y pronta reparación o disminución de los efectos del delito y que la cantidad consignada, no relevante por sí misma, puede serlo atendiendo a las circunstancias económicas del condenado...* "La aplicación práctica de la atenuante..." cit., pág. 9. También estimando que la simple consignación de una cantidad significativa con la petición de la entrega a la víctima antes de la celebración de la vista oral, puede verse las STS de 19 de julio de 2005. (réc. 1113/2004) sobre la base del cumplimiento de todos los requisitos del art. 21.5^a.

21 En este sentido, MAGRO SERVET, V. Ob. cit., págs. 2, 4 y 5.

la apreciación de esta atenuante? En contra de lo que viene sosteniendo la jurisprudencia y una parte de la doctrina que han identificado la separación de la otra circunstancia de “arrepentimiento” en el Código de 1995 con una supuesta naturaleza puramente subjetiva de ésta –ahora recogida en el n.º 6– y una naturaleza puramente objetiva de la reparación del daño, creemos que el elemento de la “voluntariedad o voluntad” del sujeto en reparar el daño sí que pertenece al ámbito subjetivo de la circunstancia aunque no basta ni cumple la circunstancia mientras no se produzca el hecho objetivo de la consignación²². En este sentido y a *sensu contrario* la consignación de una cantidad importante cumpliendo el requisito de que sea antes del juicio oral sí que ha permitido la estimación de la atenuante *premiando de alguna forma la conducta del presunto culpable dirigida a disminuir o a reparar en la medida de lo posible el perjuicio que a la víctima le ha causado la acción cometida, sin perjuicio de la posibilidad de continuar defendiendo la ausencia del carácter delictivo de la misma, o incluso, la ausencia de pruebas de su comisión*²³.

Al hilo de lo expuesto, entendemos que mientras que la “capacidad reparadora” corresponde al ámbito objetivo de la circunstancia, la parte subjetiva está conformada por la “voluntad de reparación”, de este modo ¿qué papel juega el dato de la capacidad económica del sujeto reparador? Se viene entendiendo desde el ámbito jurisprudencial que si bien se trata de un dato a tener en cuenta no es el determinante sobre la base de que se podría deducir que *las personas insolventes gozarían de un privilegiado efecto atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima*²⁴.

1.2. El contenido de la reparación del daño: aplicación

Una de las características que presenta la atenuante del art. 21.5 es su diversidad y casuística en lo que es el contenido o prestación, la variedad está

²² Como afirma JUAN SANJOSÉ, R.J. *la reparación ha de ser un acto voluntario y personal del responsable, admitiéndose en algunos casos la realizada por un tercero por encargo de aquél, quedando excluidas de apreciación actos tales como el abono anticipado de la multa, el pago de la fianza, la consignación sin ofrecimiento, o la prestación de un aval. “La reparación del daño”...*cit., pág. 14. También aludiendo a la voluntariedad en la atenuante, MARTÍNEZ RUÍZ, J. *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, Madrid, 2017, pág. 33.

En la jurisprudencia y entre otras la STS núm. 94/2017, de 16 de febrero (RJ20171065) afirma que *ha de tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa* aunque la consignación la realice otra persona.

²³ Literalmente es lo que se afirma en la STS núm. 948/2005, de 19 de julio (RJ20056540) en la que se resuelve el recurso interpuesto al no haberse apreciado la atenuante en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Supremo admite el recurso en este punto y aprecia su concurrencia.

²⁴ El Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 (ATS 5990/2015) así lo estableció exigiendo además que *la reparación ha de ser suficientemente significativa y relevante*, esto significará que no se le concederán los efectos atenuatorios a acciones aparentes o a reparaciones reducidas aunque el sujeto tenga los medios adecuados.

condicionada por el tipo de delito que se cometa así, siendo una atenuante por excelencia aplicada a los delitos patrimoniales, el hecho cometido será determinante (no es igual la reparación ante un delito pluriofensivo, por ejemplo, un robo con violencia o intimidación donde además del patrimonio se lesionan bienes personales a un hurto o una estafa, a pesar de que la cuantía de lo obtenido sea la misma); tampoco será el mismo contenido según la reparación sea total o parcial (intensidad de la reparación), también se verá afectado ese contenido según el grado de daño perpetrado a la víctima²⁵. Siendo posible estimar la atenuación aun cuando la reparación sea “parcial”, resultan de interés algunos pronunciamientos judiciales que establecen la relevancia de la cuantía consignada con relación a la cuantía de la indemnización por cuanto no procederá la aplicación de la atenuante cuando aquella cantidad sea mínima, llegando incluso a establecer el Tribunal Supremo que no se podrá apreciar la atenuante cuando la reparación no cubra *una quinta parte de la indemnización reclamada*²⁶. Como exigencia para la apreciación de la atenuante independientemente de que la reparación haya sido parcial o total, afirma el Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 –ya mencionado anteriormente– que, en cualquier caso, la reparación ha de ser *real y verdadera* lo que no implica que en todos los casos sea total siempre y cuando el autor haya realizado un esfuerzo reparador auténtico por cuanto la atenuante comprende también la disminución de los daños ocasionados por el delito, sería así que son admisibles las reparaciones parciales significativas²⁷.

25. Varias sentencias así lo afirman, la STS de 30 de junio de 2003, –ya citada anteriormente– y luego seguida por otras señala como en los delitos patrimoniales es donde mayor juego puede alcanzar esta atenuante, si bien hay que hacer distinciones: *no es lo mismo reparar el daño en un delito de robo con violencia e intimidación, en el que se sustraen mil euros, que en uno de hurto, apropiación indebida o estafa en los que el delincuente se apropie de esa misma cuantía. En el primero, de naturaleza pluriofensiva, se produce junto al quebranto patrimonial un ataque a la libertad y seguridad de la persona, cuyo daño no tiene vuelta atrás. No ocurriría lo mismo en el segundo grupo de delitos, en que la antijuridicidad material o lesividad del bien jurídico se resuelve y agota en el patrimonio privado. También en cuanto al grado de dañosidad y respecto a la víctima afirma la sentencia que no es lo mismo restituir a una persona humilde, que ha sido despojada de los únicos ahorros que poseía, que tal pérdida económica se haya producido a un empresario que, amén de su negocio, que sigue devenigándole rendimientos, dispone de cantidades adicionales para invertir, como es el caso que nos atañe.*

26. La STS núm. 1014/2001, de 2 de junio (RJ\2001\7183), hacía referencia a una parte proporcional de un quinto de la petición, en el mismo sentido y entre otras, la STS núm. 629/2004, de 13 de mayo (RJ\2004\3968). Con la variación de referirse al 20% y tratándose de un caso donde se condena por delitos de agresión sexual, torturas, detención ilegal y lesiones en el que rechaza la aplicación de la atenuante respecto a los delitos de “daño irreparable” encontramos la STS núm. 612/2005, de 12 de mayo (Rec. 925/2004). También rechazando la apreciación como muy cualificada al tratarse de delitos contra bienes jurídicos personalísimos (integridad física y libertad ambulatoria) considerando que el pago de una cantidad de dinero no supone la plena compensación de los padecimientos ocasionados por esos delitos, STS núm. 654/2016, de 15 de julio (RJ\2016\3779).

27. Se afirma que siendo parcial esa reparación lo que sí ha de ser es relevante, para ello se habrá de tener en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, especialmente en los deli-

Evidentemente, el contenido de lo que ha de ser la reparación tiene eminentemente carácter económico pero la cuestión es si ese contenido puede ampliarse a otras posibles actuaciones del sujeto que repararían el daño y, en este sentido, se viene entendiendo que sí pueden admitirse otras formas tales como, por ejemplo, la puesta a disposición de bienes muebles e inmuebles que podrán afrontar el pago después de la responsabilidad civil *ex delicto*, así como también se hace referencia a lo que serían reparaciones “de carácter simbólico”²⁸.

Una última cuestión a la que se hará referencia en este apartado, tiene que ver con el resultado de la reparación, esto es, si se puede distinguir entre lo que sería la *reparación en sí* y lo que es *disminución de los efectos del delito*. Al respecto, algún autor considera que existe una relación de mayor a menor, esto es, que el concepto de reparación tiene una mayor extensión que el de disminución existiendo una relación de progresión que supondría un intento inicial de reparar el daño totalmente y, de no poder ser, se produciría la disminución²⁹. Creemos y respetamos tal opinión aunque pensamos que esa es la distinción entre la reparación total y la parcial, en principio, esta última equivaldría a la disminución de los efectos.

1.3. Exclusión del contenido de la reparación: diferencias

Varios pronunciamientos jurisprudenciales han venido consolidando un contenido negativo de la reparación del daño señalando expresamente qué es lo que no está incluido en el contenido de ese concepto, así por ejemplo se excluyen: los pagos que hayan realizado las compañías aseguradoras en el cumplimiento del seguro obligatorio, la consignación de la fianza en el juzgado, conductas que imponga la Administración pública, la simple comunicación de la existencia de los objetos buscados cuando estos iban a ser

tos patrimoniales, así STS núm. 245/2016, de 30 de marzo (RJ\2016\2199), STS núm. 31/2017, de 26 de enero (RJ\2017\349), STS núm. 616/2017, de 14 de septiembre (RJ\2017\3895), entre otras.

28. Es interesante la STS núm. 1103/2009, de 3 de noviembre (RJ\2010\172) en la que tratándose de una condena por asesinato en grado de tentativa de un padre hacia su hijo, aquel manifiesta mediante una carta su compromiso para reparar el daño poniendo a disposición de éste su pensión de la Seguridad Social, allanándose en la demanda de alimentos así como poniendo sus órganos a disposición de su hijo por si los necesitara. El TS admite el recurso en este punto y acaba apreciando la atenuante de reparación del daño. No obstante, la reparación simbólica se considera excepcional tal y como señala la STS núm. 608/2015, de 20 de octubre (RJ\2015\4421); que se refiere a que solo de forma restrictiva y esporádica se ha apreciado esta forma de reparación, desde luego no lo integra la entrega de una cantidad de dinero que no es relevante con relación al daño causado (sujeto condenado por abusos sexuales continuados y que entrega 1.000 euros a la víctima).

29. Así lo afirma ESCRHUELA CHUMILLA, F.J. para quien además los conceptos de “reparación”, “disminución” o “satisfacción de la víctima” son *conceptos jurídicos indeterminados que no tienen un carácter exclusivamente económico*. *Todo Penal*, cit., pág. 188.

descubiertos necesariamente, etc...³⁰. De forma expresa se ha hecho referencia en la jurisprudencia a la inadmisión de la atenuante cuando se trate de “reparaciones ilusorias o aparentes” que realmente no tienen efectividad, así como en los casos de “reparaciones teñidas de ilicitud”³¹.

1.4. Eficacia atenuatoria en el grado de estimación o admisión

Aludiremos aquí a otros supuestos fuera de lo que es su aplicación como circunstancia genérica sujeta a las reglas del art. 66.1.1.^a a efectos de una concurrencia única y la aplicación de la pena en su mitad inferior. En concreto, lo que veremos son dos cuestiones: una, si la circunstancia se puede aplicar como muy cualificada teniendo los efectos del art. 66.1.2.^a y, dos, si es posible su apreciación a través de una circunstancia atenuante analógica conforme al art. 21.7.^a.

En primer lugar, como muy cualificada se ha venido estimando atendiendo a un especial esfuerzo del sujeto por mitigar las consecuencias del delito, en este sentido se puede citar la STS de 11 de junio de 2015 (RJ20152750) en la que se especifican los requisitos o circunstancias que han de darse y que se centran en ese esfuerzo del sujeto que ha de derivarse de hechos, circunstancias o comportamientos que así lo muestren, lo que además ha de repercutir en la degradación de la culpabilidad o antijuricidad afirmada³². En esta línea, tales circunstancias personales irán referidas

30 STS núm. 349/2015, de 3 de junio (RJ20152503), STS núm. 94/2017, de 16 de febrero (RJ20171065). Anteriormente ya otros pronunciamientos tales como la STS núm. 78/2009, de 11 de febrero (RJ2009909), la STS núm. 442/2015, de 8 de junio (RJ20153170) señalaban que la mera prestación de fianza para garantizar las responsabilidades civiles no puede valorarse como reparación o disminución del daño a los efectos de esta atenuante. La SAP de Barcelona (sección 3.^a) núm. 925/2010, de 4 de noviembre (JUR201190831) no admite la atenuante de reparación cuando dicha reparación la hace la compañía aseguradora. También el ATS de 9 de julio de 2015 (ATS 5990/2015) establece que al tratarse de una conducta “personal del culpable” ello excluye, entre otros, el pago de las compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio, supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado y conductas impuestas por la Administración.

31 Así la STS núm. 947/2003, de 10 de junio (RJ20036328) en un supuesto de condena por estafa continuada agravada donde se produjo la dación en pago de inmuebles una vez cometido el delito e iniciado el proceso judicial, en tal caso se eligió de forma caprichosa a uno de los perjudicados para que ese fuera el beneficiado. Respecto a la posible ilicitud de la reparación estaría el caso del acreedor beneficiado que lleva a cabo una escandalosa infravaloración de inmuebles con la esperanza de que el acreedor elegido pudiera compensar económicamente con posterioridad al acusado deudor.

32 En este caso concreto, tratándose de un delito de lesiones se había apreciado la atenuante pero el recurso lo que pretendía era la aplicación de la misma como cualificada rechazándose tal petición atendiendo a la índole personal del bien jurídico lesionado. También rechazando la apreciación como muy cualificada atendiendo al bien jurídico protegido en un delito de tráfico ilegal de órganos humanos, la STS núm. 710/2017, de 27 de octubre (RJ20174697), distingue entre una reparación en delitos patrimoniales y los casos de indemnización derivados de la lesión de bienes jurídicos personales donde *el daño es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios*

a la posición económica del sujeto, a sus obligaciones familiares y sociales, a circunstancias coyunturales, etc.... así como al contexto global en el que la acción se haya llevado a cabo³³. Es así que la estimación como cualificada de la atenuante se ha venido rechazando por varias razones: una que atiende al bien jurídico lesionado excluyendo la cualificación ante bienes jurídicos personales, la sentencia mencionada sostiene que *cuando nos hallamos ante delitos de naturaleza predominantemente personal el pago del "pretium doloris" no es suficiente en general para apreciar la atenuación como cualificada, por afectar a bienes y valores íntimos y de carácter moral no evaluables en dinero, lo que no ocurre cuando se trata de delitos estrictamente patrimoniales, en los que una rápida y eficaz reparación puede enjugar y eliminar en su plenitud el daño ocasionado por el delito*. Otra razón tiene que ver con la cuantía de lo que el sujeto "repara" y ahí se atiende a la cantidad consignada, de tal modo que siendo parcial se tendrá en cuenta también la propia capacidad económica del sujeto de donde los tribunales deducen "la voluntad de reparación"³⁴.

No obstante, en los últimos tiempos se están produciendo importantes variaciones en los pareceres jurisprudenciales, creemos, excusados y amparados por un concepto amplio y fácil de invocar, la política criminal. La dirección hacia la desvictimización es correcta, sin embargo, tal y como luego expondremos, se corren riesgos de perder los referentes de un sistema penal fundamentado en fines y funciones para pasar a una "semiprivatización" de lo que es Derecho Público por excelencia. Vamos a poner un ejemplo de lo aquí afirmado por cuanto la apreciación del grado de atenuación se hace depender tan solo de la cuantía de lo consignado aunque, eso sí, se invocan los argumentos "más sólidos" –irónicamente hablando– respecto a la respuesta a la víctima: la STS núm. 770/2013, de 22 de octubre (RJ2013\7456) resuelve sobre un delito de apropiación indebida en el que se apreció la atenuante ordinaria sobre la base de que se había devuelto una gran parte de la deuda (sobre 350.000 euros se devolvieron 300.000 euros), el recurso que

económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

³³ Entre otras, STS núm. 117/2015, de 24 de febrero (RJ2015\1072), STS núm. 74/2016, de 10 de febrero (RJ2016\240), STS núm. 94/2017, de 16 de febrero (RJ2017\1065), STS núm. 118/2017, de 23 de febrero (RJ2017\820).

³⁴ A modo de ejemplo, podemos citar la STS núm. 709/2007, de 23 de julio (RJ2007\5172) en la que la Audiencia apreció la atenuante genérica en un delito de agresión sexual, el condenado recurrió solicitando la estimación de esa circunstancia como muy cualificada lo que fue denegado por el Tribunal con base en el argumento expuesto.

La STS núm. 635/2016, de 4 de junio (RJ2016\3751) es significativa de lo expuesto, se trata de una condena por delitos de lesiones donde se apreció la atenuante simple de reparación; el sujeto había vendido su casa para hacer frente a las responsabilidades civiles pero el sujeto consignó una cantidad inferior a la tercera parte sin ponerla a disposición de los perjudicados hasta poco antes de la celebración del juicio oral. Se solicita en el recurso interpuesto la apreciación de la misma como muy cualificada lo que se rechaza por el tribunal sobre los argumentos expuestos.

se interpone solicita la apreciación de la atenuante como muy cualificada lo que es admitido por el Tribunal Supremo sobre planteamientos que –entendiendo que no son correctos– invocan la justicia restaurativa en lo que parece ser es un conocimiento de lo que implica esta forma de justicia que no creemos se tenga realmente³⁵. Ya sin esos argumentos, también el Tribunal Supremo ha declarado que aunque lo consignado supusiera la reparación total del daño, su estimación como atenuante muy cualificada dependerá de otras circunstancias por cuanto atender sólo a ese factor supone una objetivización inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena³⁶.

La otra cuestión es si puede ser aplicada vía analógica (art. 21.7) lo que ha ocurrido en alguna ocasión sobre lo que, creemos, son débiles argumentos que fundamenten esa analogía y que además inducen a la confusión del contenido penal y civil de la reparación³⁷. A pesar de ello, en la jurisprudencia se deja abierta la puerta a la apreciación de la atenuante analógica por ejemplo, en el caso de que la reparación se lleve a cabo en momentos procesales tales como el transcurso de las sesiones del plenario³⁸. Desde luego lo que no podemos compartir son planteamientos como el recogido en la STS núm. 94/2017, de 16 de febrero (RJ\2017\1065) que reconociendo que el límite para la apreciación de la circunstancia se encuentra en que la reparación se realice antes del juicio oral, afirma que podría tener un posible efecto en la ejecución de las penas, en nuestra opinión, ello no es aceptable porque de ser así ya no estamos hablando lógicamente de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, no es admisible plantear ya ni siquiera una atenuante analógica cuando la responsabilidad ya está determinada.

Un último punto añadiremos en lo que es la aplicación de la circunstancia atenuante: vinculada a su carácter objetivo, se ha admitido por la ju-

35 Reproducimos uno de sus párrafos: *No cabe duda de que el creciente protagonismo que la víctima ha alcanzado en el proceso penal, y el primordial deber de atender eficazmente a la reparación de los daños causados, se encuentra en la raíz de las reformas cometidas. La víctima ha pasado de ser el "sujeto pasivo del delito", sin rostro, a ser protagonista, protagonista pasivo pero corporal y concreto y por tanto perjudicado, de la acción delictiva, y uno de los fines a que debe atender el sistema de justicia penal, es a la protección del perjudicado con los postulados de la Justicia Restaurativa.*

36 Entre otras, STS núm. 117/2015, de 24 de febrero (RJ\2015\1072), STS núm. 245/2016, de 30 de marzo (RJ\2016\2199).

37 Hablamos del caso *Farruquito*, ya mencionado anteriormente, donde se utilizó la atenuante analógica para salvar el incumplimiento de la exigencia de que la reparación se produjera antes del juicio oral. La analogía se fundamentó en la política criminal ordenada directamente a la protección de las víctimas. Como ejemplo lo citan diferentes autores, así p.ej. MAGRO SERVET, V. "Aplicación práctica de la atenuante..." cit., pág. 7. MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V. en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Dir. M. Corcoy Bidasolo/S. Mir Puig, Valencia, 2015, pág. 139.

38 STS núm. 809/2007, de 11 de octubre (RJ\2007\6095) afirmando que esta circunstancia queda fuera de la previsión del legislador pero según las circunstancias del caso podría recurrirse a la atenuante analógica. En este sentido otras tales como la STS núm. 121/2017, de 23 de febrero (RJ\2017\953) y la STS núm. 16/2018, de 16 de enero (RJ\2018\75).

jurisprudencia la comunicabilidad de la circunstancia a *participes* invocando para ello disposiciones civiles, concretamente el art. 1158 del Código Civil regulador del pago de obligaciones, se ha entendido así que al establecerse que el pago puede hacerlo cualquier persona dada la existencia de una responsabilidad solidaria, si uno de los deudores solidarios satisface la deuda de la responsabilidad civil los sujetos quedarán liberados de la deuda y les será de aplicación la atenuante³⁹. Una vez más constatamos la confusión entre el significado de la reparación penal y la civil.

2. El ámbito civil: responsabilidad civil *ex delicto*

La responsabilidad civil que se origina tras la comisión del hecho delictivo tiene su previsión penal en el art. 110 del CP donde se declara que el contenido de la misma puede consistir en la restitución de la cosa dañada, la reparación del daño y/o la indemnización de perjuicios materiales y morales. Ya en su momento y en otro lugar, tuvimos oportunidad de pronunciarnos acerca de la naturaleza jurídica y razones de la presencia de esta “figura civil” en la legislación penal concluyendo que las razones quizás no podían ser otras más que históricas: no se trata de que la responsabilidad civil tenga naturaleza penal –algo que es contradictorio en sí mismo– sino más bien de que por razones históricas en la codificación española, el Código Penal tuvo que recoger esta responsabilidad antes de que se promulgara el Código Civil manteniéndose a lo largo de nuestra historia legal una figura que el único punto en común que tiene con el ámbito penal es que el delito tiene consecuencias penales y civiles⁴⁰.

Es así que la “reparación del daño” aparece como uno de los posibles contenidos de esta responsabilidad, lo que ha generado confusiones que superponen y confunden el contenido de la reparación del daño como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal y la reparación en la que consistiría la responsabilidad civil⁴¹. No resulta precisamente aclarato-

39 STS núm. 489/2016, de 7 de junio (RJ\2016\2336). También en la STS núm. 374/2017, de 24 de mayo (RJ\2017\2547) en la que un futbolista es condenado por tres delitos contra la Hacienda Pública se aplicó la comunicación de la circunstancia de reparación al copartícipe sobre la base de la respuesta a la deuda conforme a las disposiciones del Código Civil (arts. 1092 en relación con el 1144).

40 Ampliamente lo hemos abordado en FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “Ausencia de responsabilidad penal y presencia de responsabilidad civil (Consideraciones sobre el artículo 118 del Código Penal)” en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Coord. D. Jiménez Liébana; Aranzadi, 2012, págs. 361-363.

41 La diferencia entre la figura penal y la civil es frecuentemente abordada por la propia jurisprudencia que intenta distinguir una y otra aunque entendemos que la cuestión no está realmente clara; varios pronunciamientos consideran que el concepto de “reparación” de la circunstancia atenuante tiene una mayor amplitud siendo más restringido cuando va referido a la responsabilidad civil *ex delicto*, no solo porque en este caso la reparación es una de las consecuencias

rio el Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 cuando afirma que siendo el elemento esencial de la atenuante del art. 21.5 la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, ello se podrá realizar *ya sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o, incluso de la reparación moral*, creemos que aquí aunque el trasfondo de la afirmación es apuntar el significado más amplio de la atenuante respecto al contenido de la responsabilidad civil lo que, realmente parece, es que realiza una identificación entre ambas figuras lo que como ya sabemos no es correcto.

Las diferencias en nuestra opinión son obvias: actuando ambos en momentos posteriores a la comisión del hecho delictivo, mientras que con la “reparación del daño penal” existirá un compromiso de satisfacción de la subsiguiente responsabilidad civil –pudiendo ser parcial dicho compromiso– la responsabilidad civil se prevé como cumplimiento de la obligación. También existe otra diferencia obvia; mientras que aquella se apreciará en sede del proceso penal y conforme a las normas penales, la reparación civil estará condicionada por las normas civiles. Otra diferencia se puede marcar por el propio contenido: en la penal, además de ser eminentemente de carácter económico se pueden admitir también “reparaciones simbólicas” que se aproximan más a la justicia restaurativa y que pueden llegar incluso al ámbito de una satisfacción moral y; recordemos, que en el ámbito civil ese contenido moral entra en el concepto de la “indemnización de perjuicios materiales y morales” (art. 110.3º). En conclusión, ambos tipos de “reparación” la penal como circunstancia atenuante y la civil como otra responsabilidad, están relacionadas más son absolutamente diferentes.

3. La justicia restaurativa/reparadora como respuesta a las víctimas: especial referencia a la mediación penal

Nos hallamos, en la actualidad, ante momentos históricos y fundamentales en la evolución de nuestro sistema penal y criminológico en los que los nuevos retos y modelos se enfrentan a la incorporación de la denominada “justicia restaurativa” o “justicia reparadora” en la que la Víctima pasará de ser la “ignorada” o “invisible” a ser reconocida y visible. Precisamente la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de “reparación del daño” es quizás de las que en mayor medida cumple esos fines pero, sin embargo, su origen no estaría ahí, en nuestra opinión lo que en su momento se pensaba era más en una respuesta de “naturaleza civil”; de compensación valorable económicamente más que en el papel nuclear de la víctima, a pesar de

civiles junto a la indemnización o a la restitución de la cosa sino también por la diferente naturaleza que ostentan. Enumerando bastantes diferencias y elementos que definen a una y a otra puede verse ampliamente MARTÍNEZ RUIZ, J. *La reparación del comportamiento*, cit., págs. 30-33.

ello, la jurisprudencia más reciente muestra respecto a ella la “flexibilidad” del Derecho: *...esta circunstancia lo que pretende es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal*⁴².

Es una realidad indiscutible que tanto la reforma penal del 2015 así como la incorporación a nuestro sistema jurídico de normas tales como el Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) han sido y son cruciales en lo que ha de ser la respuesta hacia las víctimas del delito: si como ha quedado manifiestamente puesto de relieve la atenuante de reparación del daño se fundamenta en una necesaria respuesta del sistema hacia ellas, el Estatuto viene a incorporar instrumentos de justicia restaurativa con esa finalidad; de entre ellos, destacamos expresamente la previsión —aún incompleta y a falta de desarrollo normativo— de *la mediación penal*⁴³. ¿Qué relación puede existir entre todas estas figuras cuya finalidad es la respuesta a quien es víctima de un delito? En nuestra opinión, continuamos ante una tremenda confusión de conceptos donde se producen identificaciones que no compartimos, por ejemplo, el sostener que la mediación es un contenido de la reparación como atenuante de la responsabilidad penal identificando mediación y reparación como casi sinónimos⁴⁴. En este sentido, hay que hacer una llamada de atención a evitar confundir figuras e instrumentos jurídicos que aún con un fundamento común, tal y como es la orientación político-criminal que centra su objetivo en respuestas a la víctima de un deli-

42. Entre otras, STS de 20 de julio de 2015 ya mencionada anteriormente.

43. De entre varias definiciones podemos tomar la de GERVELLÓ DONDERIS, V. en cuanto que se trata de *un medio de resolución de conflictos en el que interviene un mediador imparcial que orienta y ayuda a las partes a acercar posiciones, buscando un acuerdo satisfactorio para ambas. Cuando se trata de mediación penal el conflicto es el delito, las partes son agresor y víctima y el acuerdo alcanzado debe dirigirse a la reparación del daño causado*. “La mediación en el sistema penal español” en: *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Valencia, 2016, pág. 72.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. sostiene que *con independencia de la posición que se mantenga (respecto a la mediación), lo que nos parece un hecho incuestionable es que la mediación en adultos ha experimentado en nuestro país un claro y paulatino proceso de expansión que, sin duda, habrá de recibir el espaldarazo definitivo tras su mención expresa en la reciente reforma del Código Penal y en el Estatuto de la víctima del delito*. “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del estatuto de la víctima del delito” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 39/2015, *Legislación*, BIB. 2015/4148, pág.1.

44. Si bien estamos de acuerdo en la afirmación de SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. en cuanto a que la mediación de adultos en España se ha realizado *sin una cobertura legal explícita, aprovechando los “huecos” que la normativa penal y procesal ofrecen para incorporar al proceso acuerdos entre las partes*, no estamos de acuerdo con la identificación que la autora realiza al afirmar que ello se lleva a cabo a través de la atenuante de reparación del art. 21.5 y a través de las sentencias de conformidad; *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*. (Dir. A. Gil Gil/E. Maculan), Madrid, 2017, pág. 135. Tal y como exponemos, creemos que tal planteamiento confunde y mezcla figuras jurídicas distintas.

to, tienen un objetivo diferente que, en cualquier caso, se centra en la reacción penal ante el delito por lo que creemos es criticable confundir planos diferentes en la administración de la justicia⁴⁵.

Del mismo modo, la incorporación de mecanismos restaurativos o reparadores tal y como es la mediación, no debe inducir al error de pensar que resolverá deficiencias o problemas que, como señala la doctrina, ni el propio sistema penal puede resolver sin que se pueda exigir a este tipo de instrumentos reparadores o restaurativos que consigan cumplir los fines que ni el propio Derecho penal puede cumplir⁴⁶. En este sentido, creemos que posiciones opuestas tales como el ensalzamiento de esta “herramienta de la justicia” y/o en la otra parte, el denostar y criticar su utilidad sean correctas, ya que ni se puede esperar más de lo que el propio sistema ofrece –recordemos que aún no hay desarrollo legal de esta figura– pero tampoco se pueden volcar una vez más los fallos del sistema en las víctimas, ello sería un auténtico retroceso. No podemos evitar el reproducir un planteamiento reflexivo que compartimos al cien por cien con Gómez Colomer por cuanto refleja la realidad e invita a poner puntos de partida: ante la incorporación del Estatuto de la Víctima a nuestro ordenamiento jurídico –con lo que se ha cumplido un deber jurídico– es de esencial importancia ofrecer *garantías para la víctima* entre ellas, fundamental, el respeto a su libertad personal⁴⁷.

Otra diferencia estribaría en su incidencia dentro de la respuesta del sistema penal ante la comisión del delito y el cumplimiento y ejecución de la pena: la reparación del daño atenuará la pena del culpable del delito –

45 Vid. anteriormente la crítica a la STS 770/2013, de 22 de octubre.

46 Invocamos el siguiente planteamiento que induce al pensamiento y recapitación acerca de los nuevos horizontes en el sistema de justicia penal. Sostienen RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRIGUEZ, E./ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. LOZANO ESPINA, F. lo siguiente: *...antes de preguntarnos si la mediación penal (conciliación-reparación) puede servir a los fines del Derecho penal, quizás habría que referirse a si el Derecho penal está cumpliendo los fines del Derecho penal, o los está incumpliendo, o si está cumpliendo otros distintos que son los que realmente de forma oculta lo legitiman y sostiene. No sería correcto ni útil... exigir a la mediación para la conciliación y/o reparación el cumplimiento de fines que el Derecho penal en realidad no cumple... La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos*, Madrid, 2016, pág. 58.

Esa idea de llamada a la justicia restaurativa con la finalidad de “paliar las deficiencias del sistema tradicional” a partir de un nuevo modelo desde unos presupuestos valorativos que suponen un distinto enfoque del sistema de justicia: el principio de intervención mínima; la dignidad de la persona; y la necesidad de humanizar la justicia, la recoge SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. en *Ob.cit.*, p. 125.

47 *Estamos, por encima de todo, ante una cuestión jurídica que en una democracia implica en el fondo un desarrollo de la libertad, de la libertad personal de decisión, porque cuando la ley quiere proteger mejor a una persona o a un colectivo de personas por haber sufrido un hecho lamentable, que tiene la conceptualización jurídica de delito, a cuya producción para nada han contribuido y del que no tienen ninguna culpa, no puede hacerlo obligando a nadie a aceptar ni los condicionamientos ni los procedimientos previstos para concretar esa protección. Lo que tiene que hacer es poner los medios y garantizar los derechos para que la víctima decida libremente si los acepta.* GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, de Estatuto de la Víctima del Delito en España)*, Pamplona, 2016, pág. 413.

afecta a su responsabilidad criminal—, en una fase posterior será cuando la mediación pueda desempeñar su eficacia y es en la fase de la suspensión de la pena, tal y como expresamente la reforma de 2015 ha venido a incorporar esta figura de la justicia restaurativa en el art. 84.1.1º. Es más, y aquí dejamos apuntada otra de las diferencias fundamentales, el papel de la víctima cuando ambas figuras se fundamentan en ella invocando la política criminal como respuesta, somos de la opinión de que mientras que en la reparación del daño como circunstancia modificativa el papel de la víctima es <<pasivo>> —se limita a recibir la reparación—, en la mediación tiene un papel <<activo>> que puede incluso hasta eliminar la posibilidad de tal reparación. Imaginemos lo que podría ocurrir en la práctica: sujeto que consigna la mitad de la posible responsabilidad civil que pueda exigirsele y al que se le aplica la atenuante del art. 21.5, se produce la condena y se solicita la suspensión de una pena ya atenuada por “la reparación” y lo que se plantea o solicita es aplicar el art. 84.1.1ª por el que *se cumpla el acuerdo alcanzado en la mediación*, ¿qué acuerdo? si la reparación del daño ya se ha aplicado aun siendo parcial y si ya se han satisfecho las responsabilidades civiles porque de no ser así no podría acceder a la suspensión de la pena, ¿qué quedaría por cumplir? ¿qué sentido tiene? No tenemos las respuestas a estas preguntas, pero sí que invitamos a la reflexión que, una vez más, pone de manifiesto la precipitación y falta de coherencia del legislador⁴⁸.

V. LA APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN: USO SIN ABUSO

En la continua tarea dogmática de encontrar los fundamentos y las bases de lo que ya no son actuaciones del legislador si no yendo más allá en la explicación de las resoluciones judiciales que aplican esas normas, creemos que nos encontramos aquí ante un claro exponente de una dicotomía: desde la doctrina penal, se ha buscado e indagado en el encaje en las categorías estrictamente penales cuando, hoy por hoy, la aplicación de la norma está mostrando claramente intereses con poco fundamento jurídico tal y como es que “el acusado” pueda beneficiarse de una atenuante que ni sabía que existía en el momento de la comisión de los hechos delictivos pero que es objeto de uno de los primeros consejos por parte de sus defensas; en este punto, la diversidad de la tipología delictiva, la naturaleza de los hechos y

48 Este procesalista lleva a cabo un análisis de los sistemas jurídicos y sus respuestas hacia la víctima en otros países y afirma: *Lo cómico sería que trasladáramos a España uno o varios subsistemas de Justicia Procesal extranjeros sin análisis crítico, porque siendo nuestro sistema procesal penal judicial mejor para la víctima, sin duda alguna, respecto al estadounidense, alemán o italiano, en vez de enriquecernos, nos empobrecería irremediablemente, acabando siendo de peor condición la víctima en España al igualarse con las instituciones que nos vienen de esos países.* Ob. cit., pág. 215.

otras circunstancias que puedan concurrir, sin embargo, están abriendo puertas que creemos pueden generar resultados contraproducentes. Sin duda alguna la víctima es prioritaria, su proceso de desvictimización pasa por sentirse resarcida, más allá incluso de lo económico pero la cara opuesta aparece con lo que entendemos puede ser una aplicación injusta, discriminatoria y desigual por cuanto la capacidad económica del "presunto" autor del delito será determinante, ¿es igual la capacidad de reparación por quién ha cometido un delito de robo o de hurto con una o pocas víctimas y la de quién comete delitos de estafa que afectan a múltiples perjudicados y que además aparecen vinculados a la acusación de otros delitos de mayor gravedad tales como los relacionados contra el orden socioeconómico (delitos fiscales, blanqueo de capitales, etc.)? Obviamente no⁴⁹.

En otro orden de cosas y continuando con este grupo de delitos, hay una cuestión interesante que aborda la STS 849/2016, de 10 de noviembre (RJ\2016\5451): se trata de una condena por delitos de blanqueo de capitales y malversación de caudales públicos donde el tribunal que dictó la sentencia apelada aplicó la atenuante de reparación del daño respecto al delito de malversación pero no respecto al de tráfico de influencias, el argumento esgrimido fue que la responsabilidad civil se había solicitado respecto a la malversación pero no respecto al blanqueo de capitales por lo que no procedía la atenuación para este último.

Continuando con lo que es la aplicación de la atenuante en el ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico pero, en este caso, vinculándola al hecho delictivo en cuestión, la STS núm. 31/2017, de 26 de enero (RJ\2017\349) aborda el caso de un sujeto condenado por un delito societario de administración desleal (art. 295 CP) que había devuelto las cantidades de las que había hecho un uso ilegítimo, entiende la sentencia que no procede la reparación del daño por ese "uso ilegítimo" (temporal) de tal modo que si los hechos se hubieran calificado como delito de apropiación indebida habiendo hecho suyos los bienes o habiendo dispuesto de ellos para fines diferentes a los que tuviera sí que se podría haber estimado⁵⁰. En nuestra opinión, las dificultades para comprender el tratamiento de la atenuante de reparación del daño respecto a los delitos integrantes de la "delincuencia socioeconómica" se incrementan.

49 No obstante, hemos de recordar la presencia de figuras extintivas de la responsabilidad criminal específicas para grupos de delitos que parecidas a la reparación del daño son diferentes por cuanto su eficacia es extintiva de la responsabilidad penal (ej. regularización de la deuda).

50. Se afirma en ella que *el perjuicio causado no se cifra en la apropiación o distracción definitiva de los caudales, por lo que su devolución no es relevante a los efectos de la reparación. Por el contrario, es la privación de la disponibilidad de los mismos, traducida en el importe del interés legal del dinero, lo que constituye el perjuicio, y en ese aspecto, nada consta que haya reparado el recurrente*.

Sin oponernos a la prioridad de las víctimas, sí que debe de existir una balanza equilibrada que deje en su lugar al propio sistema penal como respuesta al delito y al delincuente siendo así que han de existir límites, la política criminal es el fundamento más importante pero no puede ser el instrumento que origine situaciones que rallan en el fraude de ley. En una línea de correcta aplicación de la atenuante, el Tribunal Supremo exige que esa reparación sea *suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado*⁵¹.

Teniendo en cuenta el límite de espacio al que nos hemos de ceñir en este trabajo, sin poder entrar en figuras delictivas concretas, mencionemos los fraudes o delitos fiscales: cada vez es mayor la preocupación por lo que puede ser no un “uso” sino más bien un “abuso” no ya por la aplicación de la circunstancia, sino de su invocación en lo que desde luego creemos pueden constituir auténticos fraudes de ley, así se plantea desde distintas instancias jurídicas que llaman la atención sobre la ya “más que frecuente” invocación en los delitos fiscales de dos circunstancias atenuantes que se están convirtiendo en habituales, la de dilaciones indebidas y la de reparación del daño. Lo que en la práctica está ocurriendo es que *se produce el pago de cantidades irrisorias comparadas con la deuda presuntamente tributaria, presuntamente defraudada el día antes del señalado para el juicio oral*⁵².

VI. EXCURSO: ¿HACIA UNA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL?

Una preocupación se genera ante la conversión de una de las ramas del ordenamiento jurídico que más claramente exponen el contenido del Derecho Público basado en el *ius puniendi estatal* y que no es otra cosa más que otra “posible distorsión” que está convirtiendo a la satisfacción de la víctima en un objetivo público cuando es totalmente privado⁵³.

51 ATS 1487/2016, de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 10364/2016).

52 Así lo pone de manifiesto como una preocupación en la propia Abogacía del Estado, TORRES GELLA, F.J. quien sostiene que en su actuación en el ámbito de los delitos fiscales *no es infrecuente que los imputados traten de conseguir la rebaja de la pena en uno o dos grados, acudiendo a la conocida atenuante de dilaciones indebidas y a la atenuante de la reparación parcial del daño*. “No cualquier pago de la RC en los delitos fiscales es admisible como atenuante por reparación parcial del daño” en *Diario La Ley*, n.º 7240, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2009, año XXX, Ref. D-285.

53 Este planteamiento ya lo expusimos anteriormente al tratar la cuestión del papel de la víctima en el sistema de suspensión de la ejecución de la pena, vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “Régimen general en materia de suspensión de la ejecución de la pena: presupuestos y requisitos” en *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, cit., págs. 223-225.

De otra parte, en una afirmación que pensamos es un claro exponente de llevar a “lo privado” lo que es “público”, afirma JUAN SANJOSE, R.J. que *resulta conveniente primar a quien se comporta*

En el marco de la tendencia hacia los modelos restaurativos/reparadores de justicia, se ha producido en nuestro país en los últimos años la incorporación de nuevas figuras sin tradición en nuestro sistema penal pero debida a las influencias de otros modelos –sistema americano– así como por obligaciones contraídas por España a nivel internacional. Nos referimos al instituto de la “mediación penal” que si bien viene siendo aplicado en nuestro país en el ámbito de la justicia de menores⁵⁴, en el sistema penal de adultos es aún hoy todavía “extraña” a pesar de su implementación y expresa incorporación a la norma penal tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2015 en el sistema de suspensión de la pena, sin embargo, no deja de ser una “ficción” cuando ni se produce un esperado desarrollo normativo tal y como expresamente recoge el Estatuto de la Víctima y, aún menos, existen soportes económicos, presupuestarios y estructurales para que sea una realidad habitual.

Finalizamos aquí con el conocimiento, pensamiento y palabras de mi querido y admirado maestro, el profesor MORILLAS CUEVA quien afirma que sobre finalidades legítimas, incluida la de una mayor agilización de la justicia, la reparación *ha de ser tratada con suma cautela y con respuestas garantistas suficientes y adecuadas a las exigencias del control jurisdiccional*, del mismo modo que tratándose de una institución *junto a otras de análoga naturaleza y objetivos, como mediación o conciliación, sobre ellas hay que seguir profundizando en la búsqueda de una ubicación adecuada en la estructura del moderno Derecho penal*⁵⁵.

de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se consideran ya como una cuestión estrictamente privada ha de ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuya la necesidad de pena... “La reparación del daño...”; cit., págs. 3 y 4.

⁵⁴ Art. 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L. en “Algunas reflexiones sobre la justicia en la visión de un penalista”, *Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)*, 2013-3, págs. 35 y 36. También en *Sistema de Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid, 2016, págs. 39 y 40.

UNIDAD 5

LA TIPICIDAD

Competencias

- Analiza los rasgos principales de la imputación culposa como tipo subjetivo y la ignorancia deliberada.

PRIMERA LECTURA

Daunis Rodríguez, A. (2020). La infracción del deber objetivo como elemento configurador del delito imprudente. Daunis Rodríguez, A. La graduación de la imprudencia punible (pp. 57-72). Navarra, España. Editorial Aranzadi.

Aporta criterios orientadores a los operadores jurídicos para la difícil labor de graduar la gravedad de la imprudencia, haciendo especial hincapié en las últimas reformas del código penal español de los años 2015 y 2019.

ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ

LA GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2020



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Alberto Daunis Rodríguez]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1346-842-6

DL NA 515-2020

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Capítulo II

La infracción del deber objetivo de cuidado como elemento configurador del delito imprudente

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO. II. EL RIESGO PERMITIDO. 1. *La omisión de acciones peligrosas.* 2. *Capacidad, información y preparación previa para la realización de una determinada acción.* 3. *La exigencia de adaptación al contexto.* 4. *El principio de confianza.* III. EL RESPETO A LAS REGLAS O NORMAS TÉCNICAS: REGLAMENTOS, NORMAS ESPECIALES Y LEX ARTIS. IV. LA FIGURA-BAREMO O MODELO DIFERENCIADA O LA DOCTRINA DEL HOMBRE MEDIO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Parece indiscutible afirmar que la vida en comunidad exige o requiere que cada uno tenga *cuidado* de no lesionar los derechos de los otros, del mismo modo que tendría cuidado de que los suyos no fuesen lesionados.

Siguiendo la máxima anterior, se produce una infracción de la *norma de cuidado* cuando falta o no existe el *cuidado* que generalmente *debe* prestarse al realizarse u omitirse un determinado comportamiento que, sin pretenderlo, acaba poniendo en peligro o lesionando un bien jurídico penal. En este sentido, el “deber de cuidado” no es más que una expresión del principio general clásico del derecho romano “*neminem laedere*”, que prohíbe hacer daño al otro, causar un mal a los demás¹. En definitiva, la norma de cuidado se enmarca dentro del principio general de no realizar acciones u omisiones que puedan lesionar a los demás.

La transposición del tradicional mandato “*neminem laedere*” al derecho penal moderno se recoge de forma clara y sencilla por WELZEL para quien

1. Así lo entienden entre otros ARROYO (1981), *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 36 y MATELLANES RODRÍGUEZ (2015), Lección 7. El tipo imprudente de acción, DEMETRIO CRESPO (COORD), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, tomo II*, 2.^a ed., p. 155.

“los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe el cuidado necesario en el tráfico para evitar dichas consecuencias”².

Nos encontramos ante el elemento central de la esfera objetiva del delito imprudente: cuando un comportamiento no vulnere el deber de cuidado no habrá delito imprudente³. Se trata de un “deber” (de cuidado) que todos los ciudadanos estamos obligados a observar, mantener o prestar, muy especialmente, ante situaciones en las que existen riesgos o peligros que pueden afectar a un interés o bien salvaguardado por el ordenamiento jurídico penal, tanto en acciones cotidianas de la vida, como en contextos y/o profesiones en los que se intensifican tales riesgos⁴.

De esta forma, el deber de cuidado se configura como un concepto normativo, que implica, tanto la no realización de aquellas conductas que generen una situación de peligro desaprobado para el bien jurídico, como, en el caso de que el ordenamiento permita llevar a cabo conductas peligrosas, la adopción de las medidas necesarias para evitar que la conducta peligrosa acabe poniendo en peligro o lesionado al bien jurídico salvaguardado⁵. En última instancia, el deber objetivo de cuidado persigue impedir la creación, incremento o intensificación de un riesgo para el bien jurídico protegido⁶.

Como se observa, la idea de riesgo o peligro protagoniza o enuclea el concepto de deber de cuidado, ya que, si el comportamiento no genera ningún tipo de riesgo o peligro para el bien jurídico salvaguardado no será antijurídico.

La evitación de un riesgo o peligro para el bien jurídico que se pretende salvaguardar no solo es relevante para el delito imprudente sino también para el doloso. No en vano, la protección penal de bienes jurídicos se realiza, precisamente, mediante la emisión de mensajes normativos a los ciudadanos para

2. WELZEL (1964), *El nuevo sistema del derecho penal* (trad. CEREZO), p. 69.

3. Como recuerdan, entre otros, CEREZO (1983), *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, ADPCP, tomo 33, p. 472 y TORÍO (1980), *El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo*, en ADPCP, Tomo 33, p. 87.

4. Sobre la definición de norma de cuidado, véase, más extensamente, MIR (2015), *PG*, p. 299 y DIEZ RIPOLLÉS (2016), *PG*, p. 210.

5. Véase más detenidamente PAREDES CASTAÑÓN (1994), *El riesgo permitido en el derecho penal*, p. 47 y RUEDA MARTÍN (2009), *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, *In Dret*, núm. 4, p. 3.

6. Como advierte TORÍO (1980), *El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo*, en ADPCP, Tomo 33, p. 87.

que se abstengan de realizar conductas que puedan lesionar tales bienes jurídicos. En definitiva, solo los comportamientos que generen riesgos para el bien jurídico serán relevantes para el derecho penal, tanto los dolosos como los imprudentes.

Ciertamente, desde la anterior perspectiva, se llega a defender que el deber de cuidado, como requisito o elemento del delito imprudente, pierde interés, ya que, su contenido coincide prácticamente con la idea de riesgo jurídicamente desaprobado que se analiza a la hora de verificar la imputación objetiva de un determinado comportamiento⁷. Expresado de otra forma, los elementos destinados a precisar el deber de cuidado ya se encuentran incluidos en el análisis de la imputación objetiva del resultado. Incluso, algunos autores van más allá, al considerar el deber de cuidado no solo como un elemento superfluo, sino también como un elemento que genera ciertos problemas metodológicos y/o distorsiones: a) se confunde entre deber objetivo de cuidado y el mandato de actuación cuidadosa, cuando, en realidad, existe una prohibición de actuar de forma descuidada, lo que, a su vez, lleva a una confusión de planos entre la imprudencia y la omisión; b) el injusto penal depende en exceso de la capacidad individual de atención o de cuidado de cada sujeto; c) las normas reglamentarias se tornan en la base del injusto penal; d) se otorga demasiada importancia al cuidado que debió observar el autor (conducta esperada), cuando lo relevante, desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, es lo que finalmente hizo el autor⁸.

Expresado de forma sintética, desde la teoría de la imputación objetiva, para determinar la imprudencia o prudencia de un determinado comportamiento basta con analizar si dicho comportamiento es un riesgo jurídicamente desaprobado. A modo de ejemplo, el sujeto que conduce de forma adecuada, pero lesiona a otra persona que se le echa encima de forma sorpresiva, será absuelto, pero no porque haya respetado el deber de cuidado sino porque no ha generado ningún riesgo desaprobado para el ordenamiento jurídico⁹.

Frente a estas posiciones, existen otras que sostienen que en determinadas situaciones complejas el “riesgo permitido” no es capaz de albergar toda la utilidad que despliega el “deber objetivo de cuidado” para valorar qué comportamiento es relevante penalmente a título de imprudencia. Así, se sostiene que el deber objetivo puede facilitar la comprensión y explicación de cuándo se permite la realización de un comportamiento peligroso y bajo qué

7. ROXÍN (2014), *PG*, Tomo I (Trad., LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL), p. 1005.
8. Véase el sintético pero completo análisis de las críticas que recibe el deber objetivo de cuidado en CADAVID QUINTERO (2016), *Imprudencia punible y actividad médica-quirúrgica*, p. 15.
9. En el mismo sentido, ROXÍN (2014), *PG*, p.1999.

condicionantes. En definitiva, se advierte de la existencia de criterios que no aparecen en la teoría de la imputación objetiva pero que son importantes o necesarios para determinar si existió o no falta de diligencia¹⁰. En última instancia, como indica el propio ROXIN, el deber objetivo de cuidado puede servir para la determinación de lo que se ha de considerar creación de un riesgo no permitido: "se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado"¹¹.

A mi entender, no puede negarse que el deber de cuidado facilita la pedagogía del actuar de forma prudente en situaciones peligrosas. Sea como fuere, riesgo permitido y deber objetivo de cuidado no se contraponen, ni, incluso, se superponen o solapan sino que, más bien, se complementan¹²: mientras que el riesgo permitido determina que riesgos no son evitables o previsibles "ex ante", el deber objetivo de cuidado determina el comportamiento concreto que debe tener el sujeto ante una situación peligrosa concreta, apuntando la

10. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019), *PG*, recuerdan que "no toda conducta que objetivamente puede producir resultados lesivos es ya por eso imprudente. Por ejemplo, conducir un automóvil un fin de semana en una carretera de mucho tráfico es una actividad peligrosa que, sin embargo, y aunque pueda ser previsible que de ella se derive un accidente, no es ya, sin más, imprudente. Para que esta conducta en sí peligrosa pueda ser calificada como imprudente es necesario, además de la previsibilidad, que el sujeto desatienda las reglas de cuidado que en esos casos, el tráfico exige observar", p. 272.
11. ROXÍN (2014), *PG*, p. 1001. De forma similar, CADAVID (2016), *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, cuando afirma que no existen diferencias relevantes entre las teorías del "deber de cuidado" y las del "riesgo permitido" ya que, ambas acaban desembocando en una forma muy similar de entendimiento del delito imprudente. Así, con esta pretensión unificadora, el citado autor acaba concluyendo que en la base de la responsabilidad por imprudencia se encuentra en: "la infracción de un deber de cuidado que da lugar a la creación de riesgos no permitidos o jurídicamente permitidos", p. 76.
12. Otorga esta función complementaria a ambos elementos del delito imprudente, QUINTERO OLIVARES (2015), *PG*, quien entiende que el "principio de imputación objetiva debe operar como criterio complementario y reductor de la infracción de la norma general y objetiva de cuidado. Por tanto, y según eso, el círculo mayor lo compondrían las acciones que infringen el deber objetivo de cuidado mientras que el círculo menor lo integrarían aquellas que sea por coincidir negativamente con el fin de la norma, ya por entrañar *ex ante* un peligro para el bien jurídico, permiten la imputación objetiva de lo que después suceda, p. 436. Acoge también esta función complementaria entre ambos elementos aunque en un orden diferente, HORTAL (2005), *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, para quien "la infracción del deber objetivo de cuidado constituye una concreción en el ámbito del tipo imprudente de la categoría más amplia del riesgo permitido, por cuanto mientras el primero se erige en el elemento sobre el que se sustenta la tipicidad objetiva imprudente, el segundo se presenta como el instituto por medio del que se determina la tipicidad objetiva de una conducta, esto es, la relevancia jurídico-penal de un riesgo", p. 144.

acción menos peligrosa en su concreta posición y las medidas de seguridad que deben adoptarse para evitar la concreción del riesgo.

La permisión del riesgo desde los parámetros de la teoría de la imputación objetiva, no libera en todos los casos del cumplimiento de determinados presupuestos a la creación del mismo y del sometimiento de la vida del riesgo a determinadas condiciones¹³. El juez o tribunal, en una posición *ex ante*, deberá valorar si el agente de la conducta desplegó aquellas medidas o actuaciones que eran necesarias para evitar que el peligro acabase afectando definitivamente al bien jurídico protegido o salvaguardado por el derecho penal.

No obstante, el juez o tribunal no crea la norma de cuidado, sino que, se limita a comparar si la actuación del sujeto se corresponde con la norma de cuidado dispuesta con carácter previo para tales situaciones. El observador imparcial deberá valorar cuál era la pauta de comportamiento exigible para el caso concreto, utilizando el baremo (deber de cuidado) que previamente se ha creado a través de la experiencia y el conocimiento¹⁴.

Con frecuencia, el deber de cuidado está previsto en un reglamento o norma de carácter administrativo destinado a regular determinados contextos o ámbitos en los que existen mayores riesgos o peligros –reglamento de circulación, ley de prevención de riesgos laborales, etc.–, o en otros tipos de reglas –sin valor de ley– que señalan cuál es el deber debido, como la *lex artis* de las diferentes profesiones. En cualquier caso, el objetivo es señalar el “cuidado” que “debe” tenerse para evitar que un determinado comportamiento genere riesgos innecesarios o, en aquellos casos que resulta socialmente imprescindible actuar arriesgadamente, se adopte el cuidado “necesario” para evitar que la situación de riesgo acabe afectando a un determinado bien jurídico¹⁵.

Cuando el “deber de cuidado necesario” no venga dispuesto en una norma de carácter administrativo o en la *lex artis* que rige una determinada profesión, se atenderá a la “figura-baremo diferenciada” (para los defensores de la teoría de la imputación objetiva) o la doctrina del “hombre medio” (según la tradicional forma de entender el delito imprudente basada en el deber objetivo de cuidado). En ambos casos, se hace referencia al comportamiento que la persona cuidadosa y consciente hubiese desplegado en el lugar del sujeto que lleva a cabo la acción u omisión objeto de enjuiciamiento.

13. ARROYO (1981), *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 137.

14. HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 142.

15. Sobre esta cuestión, véase, entre otros, HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 142, BERDUGO (2004), *PG*, p. 267, DIEZ RIPOLLÉS (2016), *PG*, p. 212.

A modo de recapitulación, merece la pena citar STS de 8 de noviembre de 1999 donde se imbrican, tanto las exigencias del riesgo permitido, como la importancia del deber de cuidado a la hora de analizar la estructura típica del delito imprudente: "La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción u omisión, que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de probarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución concreta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente, deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado".

A continuación analizamos brevemente los elementos que vienen a configurar el deber objetivo de cuidado:

II. EL RIESGO PERMITIDO

Se habla de "riesgo permitido" por el derecho cuando se habilita al ciudadano a enfrentarse a situaciones peligrosas que son habituales, necesarias e, incluso, cotidianas en la sociedad actual. En estos casos, el derecho tolera que el ciudadano realice determinadas actividades que entrañan peligros, siempre y cuando actúe de forma prudente, es decir, mediante el ejercicio correcto de estas actividades y/o profesiones inherentemente peligrosas¹⁶. Expresado en otros términos, cuando el sujeto crea un riesgo dentro del ámbito de lo permitido –al cumplir con los deberes de cuidado– el resultado lesivo o mortal que se produzca –a causa, a modo ejemplo, de la mala suerte– no puede ser objeto de reproche penal¹⁷.

Obviamente, el riesgo o peligro debe ser previsible, ya que, frente a aquello que no es previsible no existe ni puede existir un deber de cuidado para

16. Sobre el concepto de riesgo permitido en el delito imprudente, véase, entre otros, ROXÍN (1976), *Problemas básicos de derecho penal* (Trad. LUZÓN), p. 133. GIMBERNAT (1994), *Causalidad, omisión e imprudencia*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, p. 39. FEIJOO (2001b), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, p. 268 y CORCOY (2016), *El delito imprudente*, p. 295.
17. DOPICO (2012), Tercera Parte. B. Del riesgo al resultado: homicidio y lesiones en la construcción, en POZUELO PÉREZ, L. (COORD.), *Derecho penal de la construcción*, 2.ª ed, p. 544.

intentar evitarlo. Desde una perspectiva *ex ante*, no puede sancionarse aquellos comportamientos cuyos efectos no hubieran podido preverse¹⁸.

Así, el riesgo permitido se convierte en el primer elemento que debe analizarse al valorar la existencia de un comportamiento imprudente: “el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es por tanto imprudente”¹⁹.

El sujeto actúa de forma prudente o diligente cuando emplea aquellas medidas de precaución, control y supervisión que sean “necesarias” para eliminar el riesgo o, al menos, para mantenerlo dentro de los límites permitidos por el derecho. En el mismo sentido se viene expresando la jurisprudencia, como, a modo de ejemplo, hace la STS 12/1995, de 18 de enero: “La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exige el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos; pero como contrapeso ineludible de tal tolerancia en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de la imprescindible”.

Siguiendo el planteamiento anterior, puede afirmarse que la realización de la actividad peligrosa se somete al cumplimiento de dos condiciones: de una parte, que el comportamiento sea el menos peligroso que permita alcanzar el objetivo perseguido y, de otra parte, que se adopten las medidas necesarias para neutralizar “*ex ante*” los peligros propios de dicho comportamiento²⁰.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido facilitando una serie de elementos que sirven para determinar cuándo la conducta se encuentra dentro del riesgo permitido, entre los que destacamos los siguientes:

1. LA OMISIÓN DE ACCIONES PELIGROSAS

El ciudadano prudente o diligente debe abstenerse de emprender acciones o comportamientos que, siendo objetivamente peligrosas, no están

18. Como explican MAQUEDA y LAURENZO (2017), *PG*, “la previsibilidad de producción de resultado es una condición para la imputación objetiva en los delitos imprudentes de modo que si, a partir de la realización de la acción descuidada no es previsible que sobrevenga determinado resultado, éste no podrá imputarse a aquélla”, p. 132.

19. ROXIN (2014), *PG*, p. 998.

20. Sobre esta cuestión, véase, entre otros: ARROYO (1981), *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 141. JESCHECK y WEIGEND (2003), *PG*, p.625 y OLAIZOLA (2010a), *Delitos contra los derechos de los trabajadores* (arts. 316 y 317 Cp.) y su relación con los resultados lesivos, en *In Dret*, núm. 2, p. 4.

permitidas por el derecho, pudiendo llegar a afectar a intereses o bienes jurídicos importantes. Así, a modo de ejemplo, conducir bajo los efectos del alcohol genera una acción peligrosa y un riesgo evidente de causar lesiones o, incluso, la muerte de otras personas. En consecuencia, cuando el conductor ha ingerido alcohol, lo prudente es abstenerse de conducir. De igual modo, actúa de forma poco diligente el guía que decide ascender a la montaña bajo una tormenta de nieve o el sujeto que comienza a disparar con su escopeta de caza en un parque donde juegan muchos niños. Estamos ante conductas que aumentan el riesgo de producir un resultado lesivo innecesariamente, por lo que llevarlas a cabo supone actuar de forma imprudente²¹.

Por tanto, el primer elemento o criterio para determinar la infracción de la norma de cuidado reside en el deber que tiene todo ciudadano de abstenerse a realizar actividades o comportamientos que, sin ser útiles para la sociedad, entrañan un peligro o riesgo importante para un interés o bien jurídico salvaguardado por el ordenamiento jurídico. En estos casos el deber de cuidado exige directamente *no actuar*²².

Los anteriores supuestos son diferentes a aquellos en los que, existiendo riesgos o peligros, resulta, en cambio, necesario y/o positivo realizar o llevar a cabo una determinada actuación. Porque, la prohibición absoluta del actuar peligroso condenaría a la sociedad a una inactividad total. Así, el derecho permite e, incluso, obliga en algunos casos a realizar numerosas actuaciones peligrosas que son útiles, beneficiosas, necesarias o, simplemente, divertidas para la sociedad²³. En estos casos, no rige el deber de omitir acciones peligrosas pero sí la obligación de realizarlas con prudencia o diligencia, desplegando una serie de cautelas o precauciones, para evitar que el riesgo se acabe convirtiendo en lesión.

A continuación analizamos algunas de esas cautelas y medidas de seguridad destinadas a evitar que el riesgo se acabe convirtiendo en lesión.

21. Véase, entre otros, MIR (2016), *PG*, p. 300.

22. Como recuerdan, entre otros, JESCHECK y WEIGEND (2003), *PG*, p. 624.

23. CORCOY (2016), *El delito imprudente*, centra su estudio del riesgo permitido en la necesaria utilidad que debe conllevar la acción peligrosa pero permitida: "la utilidad social es lo que permite el desarrollo de esa actividad, aun cuando ex ante, se sepa que pese a observar el deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto, puedan aparecer riesgos no abarcados por éste que se conviertan en lesión" (...). "De no existir una utilidad social de la conducta, la existencia, *ex ante*, de riesgos posibles, inevitables, impiden ya la propia realización de la conducta peligrosa", p. 307. De forma parecida FEIJOO (2001b), *Resultado lesivo e imprudencia*, advierte de la existencia de una importante diversidad de comportamientos peligrosos permitidos, atendiendo a múltiples razones: utilidad social, necesidad de avances tecnológicos, ocio, divertimento e: "Incluso, la permisión de ciertos riesgos tiene en muchas ocasiones como única explicación que somos así, que así hemos configurado nuestro mundo y que no queremos cambiar cierto estado de cosas devenido históricamente", p. 275.

2. CAPACIDAD, INFORMACIÓN Y PREPARACIÓN PREVIA PARA LA REALIZACIÓN DE UNA DETERMINADA ACCIÓN

Una de las medidas o cautelas que deben tomarse a la hora de realizar una acción peligrosa pero permitida por el ordenamiento jurídico, consiste en contar con la capacidad, información o preparación previas necesarias para salvaguardar o respetar el deber de cuidado. En aquellos casos que el sujeto no cuente con el conocimiento, la experiencia o la capacidad mínimas y necesarias y, a pesar de ello, actúe poniendo en peligro o lesionado un bien jurídico penal, estará infringiendo la norma penal del cuidado.

En muchas ocasiones, será el propio ordenamiento quién exija una determinada autorización y titulación para poder realizar una actividad concreta que presupone una mínima capacidad y conocimiento a su titular: permiso de conducir, titulación académica, etc. Cuando el individuo realice la actividad sin contar con la formación y conocimientos requeridos al efecto y el hecho lesivo se produzca como consecuencia de dicha falta de información o preparación previas, se habrá lesionado el deber de cuidado. Dicha infracción a la norma de cuidado no se produce por la falta o ausencia de un mero requisito formal –licencia, título– sino, más bien, por no contar con los conocimientos que habilitan a realizar la actividad. En consecuencia, el sujeto que conduce sin una determinada licencia puede actuar de forma diligente y, en sentido opuesto, el hecho que el sujeto posea dicha autorización no implica necesariamente que su actuación sea diligente.

En efecto, la infracción del deber de cuidado no se basa en la formalidad de contar con una determinada autorización sino en carecer de los conocimientos que son necesarios para obtener dicha autorización²⁴. Así, a modo de ejemplo, “si un médico general que por muchos años ha trabajado en un servicio de obstetricia atiende un parto en el transcurso del cual se presenta alguna complicación que desemboca en la producción de graves lesiones al recién nacido, pero se demuestra que el parto fue atendido de la manera como lo hubiera hecho un médico con título de especialista, y que en consecuencia, la posesión o no del título no guarda relación con lo acaecido, no habrá lugar a desvalorar el riesgo derivado de su actuación”²⁵.

Nos encontramos ante supuestos de “imprudencia por asunción o emprendimiento”: al asumir o emprender el sujeto actuaciones para las que no está preparado o cualificado, está actuando de forma poco prudente o diligente²⁶. Dicha necesidad de preparación, información, indagación y, en última

24. FEIJOO (2001b), *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 293.

25. CADAVID (2013), *Imprudencia punible y actividad médico quirúrgica*, p. 141.

26. Sobre la imprudencia por asunción o emprendimiento véase, entre otros, ROXIN (2014), *PG*, p. 1017, HAVA (2001), *La imprudencia inconsciente*, p. 158, FEIJOO (2001b).

instancia, capacidad para realizar una determinada acción suele producirse en el ámbito profesional, aunque está presente también en otro tipo ámbitos, actividades o situaciones, tanto heterogéneas, como comunes: no utilizar gafas en la conducción, conducir con las ruedas desgastadas o con una alteración en la visión, no saber cómo se cuida o atiende a un bebé, etc. En cualquiera de los supuestos citados: “la infracción del deber objetivo de cuidado no se fundamenta en el no cumplimiento de deberes previos sino, en emprender la conducta peligrosa sin los conocimientos necesarios cuando comporte un riesgo penalmente relevante”²⁷.

3. LA EXIGENCIA DE ADAPTACIÓN AL CONTEXTO

El deber objetivo de cuidado puede exigir incluso no respetar las normas extrapenales previstas para salvaguardar el interés jurídico²⁸. Expresado de otra forma, en ocasiones, no infringir la norma de cuidado penalmente relevante exige que el sujeto deba adaptar su comportamiento a la situación que corresponda en cada momento. Por tanto, el mero respeto de la norma extrapenal o de la norma estándar no basta para actuar prudentemente: el sujeto debe hacer todo lo posible para evitar la afeción al bien jurídico²⁹. Así, a modo de ejemplo, si un vehículo circula por su derecha y viene otro en dirección contraria por el mismo carril, el deber de cuidado puede exigir que se invada el otro carril, aunque lo impida la existencia de una línea continua³⁰. Desde hace décadas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reclamando dicha exigencia de *adaptación al contexto*, como hace la ST de 27 de mayo de 1974: “ante la falta de visibilidad natural a la que están más habituados y con la que son más aptos los conductores, han de extremar la previsión y diligencia puesto que al reducirse el campo óptico los reflejos quedan disminuidos, con merma de la capacidad de maniobra ante cualquier evento que puede y frecuentemente surge de forma súbita e insospechada, y ello determina como cautela normal, ante todo, reducción de velocidad, para más dominio del vehículo, a fin de que obstáculos acrecentados por falta de espacio visual puedan ser más fácilmente superados, o en el peor de los casos disminuidos”.

- Resultado lesivo e imprudencia*, p. 290), CORCOY (2016), *El delito imprudente*, p. 139 y CHOCLAN (1998), *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 74.
27. CORCOY (2016), *El delito imprudente*, p. 141.
28. Como recuerdan, JESCHECK y WEIGEND (2003), *PG*, p. 626.
29. Así, para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019), *PG*, “la inobservancia de las reglas objetivas de cuidado constituirá tan solo un *indicio* de que se actuó imprudentemente, pues para que una conducta pueda ser considerada imprudente es necesario que se constate además la infracción de las normas objetivas de cuidado individualizadas según el caso concreto”, p. 272.
30. CEREZO (2004), *PG*, p. 169.

En definitiva, en ocasiones, puede suceder que el deber de cuidado penalmente relevante no coincida totalmente con la norma extrapenal o con el baremo estándar establecido con carácter general. En estos casos que no coinciden con las situaciones ideales contempladas en la regla general, el deber de cuidado exige observar más medidas y que se adecúen a las características del supuesto concreto.

4. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Finalmente, se suele acudir para concretar el riesgo permitido, al principio de confianza, según el cual, cualquier participante en el tráfico puede confiar que los demás actuarán de forma diligente, a no ser que existan indicios que hagan prever lo contrario³¹. Concretamente, en la jurisprudencia española, se suele citar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 que, en virtud del principio de confianza, declaró que: “un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben, sin que tal suposición implique, por sí misma, una infracción del deber de cuidado”.

Expresado en términos de ROXÍN³², el principio de confianza viene a expresar que quien se comporta de forma adecuada “puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios suficientes para suponer lo contrario”. Así, a modo de ejemplo, el conductor que está pasando por un cruce y el semáforo está en verde, en principio, cruzará la vía sin detenerse a comprobar que no aparece otro vehículo ya que confía en que el resto de usuarios cumplirán la señal emitida por el semáforo. De esta forma, el principio de confianza viene fundamentalmente a posibilitar el tráfico moderno rodado, al restringir o matizar la norma que advierte: “cuenta con todos los factores de peligro, según la experiencia, puedan surgir”³³. En efecto, sin el principio de confianza, el tráfico rodado perdería la fluidez y los coches irían a una velocidad excesivamente lenta.

No obstante, el principio de confianza no es ilimitado sino que presenta una serie de excepciones y no se podrá invocar en determinadas situaciones en las que el sujeto detecta (o puede prever) que un tercero va a comportarse de forma inadecuada. Así, no puede invocarse el principio de confianza frente a conductas protagonizadas por menores, personas de avanzada edad

31. MARTÍNEZ ESCAMILLA (1992), *La imputación objetiva del resultado*, p. 137.

32. ROXÍN (2014), *PG*, p. 1004.

33. PUPPE (2006), División del trabajo y responsabilidad en la actuación médica, *In Dret*, núm. 4, p. 3.

o manifiestamente desorientados y, en general, sujetos inimputables³⁴, ni tampoco cuando el sujeto conoce o se ha percatado que el tercero está actuando de forma inadecuada o, incluso, en cualquier otra situación especialmente peligrosa³⁵.

De igual forma, la aplicación del principio de confianza presenta problemas cuando el sujeto que lo invoca también se comportó de forma negligente, ya que, el que actúa de forma incorrecta no puede confiar en la conducta correcta de los demás³⁶. A modo ejemplo, imaginemos el conductor que bajo los efectos del alcohol atropella a un peatón que cruzaba la calzada cuando su semáforo en encontraba en rojo: si el conductor hubiese podido evitar el accidente en caso de conducir sobrio, el principio de confianza pierde cualquier tipo de operatividad. En cambio, se presentan mayores dudas cuando la conducta del peatón convirtió el atropello en inevitable, resultando indiferente que el conductor condujese o no bajo los efectos del alcohol. En estos supuestos, la sanción penal del conductor implicaría un supuesto de *versare in re illicita*³⁷. Por tanto, no puede admitirse que el principio de confianza se utilice como especie de “carta blanca” o “puerta de atrás” para imputar resultados sin comprobar o verificar si dicho resultado es realmente una concreción del riesgo creado imprudentemente.

En última instancia, el principio de confianza viene a reforzar la idea de que la observancia de las normas o reglas estándares establecidas no bastan para afirmar que el sujeto ha respetado la norma de cuidado, sino que habrá que determinarse en cada caso concreto cuál era el actuar prudente o diligente³⁸.

El principio confianza no solo opera en el ámbito del tráfico viario sino que recientemente ha adquirido relevancia también en otros contextos, como en la división de tareas en el ámbito médico o, en general, en cualquier otro tipo de actividad en los que esté presente el trabajo en equipo. En estos casos, se diferencia entre división horizontal y vertical del trabajo: en la primera, en la que no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo, el principio de confianza presenta una mayor relevancia, confiando cada miembro del equipo en la correcta o adecuada actuación del otro³⁹; en la segunda, donde sí existe una estructura jerarquizada del

34. FEIJOO (1999), *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, p. 238.

35. ROXÍN (2014), *PG*, p. 1005.

36. FEIJOO (1999), *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, p. 235.

37. ROXÍN (2014), *PG*, p. 1005.

38. MARTÍNEZ ESCAMILLA (1992), *La imputación objetiva del resultado*, p. 137.

39. Se suele citar en estos casos como ejemplo los equipos médicos encargados de la operación de un paciente, donde participan cirujano y anestesista, confiando ambos en el buen desempeño de la función de cada uno de ellos. Véase HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 77 y ROXIN (2014), *PG*, p. 1006.

trabajo, se parte igualmente de la idea de que el sujeto que ocupa la posición jerárquica superior puede confiar en que sus órdenes serán seguidas y el subordinado en que las instrucciones recibidas son correctas⁴⁰. No obstante, como indica HAVA, el hecho de que en la actividad de estos equipos exista una cierta jerarquía, hace que el principio de confianza pierda parte de su eficacia, cuando se trata de analizar la actuación de los responsables jerárquicos. De esta forma, “conforme a los denominados *deberes de diligencia secundarios*, el sujeto que dicta las instrucciones, o que delega funciones, no sólo habrá de vigilar y controlar la aplicación de las mismas, también deberá asegurarse de que han sido bien entendidas cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos e, incluso, intervenir ante la sospecha de una defectuosa actuación del subordinado”⁴¹.

Obviamente, la solución a estos supuestos dependerá de las características que rodean cada caso, pudiéndose infringir la norma de cuidado cuando se neutraliza la validez del principio de confianza por una determinada actuación de otra persona: el cirujano no puede invocar el principio de confianza cuando detecta que el anestesista está actuando bajo los efectos del alcohol o se ausenta injustificadamente del quirófano.

En definitiva, el principio de confianza no es más que un criterio para determinar cuándo el sujeto actuó de forma diligente, el cual, resulta de especial interés para resolver determinadas situaciones complejas en las que interviene un tercero con un comportamiento inadecuado. En consecuencia, debe relativizarse el valor de dicho principio y, en lugar de entenderlo como una regla inamovible, utilizarlo como un criterio que sirva para determinar, junto con otros principios genéricos, el nivel de diligencia debida en el caso concreto.

III. EL RESPETO A LAS REGLAS O NORMAS TÉCNICAS: REGLAMENTOS, NORMAS ESPECIALES Y LEX ARTIS

En muchas ocasiones, la cautela que debe desplegar el sujeto que actúa generando un riesgo permitido —es decir, las medidas necesarias para neutralizar el riesgo— aparece recogida en leyes o reglamentos administrativos, en normas de otros ordenamientos jurídicos, en disposiciones de comunidades autónomas, corporaciones privadas, en convenios colectivos de un determinado sector o, incluso, en reglas dictadas por particulares o asociaciones de particulares que realizan actividades peligrosas.

40. CEREZO (1983), *ADPCP*, tomo 33, p. 484. Se adhiere HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 80.

41. HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 81.

A este grupo de normas, disposiciones o códigos de actuación se les suele agrupar bajo el denominativo de “regla o norma técnica”, pudiéndose entender ésta como una disposición que expresa “principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros característicos de ellas y sobre las medidas idóneas para eludir esos peligros”⁴².

Tales reglas técnicas aportan una “estandarización” del deber de cuidado, al establecer el propio ordenamiento las medidas que deben tomarse para evitar que los riesgos o peligros existentes acaben afectando al bien o interés que se pretende salvaguardar. CHOCLAN las denomina como *reglas preventivas de cuidado*, porque comportan una pre-valoración acerca de las condiciones óptimas del comportamiento para la evitación del resultado lesivo, basada en la experiencia y el razonamiento, por lo que, su contravención indicará la creación del riesgo que se quiere evitar⁴³.

Por tanto, el juez o tribunal a la hora de valorar si se produjo una infracción de la norma de cuidado tendrá muy en cuenta si el sujeto salvaguardó el deber de cuidado administrativo estandarizado previamente en un reglamento o en una norma especial⁴⁴. Con carácter general, se afirma que el sujeto que, ignorando las normas, reglamentos, estatutos o convenios destinados a regular una determinada actividad, cometa un comportamiento que pueda encajar en un tipo penal, habrá cometido un delito imprudente. Expresado de otra forma, la infracción del reglamento de circulación o de cualquier otra norma destinada a regular determinadas actividades (normas de prevención de riesgos laborales, reglamentos médicos, sanitarios, normas de construcción, de producción y elaboración de alimentos o fármacos, entre otros) supone un “indicio probatorio poderoso” de que el sujeto ha actuado imprudentemente y, en consecuencia, ha infringido la norma de cuidado⁴⁵.

42. Véase CORCOY (2016), *El delito imprudente*, quien advierte que la función de dichas normas técnicas “no es la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica, como hace de forma inmediata la norma de cuidado –norma penal–, sino la exclusión de peligros abstractos que, según la experiencia, pueden conducir a la realización típica”, p. 112.

43. CHOCLAN (1998), *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 92.

44. En este sentido, GIL (2007), *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, quien afirma que la mayoría de la doctrina entiende que lo primero que debe hacerse para valorar si superó el riesgo permitido es comprobar si hubo o no una infracción de la norma técnica “a la hora de definir la acción prohibida, la doctrina suele empezar correctamente por el estudio de la regulación extrapenal asumiendo que el legislador (o la instancia competente) ya ha hecho la correspondiente ponderación de intereses y señalado los límites entre el riesgo permitido y el no permitido con relevancia también el ámbito penal”, p. 266.

45. Véase en este sentido, entre otros, a OLAIZOLA (2010b), *La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia en los delitos contra la seguridad vial*, en LUZÓN (DIR.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, quien entiende que la infracción de la norma

Junto a los reglamentos administrativos y el resto de normas técnicas, suele considerarse una importante fuente de concreción del deber objetivo de cuidado la *lex artis* que regula determinadas profesiones, muy especialmente, las referidas al ámbito médico-sanitario⁴⁶. Se trata de reglas, medidas, máximas o conocimientos que la comunidad científica aprueba o acepta en el ámbito de su profesión. Así, como recuerda HAVA, en los últimos años se observa una progresiva protocolización de los procedimientos diagnósticos, terapias o intervención quirúrgica que son fundamentales para la actuación sanitaria. Tales protocolos médicos y, en general, las herramientas (v.gr., guías clínicas) que han sido consensuadas y aceptadas por la comunidad científica, configuran una especie de género literario científico denominado como *guidelines* (directrices) donde se recogen las medidas que los expertos y especialistas (tanto de sociedades científicas como de centros médicos) disponen con el objeto de mejorar la calidad y eficacia de la praxis médica y, en general, de toda actuación sanitaria⁴⁷.

Nuevamente, la *lex artis* suministra un baremo estándar, el cual, deberá concretarse para cada supuesto específico, atendiendo a los numerosos y múltiples factores que configuran la enfermedad o patología abordada. Entre tales elementos, no solo se citan factores endógenos (relativos a la propia patología), sino también los exógenos (desde las condiciones del medio en el que se actúa, hasta el contexto socioeconómico del paciente). Incluso, en ocasiones, la propia situación puede aconsejar apartarse de la *lex artis* y optarse por una intervención menos ortodoxa, siempre y cuando, suponga una actuación proporcional y razonable para el supuesto en cuestión. Como se viene advirtiendo, habrá que atenderse al caso concreto y, en consecuencia, a la *lex artis ad hoc*⁴⁸.

En definitiva, la infracción de la norma, reglamento, *lex artis* o cualquier otra regla preventiva, primaria o técnica que regula la actividad peligrosa o el riesgo permitido constituye un importante “indicio poderoso” del comportamiento imprudente del agente de la conducta, aunque, dicho indicio habrá que confirmarse en cada caso concreto, atendiendo a cada una de las circunstancias que lo rodean. En este sentido, permítasenos citar un extracto de la

técnica no es un simple indicio, sino un “indicio bastante cualificado” de la posible infracción imprudente, pues, “cuando se infringen reglas de cuidado provenientes del legislador, por tanto normas jurídicas cuya finalidad es evitar el resultado dañoso, deberá reconocerse la peligrosidad, al menos en abstracto, de dicha conducta”, p. 336.

46. Véase, más profundamente sobre la *lex artis*, JORGE BARREIRO (1994), Jurisprudencia penal y *lex artis* médica, *CDJ. Responsabilidad del personal sanitario*, p. 51, HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 59 y CHOCLÁN (1998), *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 170.

47. HAVA (2002), *La imprudencia inconsciente*, p. 58.

48. JORGE BARREIRO (1994), *CDJ. Responsabilidad del personal sanitario*, p. 72.

SAP de Navarra núm. 131/2000 de 16 de octubre, que ilustra el tratamiento y validez que proponemos a tales reglas o normas técnicas en la configuración del deber objetivo de cuidado: "El deber objetivo de cuidado (o lo que en cada caso concreto, atendidos los múltiples matices o variables, representa la norma objetiva de cuidado presuntamente infringida por la actuación del sujeto o sujetos activos del delito) constituye sin duda el rasgo definidor del concepto de imprudencia que mayor discusión ha suscitado en la doctrina científica y jurisprudencial. En general, puede observarse que en los distintos ámbitos o esferas de actividad humana, especialmente en aquellas en que existe un riesgo latente para bienes jurídicos esenciales como la vida o integridad corporal de las personas, surgen normas o reglas generales de carácter técnico o científico que expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad de que una acción de esa índole lesione un bien jurídico. Esas normas o pautas de comportamiento habitualmente se plasman en leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos, costumbres o códigos deontológicos que marcan el correcto desempeño de una actividad profesional. Estas reglas alcanzan un carácter generalmente indicativo u orientador; ahora bien, el deber objetivo de cuidado ha de determinarse con referencia a cada situación concreta de acuerdo con los diferentes factores e intereses en juego. De este modo puede afirmarse que la inobservancia de la norma de cuidado considerada en abstracto no conlleva "per se" la realización de una conducta típica imprudente, sino que será precisa la concreción del deber objetivo de cuidado específico mediante una labor de individualización judicial".

IV. LA FIGURA-BAREMO O MODELO DIFERENCIADA O LA DOCTRINA DEL HOMBRE MEDIO

En determinadas situaciones o contextos el deber objetivo de cuidado no puede configurarse a través de reglamentos o reglas técnicas o, en el caso que los hubiera, éstos no son suficientes para establecer cuál era el comportamiento prudente en una determinada situación. Así, a modo de ejemplo, en las muertes o lesiones producidas en el ámbito del tráfico, el deber de cuidado vendrá prácticamente determinado por la ley de seguridad vial y el principio de confianza, pero, ¿cómo determinar cuál era el cuidado necesario en una muerte causada por el incendio producido en la casa de arriba donde el vecino dejó encendida toda la noche una vela antimosquitos?

En aquellos casos, en los que no existe una regulación administrativa, normas técnicas, *lex artis* o cualquier otro tipo de regulación que determine cuál era el comportamiento adecuado ante una actuación que puede generar un riesgo o un peligro, los defensores del concepto tradicional de la infracción

del deber de cuidado vienen utilizando el criterio del “hombre medio” perteneciente al mismo sector del tráfico jurídico que el autor, como rector de la determinación de la ilicitud de los hechos⁴⁹. Por tanto, a la hora de verificar si una determinada conducta puede considerarse negligente, el juez o tribunal, mediante un juicio “ex ante”, deberá valorar si el comportamiento del sujeto activo se ajusta o no al que hubiese desplegado cualquier hombre prudente o diligente (también denominado concienzudo, consciente de su responsabilidad, cuidadoso) en su misma situación⁵⁰. En consecuencia, el deber de cuidado necesario será aquel que hubiese prestado, observado o realizado el *hombre diligente o prudente* que se hubiese encontrado en la misma posición del autor⁵¹.

La prudencia o cuidado que deben objetivamente prestarse o guardarse por cualquier ciudadano genera uno de los principales problemas a los que se enfrenta la norma *objetiva* de cuidado: ¿qué sucede cuando el sujeto tiene unos conocimientos y/o capacidades mayores o superiores a los del *hombre diligente o prudente* o, en sentido inverso, cuando tiene una capacidad inferior?

En aras de poder responder a la cuestión anterior, la doctrina viene introduciendo una serie de matices o elementos correctores a la teoría de la “hombre medio” para que pueda adaptarse a las tan diferentes situaciones que puedan presentarse. Porque, como ya advertía ANTÓN ONECA hace décadas “la conocida y apaciguadora fórmula de la diligencia media, la regla personificada del diligente padre de familia significó en tiempo un desenvolvimiento de gran valor, pero pretende “medir un hombre de carne y hueso con un fantasma”, olvidando que “la vida solo con la vida puede medirse. Será preciso tener en cuenta la capacidad del sujeto, sus defectos corporales y mentales, su cultura, la situación anímica en el momento de obrar, tanto la motivada internamente como la que es producto de estados externos de coacción y de urgencia”⁵².

Respecto a los supuestos en los que existe una capacidad o conocimiento inferior del agente de la conducta al “hombre diligente o prudente”, la mayoría de la doctrina entiende que la infracción de la norma objetiva de cuidado conlleva necesariamente el perfeccionamiento del tipo penal. Cuestión distinta es que pueda atenuarse la pena o, incluso, apreciarse una eximente completa al no ser reprochable el comportamiento, cuando el sujeto no sea imputable penalmente. En cualquier caso se presenta como una problemática

49. GIL (2007), *El delito imprudente*, p. 279, CADAVID (2016), *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, p. 73.

50. Términos utiliza la doctrina alemana en el caso del tráfico y que recoge WELZEL (1964), *El nuevo sistema del derecho penal*, p.71.

51. MIR (2016), *PG*, p.301.

52. ANTÓN ONECA (1949), *PG*, p. 219.

que no se resuelve en el ámbito de la tipicidad sino, en el de la culpabilidad, debiéndose analizar, para cada caso concreto, hasta qué punto la norma era capaz de motivar al autor de los hechos⁵³.

Más complejos se presentan los casos en los que existe un conocimiento o capacidad superiores a los del "hombre medio" pero, no se utilizan o aplican y acaba afectándose el bien jurídico protegido. Se suele citar como ejemplo el cirujano que conoce una técnica novedosa que solo él domina pero se abstiene de aplicarla y procede como cualquier cirujano, produciéndose la muerte del paciente⁵⁴. En estos casos, debe diferenciarse entre *deber subjetivo de cuidado* y *poder subjetivo superior* al de hombre prudente o diligente medio. Dicho *poder subjetivo superior* para poder evitar un determinado comportamiento lesivo o peligroso para un bien jurídico, debe tenerse en cuenta a la hora de concretar el *deber objetivo de cuidado*. En efecto, en estos casos, el juez debe preguntarse cómo se hubiese comportado un hombre prudente o diligente con los conocimientos concretos y especiales que posee el sujeto en cuestión. Por tanto, en el ejemplo del cirujano sobradamente cualificado, el hecho de que conozca una técnica operatoria deberá ser tenido en cuenta para construir el *deber objetivo de cuidado*. Expresado de otra forma, el juez o tribunal deberá preguntarse qué hubiera hecho un *hombre diligente* en la misma situación del cirujano, es decir, contando con su especial preparación⁵⁵. Algunos autores prefieren hablar en estos casos de un *doble baremo* o un *doble deber de cuidado*.

53. Véase, de forma mayoritaria, JESCHECK y WEIGEND (2003), *PG*, p. 777, WELZEL (1964), *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 75, CEREZO (2004), *PG*, p. 380.

54. Ejemplo citado, entre otros, por MIR (2015), *PG*, p. 303, DIEZ RIPOLLÉS (2016), *PG*, p. 210, BERDUGO (2004), *PG*, p. 269.

55. MIR (2016), *PG*, p. 302. Una solución diferente a estos supuestos otorga CEREZO (2004), *PG*, para quien la conducta del cirujano responderá al cuidado objetivamente debido y no estará comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos imprudentes (...). Si el cirujano no hace uso de su capacidad excepcional, a pesar de haber previsto la muerte del paciente y de evitarla mediante el uso de sus facultades excepcionales, estaremos ante un delito de homicidio doloso por omisión (art. 11, en relación con el art. 138). Sólo cuando la omisión sea inconsciente (si el cirujano no ha previsto, aunque podría haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla) la conducta será impune", p. 163. De la misma opinión que el anterior DIEZ RIPOLLÉS (2016), *PG*, quien advierte una posible contradicción cuando se exige que las capacidades individuales sean relevantes para supuestos de personas con capacidad superior, pero no para personas con capacidad inferior, para las cuales, no se conforma un deber de objetivo de cuidado teniendo en cuenta el conocimiento o capacidad del individuo sino del denominado *hombre medio*, p. 210. Dicha contradicción no se produce, en cambio, para ROXIN (2014), *PG*, para quien "la norma se dirige a todos; y debe hacerlo por la simple razón de dejar claro a aquel cuya capacidad de rendimiento es dudosa lo que como mínimo se espera de él, y para hacerle abstenerse en su caso de una imprudencia por emprendimiento o asunción. En consecuencia, concluye que "la imposibilidad individual de actuar de otro modo es -al menos en los delitos comisivos- siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación

uno, *generalizador o medio*, para aquellos sujetos que no tienen un conocimiento especial de la situación o una mayor capacidad que el *hombre medio o diligente*, y, otro, *especial o superior*, dirigido a aquellos sujetos que poseen mayores y específicas cualidades⁵⁶. En consecuencia, el comportamiento del cirujano cualificado deberá valorarse bajo los estándares fijados para situaciones especiales en las que hay que desplegarse mayores conocimientos y capacidades, mientras que, el comportamiento del inexperto o con un conocimiento o capacidad inferior se medirá por una norma o regla más simple y genérica, aquella que obliga a no intervenir cuando no se tiene la preparación adecuada para acometer la actividad concreta⁵⁷.

En definitiva, el deber de cuidado se determina en atención a lo que se hubiera representado un observador objetivo ubicado en la posición del autor, que cuente con la información y las capacidades presupuestadas por el ordenamiento para la realización de esa conducta en el correspondiente sector de tráfico jurídico, más los conocimientos y habilidades especiales en posesión del agente⁵⁸.

Debe advertirse que la teoría o criterio del “hombre medio” no goza, como en épocas pasadas, de la aprobación de toda la doctrina. Así, como se viene advirtiendo, para los defensores de la imputación objetiva como criterio

del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto”, p. 1017.

56. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019), *PG*, expresan que “en una misma situación, el saber especial de un individuo, sus deberes profesionales, etc., pueden servir de base para valorar su conducta como imprudente, mientras que la misma conducta realizada por una persona sin esos conocimientos específicos puede ser correcta. Así, por ejemplo, el médico que conoce la debilidad constitucional del paciente debe actuar más cuidadosamente que el que no la conoce; su imprudencia, pues respecto a la prescripción de un medicamento contraindicado es mayor. También el rol que desempeña el sujeto puede ser determinante para la exigencia de un mayor deber de diligencia. Se puede hablar, por tanto, de doble baremo, en el sentido de que primero hay que establecer un baremo generalizador u objetivo de lo que se considera imprudente e individualizarlo después con arreglo a las circunstancias del caso concreto y a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto que interviene en ese caso (cirujano de prestigio, piloto de carreras, experto...)”, p. 273.

57. HAVA (2001), *La imprudencia médica*, prefiere hablar, en lugar de un deber especial de cuidado, de dos normas de cuidado, que pueden ser concretadas con carácter previo por el juez o tribunal: “la cuestión relativa a las especiales características del individuo posee trascendencia no ya para determinar cuál era el deber exigible al sujeto activo, sino a la hora de identificar qué concreta norma de cuidado regía su conducta. Ya se ha apuntado que el tipo de injusto del delito imprudente se caracteriza fundamentalmente por incluir un peculiar elemento normativo, la infracción de la norma de cuidado, cuyo concreto contenido debe determinarse en cada caso; pues bien, el sentido común indica que en la realización de tal labor primero identificarse la norma de cuidado aplicable a la situación, para a continuación entrar a dilucidar si fue infringida por el sujeto obligado a cumplirla”, p. 71.

58. CADAVID (2016), *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, p. 40.

rector o determinante del tipo objetivo de los delitos imprudentes, debe prescindirse de la figura del “hombre medio” o del “espectador objetivo” por resultar demasiado imprecisa, por ser una figura ideal e imposible de alcanzar o por construir una figura capaz de contar no solo con los conocimientos y habilidades del agente sino también con los dispuestos por la experiencia y/o el ordenamiento jurídico para la situación en la que se actúa que, en la realidad, no existe, ya que, “nadie cuenta con la existencia de semejante sujeto sin igual”⁵⁹.

Siguiendo el planteamiento anterior, ROXIN viene a definir la doctrina del hombre medio u observador imparcial como un “ulterior medio auxiliar” para la determinación del peligro no permitido cuando no existan otros criterios mejores para decidir cuál era la conducta prudente en el momento concreto, aunque con determinados recelos: “la debilidad de este modelo radica en que a menudo no es fácil determinar la conducta de la figura-baremo. En la medida en que se trate, como sucede la mayoría de las veces, del ejercicio correcto de profesiones y oficios, se podrá utilizar como criterios rectores las normas que son conocidas en los respectivos sectores del tráfico, aun cuando no estén codificadas al modo de las normas jurídicas o del tráfico. A ellas pertenecen las reglas del arte (lex artis) médico, de la construcción, etc. Además, en las empresas se fijan a menudo disposiciones para la prevención de accidentes, cuya inobservancia no se permitiría por regla general una figura-baremo. Asimismo un profesor ajustado al baremo se atenderá normalmente a las instrucciones que se dicten para la vigilancia para de los alumnos en excursiones y viajes de clase. También fuera de los sectores laborales existen a menudo tales reglas: así, el usuario de medicinas consciente y cuidadoso no hará caso omiso de los prospectos de los medicamentos, el aficionado a navegar o el alpinista ajustado al baremo no harán caso omiso de las advertencias del servicio de vigilancia acuática o de montaña”⁶⁰.

En efecto, el “hombre medio o la “figura-baremo diferenciada” siguen constituyéndose como una fórmula operativa, aunque sea secundaria o supletoria, para configurar el deber objetivo de cuidado. En realidad, se está discutiendo la necesidad o no de un baremo que permita establecer la licitud de la actuación mediante su comparación con otra que esperara el ordenamiento jurídico. Pues bien, la doctrina no parece renunciar a contar con una figura o referente de comparación que venga a determinar la prudencia o imprudencia del comportamiento⁶¹.

59. Recoge muchas de las críticas a las teorías del hombre medio por parte de los detractores del deber objetivo de cuidado, RUEDA (2009), *In Dret*, núm. 4, p. 21.

60. ROXIN (2014), *PG*, p. 1009.

61. CADAVID (2016), *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, p. 137.

SEGUNDA LECTURA

Mendoza Vâez, P. (2020). Ignorancia deliberada en derecho penal: ¿una inevitable alquimia jurídica o una necesaria adaptación forzada? En *actualidad Penal*, noviembre de 2020, N^o 77, Instituto Pacífico, Lima, Perú, pp. 51-58.

Se analiza la teoría de la ignorancia deliberada, que ha sido extrapolada de willful blindness del derecho angloamericano. A partir de ahí se hace notar las dificultades de encuadrar esta teoría en el sistema de imputación subjetiva del derecho penal de corte continental.



DOCTRINA PRÁCTICA

Ignorancia deliberada en derecho penal: ¿una inevitable alquimia jurídica o una necesaria adaptación forzada?

Paúl Mendoza Váez*

Universidad de Castilla-La Mancha

"¡Es tan obvio que no todo desconocimiento es un error!".

Günther JAKOBS

"Ignorantia juris non excusat".

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Concepto de dolo.— 3. Concepto de imprudencia.— 4. Breve excursus sobre la *mens rea* y la *willful blindness*.— 5. Concepto de ignorancia deliberada: una delgada y tórrida zona gris.— 6. La ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al delito de lavado de activos.— 7. Toma de posición: derribando algunos mitos.— 8. Consideraciones finales.— 9. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El autor analiza la teoría de la ignorancia deliberada, que ha sido extrapolada de la *willful blindness* del derecho angloamericano. A partir de ahí hace notar las dificultades de encuadrar esta teoría en el sistema de imputación subjetiva del derecho penal de corte continental. Finalmente, asume posición e intenta derribar algunos mitos creados en torno a esta figura, a saber: que la ignorancia deliberada es una nueva categoría de la imputación subjetiva; que los casos de ignorancia deliberada son siempre equivalentes al dolo eventual; que la ignorancia deliberada permite aligerar la

ABSTRACT

The author analyzes the theory of deliberate ignorance, which has been extrapolated from the *willful blindness* of Anglo-American law. From there, he notes the difficulties of fitting this theory into the subjective imputation system of continental criminal law. Finally, he takes a position and tries to demolish some myths created around this figure, namely: that deliberate ignorance is a new category of subjective imputation; that cases of deliberate ignorance are always equivalent to eventual fraud; that deliberate ignorance allows the proof of fraud to be

* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra. Máster en Cumplimiento Penal Normativo por la Universidad de Castilla-La Mancha.

prueba del dolo; que entender la ignorancia como imprudencia genera impunidad.

Palabras clave: Imputación subjetiva / Ignorancia deliberada / *Willful blindness* / Dolo / Teoría cognitivo-normativa del dolo / Imprudencia.

Recibido: 24-9-20

Aprobado: 13-11-20

Publicado en línea: 1-12-20

lightened; that understanding ignorance as recklessness generates impunity.

Keywords: *Subjective imputation / Deliberate ignorance / Willful blindness / Intent / Cognitive-normative theory of intent / Recklessness.*

Title: *Deliberate ignorance in criminal law: an inevitable legal alchemy or a necessary forced adaptation?*

1. Introducción

En la literatura jurídica de corte continental se ha venido desarrollando en los últimos años la teoría de la ignorancia deliberada que, como de otra forma no podría ser, ha sido extrapolada de la *willful blindness* del derecho angloamericano y ha encontrado su aplicación práctica de manera progresiva en los tribunales españoles, en donde existen muchas ejecutorias del Tribunal Supremo que dan solución a casos límite con esta teoría¹.

Como es sabido, esta teoría fue pensada inicialmente para solucionar problemas de impunidad en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas a cuyos intervinientes no podía atribuírseles dolo. Por ello, se optó por sustituir el elemento cognitivo por una ignorancia provocada por el propio sujeto. Luego esta teoría amplió su cobertura a la delincuencia empresarial y económica, en donde se viene aplicando en casos complejos, como blanqueo de capitales, fraudes fiscales o delitos funcionariales.

Ilustrativo resulta el caso del futbolista del F. C. Barcelona Lionel Messi, a quien se le condenó por el delito de fraude fiscal, que solo puede ser cometido de manera dolosa. Lo particular del caso es que no se demostró que el futbolista tuviera conocimiento exacto (dolo) de los hechos acontecidos, los cuales fueron promovidos y ejecutados por los asesores fiscales contratados por el padre del deportista; ergo, el Tribunal equiparó el delito doloso con un desconocimiento intencionado e incluso con una indiferencia ante los hechos².

1 No obstante, hubo también pronunciamientos en contra. Por ejemplo, la STS-797/2006 señaló: "Tales expresiones [‘ignorancia deliberada’, también conocida como ‘ignorancia intencional’] no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora". SALA SEGUNDA DE LO PENAL (ponente: Sr. juez BACIGALUPO ZAPATER), *Sentencia del Tribunal Supremo N.º 797/2006*, Madrid: 20 de julio del 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/33aRAXm>>. Para un análisis con amplias referencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo español, véase BERRUEZO, Rafael, "Ignorancia deliberada en el derecho penal económico", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 4, Lima: 2018, p. 224 y ss. Recuperado de <<https://bit.ly/3pWzj0u>>.

2 La sentencia que condenó a Messi señala:

Como veremos, luego de un análisis más detenido, la forma de resolver esta constelación de casos resulta, si no cuestionable, cuando menos problemática, pues los tribunales han tratado a la mayoría de casos de ignorancia deliberada como “dolo eventual”, pero ¿es correcta esta equiparación?, ¿por qué no interpretarlos como delitos imprudentes? o incluso ¿por qué simplemente no se deja en la impunidad este abanico de casos? En la práctica judicial, recurrir a una imprudencia dirigida, que en la mayoría de los delitos no se encuentra regulada, parece ser una solución poco satisfactoria. De ahí que se privilegia

la eficacia jurídica a costa de flexibilizar, hasta las últimas consecuencias, garantías penales tan básicas como los principios de culpabilidad, legalidad y presunción de inocencia.

Cabe advertir, de entrada, que no es posible realizar un estudio de la ignorancia deliberada sin antes bosquejar los conceptos de dolo e imprudencia —trabajo no menor—. Ello es estrictamente necesario porque estas instituciones serán las que orientarán y servirán de límite a cualquier intento de conceptualizar la ignorancia deliberada. Vamos a ello.

“Y cuando se aprecia una indiferencia tan grave como la que nos ocupa, ya que, a pesar de todas las circunstancias y oportunidades que tuvo el jugador de conocer cómo se gestionaban sus derechos, no lo hizo, no cabe sino considerar que se ha actuado con dolo, con una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el delito del artículo 305 CP”. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (ponente: Sra. juez ARMAS GALVE), *Procedimiento Abreviado N.º 110/15*, Barcelona: 5 de julio del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/3nEsyhI>>. Esta sentencia fue confirmada, aunque luego la STS N.º 374/2017 criticó el innecesario uso de la “ignorancia deliberada”: “Debemos reiterar aquí, como ya hicimos en nuestra STS N.º 830/2016, de 3 de noviembre, el rechazo que nos merece el sintagma ‘ignorancia deliberada’ al que ya nos referimos también en la sentencia de 3 de diciembre de 2012. Y hemos de hacerlo reiterando una doctrina de esta Sala que ya proclamaba serias advertencias sobre la difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia”. SALA SEGUNDA DE LO PENAL (ponente: Sr. juez VARELA CASTRO), *Sentencia del Tribunal Supremo N.º 374/2017*, Madrid: 24 de mayo del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/3pRmmVp>>.

2. Concepto de dolo

El dolo, como categoría de la imputación subjetiva que forma parte del injusto penal, ha tenido un desarrollo fecundo en la doctrina. Por obvias razones, no es este el espacio apropiado para desarrollar un “estado de la cuestión”, así que de entrada partiremos por adherirnos a un concepto cognitivo de dolo, es decir, como conocimiento concreto del riesgo de realización típica. Descartamos, entonces, el clásico concepto volitivo de dolo, entendido como conocimiento e intención de realización del tipo penal, pues el elemento volitivo no aporta mayor dato relevante en un caso concreto³, además

3 RAGUÉS I VALLÈS señala: “Si lo que hace que un hecho sea doloso es el actuar pese a conocer el riesgo, ni la intención ni la certeza aportan nada al dolo, en tanto que dolo, y su adición solo consigue complicar innecesariamente una cuestión conceptual ya de por sí intrincada”.

de ser altamente inestable y de casi imposible probanza⁴.

IMPORTANTE

Desde una visión *normativista* del dolo, el conocimiento no se encuentra dentro de la mente del sujeto, sino que es entendida como una construcción valorativa que, de acuerdo a las circunstancias externas que se suscitan en el caso concreto, se atribuye al sujeto.

A su vez, el concepto cognitivo de dolo puede entenderse desde dos puntos de vista. Primero, desde una visión *psicologista*, el conocimiento es entendido como un estado mental: lo que una persona se representa en su arcano interno. Así, lo que importa para esta concepción es que se verifique si, en el caso concreto, el sujeto se representó que su comportamiento abarcaba el tipo penal. Segundo, desde una visión *normativista*, el conocimiento no se encuentra dentro de la mente del sujeto, sino que es entendida como una construcción valorativa que, de acuerdo a las circunstancias externas

que se suscitan en el caso concreto, se atribuye al sujeto.

Por nuestra parte, consideramos adecuada la concepción que entiende al dolo como el conocimiento que se atribuye a un sujeto a partir de datos objetivos externos⁵. El conocimiento no debe ser entendido como saber psicológico, es decir, lo que una persona posee dentro de su mente. Esto traería problemas a nivel probatorio⁶, pues huelga decir que

5 En la doctrina peruana se adhieren a esta concepción: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Lima: Ideas, 2019, p. 518 y ss.; CARO JOHN, José A., *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: ARA Editores, 2010, p. 182 y ss.; SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Buenos Aires: B de F, 2018, p. 296 y ss.; REANO PESCHERA, José, *Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva*, Lima: Jurista Editores, 2010, p. 79 y ss.; ORE SOSA, Eduardo "Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del dolo en el delito de lavado de activos", en *Advocatus*, n.º 37, Lima: 2019, p. 137 y ss. (Recuperado de: <<https://bit.ly/2U1LXS6>>); MEINI MENDEZ, Iván, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 230 y ss. (Recuperado de: <<https://bit.ly/332QUdn>>); ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014, p. 92 y ss.

6 PAREDES CASTAÑÓN advierte las complicaciones probatorias de asumir un modelo "psicologista vulgar": "[F]recuentemente las personas 'saben' o 'quieren' cosas con distintos grados de certeza, precisión, firmeza, etc. Y ello debería hacerse valer en un modelo psicologista coherente de prueba de los elementos subjetivos, lo que resulta casi imposible si se pretenden, al tiempo, preservar las garantías probatorias

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 186.

4 HRUSCHKA compatibiliza los elementos cognitivo y volitivo del dolo. Sostiene que "siempre que alguien lleva a cabo una conducta determinada bajo determinadas circunstancias conociendo las características tanto de la conducta como de las circunstancias, quiere a la vez realizar la conducta con dichas circunstancias". HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2.^a ed., Buenos Aires: B de F, 2009, p. 183.

el problema del concepto de dolo es también el problema de su prueba. De esta manera, lo que en la concepción volitiva se conoce como dolo eventual —en el que predomina el aspecto intelectual— no es sino la modalidad básica del dolo cognitivo, y el dolo directo y dolo de consecuencias necesarias serían modalidades cualificadas del dolo⁷, en tanto se considere el aspecto volitivo como dato adicional. No obstante, a efectos de prueba, tal cuestión no aporta nada esencial.

Ahora bien, lo antes referido importa a la hora de demostrar el dolo dentro del proceso penal. Si ya no es entendido como un estado mental que el juez debe verificar, sino como una construcción normativa que se atribuye al sujeto tomando en cuenta las circunstancias específicas que rodean al caso, ergo, lo que se debe demostrar son los hechos objetivos e indicadores que nos den la rayana certeza de que el sujeto tuvo el conocimiento concreto del riesgo típico⁸. Entonces, bajo la concepción

cognitiva-normativa del dolo, el juez penal, mediante un juicio de adscripción, construye el conocimiento del sujeto⁹ sin

expresa a través de la conducta humana. Las formas de expresión de dicha condición son indicadores o elementos objetivos que en efecto pueden ser probados en el proceso penal, al contar con un sustrato fáctico”. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 350 y ss. Por su parte, PUPPE se pregunta sobre las condiciones que debe reunir un método para justificar o probar el dolo o su negación con ayuda de indicadores, a fin de que sea adecuado para definir el dolo eventual. Al respecto, esta autora sostiene que, en primer lugar, debe ser igualmente aplicable en todos los casos y, en segundo lugar, debe proporcionar en cualquier caso un resultado inequívoco. Un requisito previo para ello es, en principio, que quede claro para cada indicador si habla en favor de la afirmación o la negación del dolo. PUPPE, Ingeborg, “Sobre el dolo eventual y su prueba”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 133, Lima: julio del 2020, p. 80. El recurso a los “indicadores” ya había sido planteado también por HASSEMER, para quien los indicadores “deben tener relevancia dispositiva y no se pueden buscar a ciegas. La imputación a título de dolo únicamente se puede conseguir a través de esos elementos externos de caracterización”. HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, n.º 3, Madrid: 1990, p. 931. Recuperado de <<https://bit.ly/3kQHV4V>>.

- 9 Hruschka señala que, como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*. Hruschka, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 195 y 196. Del mismo parecer es Vogel cuando refiere que los hechos facticos no son accesibles físicamente como la comprobación descrita (descriptiva), sino surge primero como una conclusión transferida (adscripta) siguiendo el modo de los silogismos prácticos. Vogel, Joachim, “Dolo y error”, en *Cuadernos*

[procesales]”. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: 2001, p. 87. Recuperado de <<https://bit.ly/35Puk9I>>.

- 7 Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 177 y ss. De manera similar, SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 439.
- 8 Resulta sugerente la tesis propuesta por SÁNCHEZ MÁLAGA, quien refiere que deben probarse indicadores objetivos de los cuales se infiera el conocimiento: “No se infiere entonces algo que está en la mente del sujeto. Se imputa una determinada condición que se

adentrarse en su fuero interno —nada más difícil podría exigírsele—, sino valorando las características objetivas que rodean al hecho concreto¹⁰. De ahí que se diga que, en realidad, el dolo como conocimiento no se encuentra en la cabeza del autor, sino del juez que la construye y atribuye¹¹. A partir de la correcta valoración de estos datos objetivos externos se infiere si el sujeto conoció —o debió conocer— el concreto riesgo típico penal. Adoptar una posición contraria —el dolo como verificación de lo que el sujeto se representó al momento de realizar el hecho— nos traería las mismas complicaciones que intentar demostrar la voluntad o intención¹².

Para RAGUÉS I VALLÈS, existe dolo cuando, “a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”¹³. En el mismo sentido, respecto al aspecto probatorio del dolo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES indica que, “en general, atendiendo al papel social que una determinada persona desempeña, a su rol, se le atribuyen unos determinados conocimientos”¹⁴.

Esta interesante concepción del dolo como atribución de conocimiento parte por observar y demostrar las circunstancias del caso tomando en cuenta el contexto social¹⁵ en que acon-

de *Política Criminal*, 2.ª época, n.º 95, Madrid: 2008, p. 15.

10 Esta concepción fue recogida en la Cas. N.º 367-2011 Lambayeque: “En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito”. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PABLO PASTRANA), *Casación N.º 367-2011 Lambayeque*, Lima: 15 de julio del 2013, r.j. n.º 4.5. Recuperado de <<https://bit.ly/35OUy0S>>.

11 Así, el dolo, la imprudencia y el error llegarían tendencialmente a ser “algo que se encuentra no en la cabeza del autor sino en las cabezas de los que lo juzgan”. VOGEL, “Dolo y error”, art. cit., p. 9.

12 PAWLIK acierta en su crítica cuando refiere que “una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorrecciones de la teoría de la voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual”. PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier,

2016, p. 143. En el mismo sentido, HASSEMER ya advertía que “las teorías cognitivas del dolo tienen que enfrentarse también con un objeto incierto: la representación que del riesgo tiene el individuo. Sus problemas metodológicos son, en última instancia, idénticos a los de las teorías volitivas”. HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, art. cit., p. 923.

13 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 353.

14 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n.º 79, Bogotá: 2005, p. 110. Recuperado de <<https://bit.ly/2Hokwdw>>.

15 RAGUÉS I VALLÈS precisa: “[S]i bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de este a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones acerca de las

tece el suceso criminal¹⁶. Podemos, sin embargo, adicionar un ingrediente al contexto social, nos referimos a las capacidades personales que tenía el sujeto en el momento en que realiza el hecho delictivo, y de esta manera realizar una valoración conjunta entre contexto social y contexto personal. Así también lo considera SÁNCHEZ MÁLAGA, para quien el dolo es un juicio subjetivo normativo de imputación del conocimiento que se produce cuando el juez verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, puede imputarse al sujeto un deber limitado de conocer un riesgo específico, la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo y la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de dicho riesgo o en la no afectación del interés protegido¹⁷.

valoraciones sociales resultan o no acertadas". RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 347.

- 16 Siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, CORCOY BIDASOLO critica este postulado por las siguientes razones: "[E]l 'inequívoco sentir social', por el que se atribuye el dolo, ni es inequívoco ni se puede determinar si es 'social', es decir, democrático, en cuanto expresa el sentir de la mayoría, o si, por el contrario, es mediático. Y, aun cuando verdaderamente existiera un 'sentir social', es muy difícil saber cuál es y, por lo demás, de saberlo, va a estar determinado por los conocimientos que llegan a la sociedad sobre la verdadera naturaleza de los hechos". RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 341, citado por MIRENXXU CORCOY BIDASOLO, "Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica", en *Ius et Veritas*, n.º 58, Lima: mayo del 2019, pp. 78 y 79. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffu2MB>>.

- 17 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determi-*

Puede advertirse que, para un sector de la doctrina, en realidad el dolo es un "deber de conocimiento", y que su probanza consiste en un juicio de adscripción de conocimiento, esto es, lo que el sujeto "debió conocer" sobre la capacidad de su comportamiento en el caso concreto. El dolo, entonces, debe ser entendido como la atribución de conocimiento de un comportamiento con capacidad concreta de realizar el tipo penal, pero este conocimiento no se prueba hurgando en la mente del sujeto, sino valorando todas las circunstancias que acompañan al hecho acontecido y las capacidades personales del sujeto para, a partir de ahí, atribuir de manera inequívoca que el sujeto conoció o debió conocer el riesgo concreto de realización del tipo de injusto.

Para determinar si un sujeto debía conocer o no la aptitud de su comportamiento para realizar el tipo es necesario remitirnos al concepto de probabilidad. Si de la valoración de las circunstancias del hecho era altamente probable que el comportamiento del autor provocara un resultado concreto —esto es, era apto para provocarlo—, entonces podemos decir que le era exigible al autor conocer dicha aptitud¹⁸, pero, nuevamente,

nación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos, ob. cit., p. 335.

- 18 Del mismo parecer es CORCOY BIDASOLO, quien señala: "Objeto del dolo es, pues, la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo, ya que estos no pertenecen al injusto. Cuestión diferente es que el conocimiento del riesgo típico implica el conocimiento de su idoneidad para producir un determinado

no debemos entender a la probabilidad como la verificación de representación interna del sujeto, sino como valoración objetiva de lo que el sujeto debía representarse.

SABIA USTED QUE

Bajo la concepción cognitiva-normativa del dolo, lo que se debe demostrar son los hechos objetivos e indicadores que nos den la rayana certeza de que el sujeto tuvo el conocimiento concreto del riesgo típico. Entonces, el juez penal, mediante un juicio de adscripción, construye el conocimiento del sujeto sin adentrarse en su fuero interno —nada más difícil podría exigírsele—, sino valorando las características objetivas que rodean al hecho concreto.

Sobre la existencia de dolo en la conducta del agente, GRECO señala:

PENAL • PROCESAL PENAL • PENAL
[P]ara que pueda hablarse de dolo, el autor tiene que actuar con un conocimiento tal que detente el dominio sobre aquello que realiza, o sea que, al menos parcialmente, el dolo acaba por convertirse en una cuestión de tipo objetivo: el autor debe conscientemente crear un riesgo de tal dimensión que la producción del resultado pueda considerarse algo que él domina. Lo anterior significa que, en principio, es correcta la teoría de la probabilidad¹⁹.

resultado y que, por consiguiente, si se conoce el riesgo pero no su idoneidad, no hay dolo respecto del resultado". CORCOY BIDASOLO, "Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica", art. cit., p. 74.

19 GRECO, Luis, "Dolo sin voluntad", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 88, Medellín: enero-junio del 2017, pp. 30 y 31.

Hasta aquí la teoría cognitiva-normativa del dolo (abordado siempre como categoría de la imputación subjetiva) ha demostrado su capacidad de rendimiento y funcionalidad en el proceso penal.

Por otro lado, cabe mencionar las propuestas en las que se hace un serio esfuerzo por desprender al dolo de todo dato subjetivo. Por ejemplo, los planteamientos desarrollados por PAWLIK²⁰ o PÉREZ BARBERÁ²¹, quienes se toman en serio la normativización del dolo, refieren que este ya ni siquiera estaría compuesto por el conocimiento, sea como estado mental o como atribución. Para estos autores, el dolo es entendido como una especial forma de reproche que se hace al comportamiento grave de un sujeto que pudo haber sido previsto por este. De ahí que afirmen también que el dolo es una propiedad que describe a un hecho definido por las circunstancias privilegiadas que la acompañan, luego, sería incorrecto hablar de personas que actúan con dolo, lo correcto sería hablar de "hecho doloso"²².

20 PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, ob. cit., p. 152.

21 Así se desprende de esta rotunda afirmación: "[D]olo' no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, etc. Ninguno de esos estados mentales es el dolo". PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en Derecho*, año I, n.º 1, Buenos Aires: diciembre del 2012, p. 184. Recuperado de <<https://bit.ly/390n5xG>>.

22 PÉREZ BARBERÁ, "Dolo como reproche. Hacia

PÉREZ BARBERÁ refiere que dolo es el reproche objetivo a la acción “que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento”; mientras que la imprudencia es el reproche objetivo a la acción “que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar *ex ante* una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento”²³. Bajo esta concepción, la hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y de ese dato lo que se infiere, en términos objetivos, es que la realización del tipo aparece como altamente probable. Frente a ello “cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso”²⁴.

Como puede observarse, esta “objetivación del dolo” traería notables consecuencias no solo para los propios conceptos de dolo, imprudencia, error de tipo, etcétera, sino en la estructuración misma de la teoría del delito, pues no habría motivo alguno para seguir manteniendo las típicas clasificaciones

de “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”²⁵. Por consiguiente, también se daría un giro en cuanto al aspecto probatorio, ya sea por indicios o indicadores.

Por nuestra parte, esta última postura, aunque resulta bastante original y sugerente, no termina de convencernos, a pesar de que se cuida de desterrar todo sesgo ontológico —como el conocimiento y la voluntad— de un concepto netamente normativo, como lo es el dolo. No obstante, bajo una concepción cognitivo-normativa, debemos entender que el dolo no es un conjunto de hechos a demostrar²⁶, ni tampoco el conocimiento como estado mental *per se* que se tenga de los hechos. No son estos datos ontológicos los que lo fundamentan, tan solo le sirven como referencia para, a partir de aquellos, realizar una valoración y atribuir sentido a un comportamiento²⁷.

el abandono de la idea de dolo como estado mental”, art. cit., p. 181.

23 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 648.

24 PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, art. cit., p. 209.

25 PÉREZ BARBERÁ afirma de manera categórica que su propuesta ha de tener repercusiones, tanto sistemáticas como materiales, fuera de la dogmática referida estrictamente al concepto de dolo. Entre las primeras (sistemáticas), la más importante tal vez sea la conveniencia de abandonar la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo y reemplazarla por la de tipo de explicación y tipo de imputación. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, ob. cit., p. 818.

26 HRUSCHKA sostiene: “Debemos abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus ‘componentes’ son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ob. cit., p. 195.

27 Resulta oportuna la crítica que realiza ORTIZ DE URBINA a la propuesta de PÉREZ BARBERÁ.

3. Concepto de imprudencia

Seguimos también un concepto normativo de imprudencia, entendida preliminarmente como “infracción de una norma de cuidado”. A partir de este precepto se extraen los elementos que la estructuran: deber objetivo y subjetivo de cuidado. CORCOY BIDASOLO señala que la norma de cuidado es una norma penal y, como tal, está prevista en los tipos penales. El deber de cuidado, tanto objetivo como subjetivo, no es en sí mismo una norma penal, sino una de las formas posibles en que se puede realizar la conducta para que esta sea correcta²⁸.

Así, señala que “un enfoque normativista coherente puede basarse en elementos empíricos e incluirlos como parte integrante de sus conceptos: lo único que no puede hacer es considerar que la realidad fáctica obliga a definir de una concreta manera un concepto”. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Inigo, “Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013, p. 384. Recuperado de <<https://bit.ly/2UHuiAK>>. Se suma a la crítica MANRIQUE PÉREZ, quien “no encuentra dificultades especiales en caracterizar al dolo como un fenómeno mental específico (conocimiento, voluntad, etc.)”. En su opinión, “los estados mentales son supervinientes respecto de fenómenos físicos neuronales y, por esa razón, la caracterización del dolo como fenómeno mental no compromete necesariamente con una reducción naturalista”. MANRIQUE PÉREZ, María L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013, pp. 409 y 410. Recuperado de <<https://bit.ly/3pN4BGO>>.

28 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., reimpr., Buenos Aires: B de F, 2020, p. 201.

Cuando hablamos de delitos imprudentes, debemos entender a la norma de cuidado como aquella norma penal que regula a los tipos imprudentes. A partir de aquí se desglosa en una parte objetiva y subjetiva. En un primer momento, se debe analizar la parte objetiva del tipo, que está conformada por la infracción del “deber objetivo de cuidado”, entendido como aquellas reglas que determinan las formas adecuadas en que se deben realizar comportamientos para evitar lesionar un objeto de protección. Así, RODRÍGUEZ DELGADO refiere que el deber objetivo de cuidado es el factor dinámico del tipo imprudente, pues se ajusta a los cambios sociales, lo que no sucede con la norma de cuidado (prevista en cada tipo penal)²⁹.

Para verificar si se ha infringido el deber objetivo de cuidado, deben analizarse las denominadas “reglas técnicas” o “reglas generales de conducta”, que básicamente tienen su origen en leyes, reglamentos, en la *lex artis* e incluso, ante la ausencia de reglamentación específica para un determinado ámbito de actuación, en las reglas de la experiencia, usos y costumbres del ámbito de la vida social³⁰. Cabe señalar, sin embargo,

29 RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Lima: Grijley, 2013, p. 133.

30 Precisa CORCOY BIDASOLO que las reglas generales de cuidado —“reglas técnicas”— son, únicamente, uno de los posibles contenidos del correspondiente deber objetivo de cuidado. Estas reglas técnicas expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad

conforme ilustra CORCOY BIDASOLO, que la infracción de una regla general de cuidado no implica, *per se*, la infracción del deber objetivo de cuidado y, *a contrario sensu*, que la observancia de la regla general de cuidado no impide la posibilidad de infringir, pese a todo, el deber objetivo de cuidado³¹.

En un segundo momento, se debe analizar la parte subjetiva del tipo, que está conformada por la infracción del “deber subjetivo de cuidado”, entendido como la cognoscibilidad de la posibilidad de realización del riesgo típico, es decir, aquello que a un sujeto le es exigible conocer en tanto pudo hacerlo³².

Según CORCOY BIDASOLO, “el deber subjetivo de cuidado, como elemento del tipo subjetivo imprudente, exige para su determinación la delimitación”—por arriba, respecto del dolo, y, por abajo, respecto de la ausencia de tipo

subjetivo— “del conocimiento que le es exigible al sujeto sobre la posibilidad de realización típica que supone su conducta”³³.

Entendida la imprudencia de esta manera, se puede concluir que también lleva intrínseca una cuota de conocimiento sobre la posibilidad de acontecimiento del riesgo. Por ende, surge en seguida la siguiente pregunta: ¿en qué situaciones el tener conocimiento es entendido como imprudencia y en qué otras como dolo?³⁴ Importante es diferenciar planos, para no incurrir en confusiones e inconsistencias internas. Cuando hablamos de dolo, nos referimos a aquel conocimiento inequívoco de que el comportamiento típico es idóneo para provocar un concreto resultado lesivo o poner en peligro un bien jurídico³⁵, no así en la imprudencia, en cuyo caso el conocimiento se limita a

PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

de que una acción de ese tipo lesione un bien jurídico. Su fundamento jurídico puede ser la ley, los reglamentos (de toda clase, incluyendo órdenes, instrucciones, etc.), los principios jurisprudenciales y/o los usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, ob. cit., p. 201.

31 Vid. CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, art. cit., p. 81.

32 Por su parte, CORCOY BIDASOLO refiere: “La cognoscibilidad ha de entenderse como exigibilidad del conocimiento del peligro, que se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y su capacidad”. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, ob. cit., p. 233.

33 *Ibid.*, pp. 218 y 219.

34 Precisa PUPPE que el reconocimiento de que el dolo y la imprudencia son conceptos valorativos exige asimismo una determinación concluyente de los hechos que son objeto de valoración, precisamente por razones semánticas. Estos hechos no son solo indicios para la valoración, sino que son partes integrantes de su sentido. PUPPE, Ingeborg, *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 315.

35 En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA señala: “El autor habrá de haber conocido, por tanto, que su comportamiento creaba un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y que este—el riesgo— se podía concretar en el resultado lesivo”. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”, art. cit., p. 103.

la infracción del deber de cuidado que genera la “posibilidad” de provocar un riesgo típico, lo que no implica tener certeza de generar un resultado lesivo o puesta en peligro de un bien jurídico, tan solo la representación muy genérica de la posibilidad de que aquello ocurra. En definitiva, el conocimiento en el dolo abarca la alta probabilidad de provocar el concreto resultado de lesión o puesta en peligro, en tanto que el conocimiento en la imprudencia solo abarca la infracción del deber de cuidado, no del resultado ni puesta en peligro³⁶.

A todo ello, cabría preguntarse algo más: ¿qué papel juega el resultado en el delito imprudente? Definitivamente debe acontecer un resultado lesivo, de lo contrario, salvo se trate de un delito de mera actividad, muy difícilmente podría hablarse de un hecho delictivo imprudente. No obstante, el resultado en estos delitos depende ya en sí mismo

del azar: el comportamiento imprudente *ex ante* se agota en la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. Por ello, coincidimos con MIR PUIG cuando sostiene:

Hay que tener en cuenta que, hasta que no producen un resultado lesivo, las conductas imprudentes carecen de la más inequívoca tendencia lesiva de las acciones dolosas, y que no se reconocen más que por señales exteriores insuficientes que no permiten apreciar circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, circunstancias en las que tal vez se basa acertadamente la opinión del sujeto de que su conducta se halla bajo su control³⁷.

Por su parte, SÁNCHEZ MÁLAGA añade un elemento para diferenciar los casos dolosos de los imprudentes: la “imposibilidad de confiar racionalmente en la no afectación del interés protegido”. Este autor señala que procederá la imputación imprudente cuando exista un deber de conocimiento del riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo (entendida como cognoscibilidad) y la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, en virtud de la ocurrencia de un defecto de conocimiento³⁸.

A todo esto, ¿es correcto discutir sobre una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia? O, por el contrario,

36 MOLINA FERNÁNDEZ es crítico de esta diferenciación. Basándose en la “paradoja sorites”, este autor refiere: “Para una probabilidad definida, sea cual sea, el sujeto conocerá el peligro del resultado exactamente en esa proporción. Por eso en el llamado dolo de consecuencias necesarias admitimos una imputación plena del resultado: porque la probabilidad es máxima. Pero es imposible distinguir exactamente entre dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, de la misma manera que lo es entre este e imprudencia consciente grave o entre esta y la imprudencia consciente leve. Todos estos términos expresan categorías discretas en un continuo”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 732.

37 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016, p. 305.

38 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., p. 444.

¿se trata de una escala cuantitativa de grados de conocimiento que el juzgador debe valorar? Esta interrogante no es baladí, puesto que todos los esfuerzos dogmáticos por encontrar una diferencia entre ambas categorías han quedado en solo eso, en esfuerzos. Personalmente, no tenemos una respuesta categórica para determinar el criterio exacto para delimitar casos de dolo e imprudencia, pues, al tratarse de institutos normativos —como hemos expuesto hasta aquí— situados cualitativamente en el mismo nivel de imputación subjetiva, solo puede esbozarse una diferenciación cuantitativa. Pero justo ahí es donde surgen los verdaderos problemas, pues, a pesar de realizar elaboradas construcciones dogmáticas, el reto de la casuística judicial es identificar y trazar claramente la línea exacta que divide los casos concretos de dolo e imprudencia, lo que hasta ahora parece un problema irresoluble³⁹.

39 No resulta descabellada la reflexión de PUPPE, quien afirma que estamos lejos de tener un procedimiento para determinar el dolo o la imprudencia que sea generalmente aplicable y sin ambigüedades y a la vez que haga superflua la cuestión del significado del dolo y la imprudencia. PUPPE, “Sobre el dolo eventual y su prueba”, art. cit., p. 80. Una mordaz crítica la encontramos en MOLINA FERNÁNDEZ, quien refiere: “[A]lgunos de los problemas más debatidos en la dogmática penal que tienen que ver con delimitación de conceptos, como la que se refiere a la distinción de dolo e imprudencia, responden a un patrón común, que es el que permite explicar que hasta ahora ninguna de las soluciones propuestas haya resultado satisfactoria ni parezca que alguna pueda serlo, y este patrón es que se trata de conceptos referidos a situaciones graduales, en las que es imposible establecer límites defini-

IMPORTANTE

En un concepto normativo de imprudencia, esta es entendida como “infracción de una norma de cuidado”. A partir de este precepto se extraen los elementos que la estructuran: deber objetivo y subjetivo de cuidado. El primero es entendido como aquellas reglas que determinan las formas adecuadas en que se deben realizar comportamientos para evitar lesionar un objeto de protección. El segundo es la cognoscibilidad de la posibilidad de realización del riesgo típico, es decir, aquello que a un sujeto le es exigible conocer en tanto pudo hacerlo.

Hasta aquí la aproximación fotográfica del sistema de imputación subjetiva en el sistema de corte continental. Al inicio señalamos que la ignorancia deliberada se trata de una institución extrapolada del *common law* y que se ha forzado su inclusión en nuestro sistema —casi como elefante en cacharrería— como una novedosa categoría de la imputación subjetiva. Pues bien, en lo sucesivo desarrollaremos de manera propedéutica el contenido de esta figura, pero antes resulta oportuno realizar un breve excursus sobre la teoría de la *willful blindness*. Vamos a ello.

dos que sean valorativamente justificables”. MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, art. cit., p. 700.

4. Breve excursio sobre la *mens rea* y la *willful blindness*

En el *common law* la categoría análoga a la imputación subjetiva del *civil law* es la denominada *mens rea*⁴⁰. Así, para que una *offence*⁴¹ quede cubierta no solo en su faceta objetiva o *actus reus*⁴²,

debe demostrarse también una faceta subjetiva o intencionalidad del sujeto al momento de realizar su comportamiento, salvo los casos de responsabilidad objetiva o *strict liability*⁴³. Cabe precisar que la *mens rea* o *guilty mind* en el *common law* también es entendida como categoría de culpabilidad.

A diferencia de la clasificación bipartita dolo-imprudencia del *civil law*, en el *common law* existe todo un catálogo de distintas manifestaciones

40 Sobre este término, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala: "La expresión *mens rea* se convierte en un referente del estado mental que debe poseer el autor al momento de la realización del hecho, pero este estado mental puede consistir en un sinnúmero de elementos diversos que van desde la intención hasta la negligencia y que, en el sistema del *common law*, ha recibido una diversidad sustancial de nombres". FERNÁNDEZ BUDAJIR, Luis-G., *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, tesis para optar el grado académico de doctor con mención en Derecho Penal, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018, p. 153. Recuperado de <<https://bit.ly/2IUa26j>>.

41 Respecto a esta expresión, MIRÓ LLINARES indica: "El *offence principle* [...] conlleva una ampliación de lo criminalizable con respecto al *harm principle*, pero también una restricción de lo que puede constituir infracción penal en cuanto que limita la criminalización de determinadas ofensas y solo en cuanto que atienden a la sensibilidad de las personas, de forma grave (Feinberg) o conlleven una grave forma de desconsideración (Siméster y Von Hirsch)". MIRÓ LLINARES, Fernando, "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, Andalucía: 2015, p. 38. Recuperado de <<https://bit.ly/392QtUa>>.

42 Sobre este concepto, MELERO señala: "En el lenguaje jurídico norteamericano, la expresión *actus reus* no expresa solamente aquello que nosotros denominamos acción, es decir, la conducta consistente en un hacer (el *criminal act*), sino que se refiere a dicha acción calificada por los elementos que la complementan y, además, también a la omisión, el resultado, y

qualquier otra circunstancia relevante para el derecho penal". MELERO, Javier, "Calificación e interpretación en el derecho penal. (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47, n.º 2, Madrid: 1994, p. 95. Recuperado de <<https://bit.ly/36RDpOx>>.

43 Se conoce con tal denominación a un grupo de casos en los que no es necesario demostrar una faceta subjetiva del autor. Sobre los delitos de *strict liability*, OXMAN afirma: "En tales casos, suele decirse que hay una presunción de que el legislador ha creado una figura penal en donde no es necesario que la acusación pruebe la existencia de ningún tipo de imputación subjetiva, siendo suficiente con la acreditación de la realización de causalidad entre la acción y el daño prohibido por la norma". OXMAN, Nicolás, "Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón", en *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 1, Talca: 2013, p. 181. Recuperado de <<https://bit.ly/3fhF9Va>>. Por su parte, SÁNCHEZ MÁLAGA advierte que el desarrollo de esta problemática en el derecho penal inglés es el espejo de lo que podría ocurrir en el derecho penal continental si llevamos el proyecto de objetivación del dolo hasta sus últimas consecuencias. SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 123.

de la *mens rea*, esto porque no hay en la práctica un derecho penal general aplicable a todos los estados, sino que cada uno regula su ordenamiento conforme a reglas específicas. A pesar de ello, después del proyecto de Código Penal Modelo (CPM), se propuso seguir una clasificación de cuatro manifestaciones, a saber: *intention* (intención), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (desconsideración) y *negligence* (negligencia). Aunque no todos los estados la han aplicado a cabalidad, la mayoría sí que se adhiere a esta clasificación.

En relación con la *intention*, como primera manifestación de la *mens rea*, en algunos estados se conoce también como *purpose* (propósito) y está referida básicamente a la intención o finalidad del sujeto en provocar el resultado de su comportamiento⁴⁴. BERNAL DEL CASTILLO considera que “la intención es asimismo una forma de culpabilidad propia en los delitos más graves (*serious crimes*). De igual forma, aunque no se exprese, la intención es elemento necesario de los *crimes of attempt* (tentativa de delito)”⁴⁵.

La segunda manifestación de *mens rea* es la *knowledge* o conocimiento de que el comportamiento desplegado es apto para provocar el resultado lesivo⁴⁶.

Para FERNÁNDEZ BUDAJIR, existe una diferencia fundamental entre el conocimiento (*knowledge*) y el propósito (*purpose*):

La diferencia estricta entre el conocimiento (*knowledge*) y el propósito (*purpose*), estará en que mientras el propósito exige que la causación del resultado sea el objetivo consciente del autor (entendido este como un deseo positivo de materialización), el conocimiento sólo exigirá una conciencia casi exacta de que el resultado se realizará, independientemente de que este haya sido o no su deseo u objetivo⁴⁷.

La tercera manifestación de *mens rea* es la *recklessness*, entendida esta como el estado mental en que se actúa pese a existir una alta probabilidad de que acontezca el resultado lesivo. Al respecto, OXMAN señala: “En este modelo, la *desconsideración o recklessness constituye el nivel de atribución de imputación subjetiva por defecto*, es decir,

44 Según FERNÁNDEZ BUDAJIR, “se entiende que una persona actúa a propósito (*purpose*) respecto a una determinada conducta o un resultado cuando es su objetivo consciente involucrarse en esa conducta o causar dicho resultado”. FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 113.

45 BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier, 2011, p. 134.

46 Para algunos autores esta manifestación no va dirigida a los elementos objetivos del tipo. En este sentido, SÁNCHEZ MÁLAGA sostiene que “existen otros estados mentales —como el conocimiento (*knowledge*)— que las normas y cortes inglesas suelen exigir que mantenga un vínculo de correspondencia con las circunstancias del delito”. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, ob. cit., p. 123.

47 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 114.

la forma básica dentro de las categorías de imputación subjetiva⁴⁸. En general se puede apreciar, tanto en la doctrina de los tribunales como en la doctrina científica, una definición de *recklessness* construida en torno a tres criterios complementarios. En primer lugar, la advertencia del riesgo en el momento de realizar la acción. El segundo elemento es la advertencia de un riesgo de cualquier clase; de forma que cualquier riesgo, si es advertido, aunque sea leve, es suficiente para apreciar un mínimo de imprudencia. El tercer elemento es la percepción que el autor del delito tiene de que el riesgo advertido no sea injustificado e irracional⁴⁹.

Siguiendo a ROBINSON, FERNÁNDEZ BUDAJIR expone la diferencia fundamental entre la desconsideración y el conocimiento:

La estricta diferencia que existe entre la desconsideración y el conocimiento, de esta forma, radica en el distinto grado de riesgo percibido por el autor, es decir, mientras que para que se atribuya conocimiento (*knowledge*) al autor el riesgo percibido por este, respecto de la materialización del resultado, debe ser un grado casi cierto o prácticamente cierto, mientras que en la desconsideración (*recklessness*) este riesgo solo debe ser sustancial⁵⁰.

48 OXMAN, "Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón", art. cit., p. 148.

49 ROBINSON, Paul, "Mens rea", p. 13, citado por BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, ob. cit., p. 139.

50 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal*

La última categoría de la *mens rea* es la *negligence*: "una persona actuará negligentemente (*negligently*) con respecto a un elemento material del delito cuando debe estar consciente de un riesgo sustancial o injustificable de que el elemento material existe o resultará de su conducta"⁵¹. La admisión de la negligencia como forma de culpabilidad indica un proceso de modificación del concepto clásico de la *mens rea* como *state of mind*—en ese sentido, psicologista tradicional del derecho anglosajón—y la introducción de criterios normativos en las formas de culpabilidad, en concreto, el estándar de la previsibilidad que hubiera adoptado un hombre razonable⁵².

A estas cuatro formas de *mens rea* que hemos mencionado se ha adherido una categoría distinta que a primera vista no encuadra cabalmente con ninguna de ellas: la *willful blindness*, que, en la casuística propia del *case law*, se ha venido aplicando de manera progresiva en aquellos supuestos en los que un sujeto decidió no conocer aquello que le era posible hacerlo.

Respecto a este añadido, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala:

La doctrina de la *willful blindness* establece que, si a un autor se le despiertan sospechas de la presencia de una circunstancia inculpativa concurrente y, deliberadamente, evita confirmar sus sospechas o descubrir

law, ob. cit., p. 115.

51 *Ibid.*, p. 116.

52 BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, ob. cit., p. 140.

la verdad sobre la presencia de dicha circunstancia, se le atribuye el conocimiento del hecho incriminatorio⁵³.

¿SABÍA USTED QUE?

El conocimiento en el dolo abarca la alta probabilidad de provocar el concreto resultado de lesión o puesta en peligro, en tanto que el conocimiento en la imprudencia solo abarca la infracción del deber de cuidado, no del resultado ni puesta en peligro.

Los antecedentes de la doctrina de la *willful blindness* los encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para el caso *Spurr vs. United States* de 1899, pero no es sino hasta la década de los setenta que comienza a desarrollar mayor notoriedad esta doctrina. Un caso representativo es *United States vs. Jewell* (1976), en el que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito hace referencia directa al CPM. De acuerdo con la sentencia, la ignorancia deliberada y el conocimiento efectivo son igualmente culpables. En ese sentido, “actuar con conocimiento no es únicamente actuar con conocimiento efectivo, sino también actuar con la consciencia de una alta probabilidad de la existencia del hecho en cuestión”. Se señala también que cuando el acusado es consciente de hechos que indican una alta probabilidad de la ilegalidad, pero a propósito no investiga por el deseo de

permanecer ignorante, tiene entonces conocimiento de la ilegalidad⁵⁴. Después de esta, se emitieron muchas ejecutorias en distintos sentidos, aunque la tendencia parece —con matices— seguir los lineamientos definidos en la sentencia *Jewell*⁵⁵.

A nuestro parecer, el intento de encuadre de la *willful blindness* con alguna categoría específica de la *mens rea* siempre generará tensión, sea que se le vincule con una u otra⁵⁶. De hecho, la sola

54 SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit., pp. 254 y 255.

55 Una concepción distinta de la ignorancia deliberada se muestra en el caso *United States vs. Heredia* (2007), en el que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que el término “conocimiento” no está limitado al conocimiento positivo, sino que incluye el estado mental de una persona que conscientemente ha evitado adquirir el conocimiento. SÁNCHEZ MÁLAGA, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, ob. cit.

56 Resulta ilustrativa la metáfora que describe LUBAN: ¿Por qué tenemos tanta dificultad para decidir cuán culpable es realmente la ignorancia deliberada? El gran zorro astuto, que aspira a hacer el mal y estructura su propia ignorancia simplemente para preparar una defensa, tiene el mismo nivel de culpabilidad que cualquier otro delincuente intencional, el nivel más alto, en el esquema del Código Penal Modelo. El avestruz deshonesto, que no quiere saber qué está haciendo mal, pero que lo haría incluso si lo supiera, parece encajar con precisión en la equivalencia del *common law* de la ignorancia deliberada con el conocimiento. Por definición, su culpa no cambia, lo sepa o no, porque su comportamiento no cambiará. Y el avestruz medio honesto, que no hará nada malo si lo sabe, pero preferiría no saberlo, se encuentra en un estado de evitación consciente de un riesgo sustancial e injustificable de cometer

53 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 151.

presencia de la *willful blindness* genera problemas. El primero es la dosificación del castigo. Así, con base en la presunción de que aquel que no quiso conocer aquello que podía y debía conocer debe ser castigado con la misma severidad que aquel que efectivamente conoció, en la práctica se equiparán casos de ignorancia—desconocimiento— con casos de *knowledge*—conocimiento—. El segundo es de clasificación, pues, como lo hemos señalado, la *willful blindness*, como concepto normativo, estructuralmente no guarda identidad exacta con ninguna de las manifestaciones de la *mens rea*. Ello ha llevado a que se fuerce esta figura y en algunos casos se la ha equiparado a la *knowledge* y en otras a la *recklessness*, es decir, se utiliza a la *willful blindness* a manera de comodín, como un estado mental que permite acreditar un estado mental distinto.

OXMAN considera que los casos de *willful blindness*, antes que adherirse a la categoría de la *recklessness*, serían formas de *knowledge*. Así, este autor afirma que “el CPM derechamente optaría por la última, es decir, como una forma de conocimiento, indicando que este se satisface con la *constatación de la existencia de una alta probabilidad de su concurrencia*”⁵⁷. Pero el adherir la

un delito, precisamente la definición de imprudencia del Código Penal Modelo. LUBAN, David, “Contrived ignorance”, en *Georgetown Law Journal*, n.º 87, Washington D. C.: 1999, p. 969.

57 OXMAN, “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, art. cit., p. 165.

willful blindness a la *recklessness* resultaría más respetuosa de las garantías penales y procesales, máxime si entendemos que, por más voluntaria que pueda resultar la ignorancia, esta sigue siendo eso: ignorancia. Ergo, mal se haría en equiparar el tratamiento del desconocimiento con el conocimiento. Este “salto con garrocha” está vedado por el principio de culpabilidad. Y es que no se puede utilizar de manera conveniente y antojadiza a la *willful blindness*, esto es, señalar que conceptualmente se aparenta con la figura de la desconsideración, afirmar que se trata de ignorancia, pero darle un tratamiento de conocimiento. Ello es una evidente inconsistencia interna.

Sobre la naturaleza de la *willful blindness*, FERNÁNDEZ BUDAJIR señala:

La *willful blindness* no deja de ser una doctrina complicada. A pesar de ser un concepto con un alto contenido normativo no se erige como un estado mental propio de un sistema de imputación subjetiva, es decir, no es un *mens rea* sino una herramienta que permite a los tribunales inferir el *mens rea* del conocimiento, y sustituirlo cuando exista abrumadora evidencia de que el imputado de manera intencional y deliberada evitó la adquisición del conocimiento o permaneció en un estado de ignorancia⁵⁸.

Este problema que existe en el *common law* ha sido exportado de manera irreflexiva al sistema continental. Si ya en aquel se tiene complicaciones en ubicar a la *willful blindness* en alguna de las

58 FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, ob. cit., p. 339.

tantas manifestaciones de la *mens rea*, en el sistema continental este problema se agrava, puesto que existe solo una clasificación bipartita de imputación subjetiva. Los intentos de aplicar esta teoría foránea han resultado en adaptaciones forzadas, que, si bien parecieran haber dado solución a un grupo de casos, cuando se realiza un análisis más profundo, este triunfo aparente termina opacándose y sale a luz que las garantías penales y procesales han sido infringidas. Veámoslo.

¿SABÍA USTED QUE?

A diferencia de la clasificación bipartita dolo-imprudencia del *civil law*, en el *common law* existe todo un catálogo de distintas manifestaciones de la *mens rea*. Allí, por lo general, se sigue una clasificación de cuatro manifestaciones, a saber: *intention* (intención), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (desconsideración) y *negligence* (negligencia).

5. Concepto de ignorancia deliberada: una delgada y tórrida zona gris

La *willful blindness* se ha extrapolado al sistema continental con la denominación de “ignorancia deliberada”. En esencia, el concepto es el mismo, el problema es que en este ordenamiento el encuadre de esta teoría es mucho más forzado que en el *common law*. La tendencia mayoritaria es equipararla con casos de dolo eventual, no obstante, esta equiparación no debe efectuarse de

manera automática, es menester realizar un análisis más profundo y ver el parentesco que también tiene esta teoría con la imprudencia.

Hemos señalado que el dolo debe ser entendido como atribución de conocimiento, por lo tanto, si se quiere equiparar a la ignorancia deliberada con casos dolosos, debe encontrarse la interpretación exacta que, a manera de equivalente funcional, permita adaptar esta teoría de manera coherente. Por el contrario, si se quiere equiparar a la ignorancia deliberada con casos de imprudencia, debe hallarse la forma de que no se recurra artificialmente a esta teoría para eludir responsabilidades y generar impunidad⁵⁹. No se descarta llegar a formulas intermedias o híbridas, de tal manera que la ignorancia deliberada abarque tanto supuestos de dolo como imprudencia, todo esto siempre encontrando el equilibrio entre principialismo y consecuencialismo.

En este estadio, vale la pena remitirnos a los postulados de JAKOBS:

[L]a culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al derecho; este déficit puede ser

59 Así también parece advertirlo RAGUÉS I VALLÈS, quien refiere que, para quienes parten de la premisa de que el dolo exige conocimiento, la ignorancia deliberada se presenta como una más que probable laguna legal, en la medida en que la única respuesta que la ley prevé para ella es la impunidad o, a lo sumo, el castigo propio de la imprudencia. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 130.

inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto. En la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión⁶⁰.

En efecto, para el profesor de la Universidad de Bonn, una forma de entender al dolo es mediante la indiferencia. ¿Cuándo existe indiferencia? JAKOBS nos responde:

[E]xiste indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses. Estos intereses, por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses⁶¹.

Pero ¿por qué nos remitimos a la “indiferencia” cuando se está intentando encontrar un encuadre de la ignorancia deliberada al sistema de dolo? Una respuesta tentativa sería que, si la indiferencia —como posible modalidad de dolo— es entendida como falta de interés por conocer aquellos datos que brindarían un panorama claro y completo de lo que un sujeto debe abarcar para desplegar un comportamiento, esa falta de interés lo sería respecto de datos que el propio sujeto considera irrelevantes

60 JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 347.

61 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 355.

para tomar su decisión de actuar; ergo, el dolo se encontraría completo cuando el sujeto ya abarcó los datos mínimos y necesarios para decidir actuar en un determinado sentido⁶². Ese parece ser el razonamiento de JAKOBS, quien afirma:

El autor indiferente define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de su decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente⁶³.

De lo referido, queda la impresión de que el recurso a la indiferencia como una suerte de ceguera ante los hechos encuadra con un concepto cognitivo-normativo de dolo. Así, si un sujeto conoce datos mínimos que le resultan suficientes para actuar de manera ilícita, no será necesario que el sujeto abarque hasta el mínimo detalle y precisión las circunstancias que rodean el hecho. De tal manera, si le son indiferentes tales detalles, esto no cambia el sentido de su comportamiento, que deberá ser

62 OXMAN refiere que la denominada ignorancia deliberada puede ser reinterpretada como una indiferencia consciente frente a un riesgo evidente presente al momento de la acción. Este puede imputarse a título de dolo si existía un deber de advertencia, neutralización o abstención de la conducta que desencadena el peligro. OXMAN, Nicolás, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, en VIDALES RODRÍGUEZ, Katy (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 398.

63 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 354.

calificado como dolo. Por su parte, PÉREZ BARBERÁ también refiere que algunos casos de ceguera ante los hechos podrían ser calificados como dolosos “aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión”⁶⁴. También RAGUÉS I VALLÈS parece enlistarse en este razonamiento, cuando señala:

En aquellos casos de indiferencia grave en los que el sujeto persigue beneficiarse de su estado de ignorancia sin asumir riesgos propios y eludiendo responsabilidades, se aprecia una necesidad cualificada de pena por dos grandes razones: en primer lugar, porque un tratamiento privilegiado de tales actuaciones socavaría la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico, al observar cómo quien ha tratado de eludir artificiosamente la norma penal se ve beneficiado por ello. Y, en segundo término, porque si semejantes casos quedan en la impunidad, la pena estará dejando de cumplir su función de provocar el fracaso del delincuente en situaciones en las que, sin embargo, este habrá alcanzado su propósito criminal. Además, con la impunidad en tales casos se dirigirá a la ciudadanía el mensaje —ciertamente poco recomendable— de que en determinadas circunstancias peligrosas para terceros resulta más aconsejable inhibirse que preocuparse⁶⁵.

Así, más allá de si el dolo es o no querer, lo cierto es que ese querer no puede ser acreditado en el proceso penal y, por ende, para efectos de un derecho

penal de acto (que proscribe la sanción de los pensamientos y deseos internos), el dolo debe exteriorizar el conocimiento de los hechos objeto de la acción o bien una indiferencia que pueda ser objetivamente entendida como la exteriorización del conocimiento, porque lo que resulta indiferente supone e implica ya un nivel de conocimiento⁶⁶.

Otra razón que abona a quienes defienden a la ignorancia deliberada como dolo es la similitud estructural que tiene con la *actio libera in causa*. En esta última, el sujeto, tras haber desencadenado el estado defectuoso (*actio praecedens*) para cometer el delito o pudiendo prever que lo cometería en un momento de imputabilidad (*causa libera*), es decir, tras haberse hecho perder su capacidad de culpabilidad, lleva a cabo un hecho antijurídico (*actio subsequens*)⁶⁷. Sucede algo muy parecido con la ignorancia deliberada, donde, pese a que el sujeto provoca su estado de déficit cognitivo para cometer un hecho ilícito, existen motivos para mantener intacta su responsabilidad dolosa⁶⁸.

64 PÉREZ BARBERÁ, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, p. 208

65 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., pp. 186 y 187.

66 OXMAN, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, art. cit., p. 388.

67 MARTÍN LORENZO, María, “Caso del Chapista”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 2011, p. 414.

68 Así, CORCOY BIDASOLO refiere que serán dolosos los “supuestos de *actio libera in causa* en los que el sujeto desconoce el riesgo en el momento en que este se produce porque previamente se ha colocado ‘dolosamente’ en situación de no advertirlo”. CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, art. cit., p. 80.

Incluso quienes ven al dolo desde una óptica objetivada parecen encuadrar a la ignorancia deliberada en este. Así, PÉREZ BARBERÁ sostiene que la razón por la cual un autor que no ha obrado con conocimiento o representación efectivos de alguna circunstancia típica pueda igualmente ser condenado por dolo no reside en que se le atribuye objetivamente un conocimiento o representación que no ha tenido, sino en que dicha falta de conocimiento o de representación —por razones normativas vinculadas a estándares objetivos de racionalidad— se considera irrelevante para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda el reproche doloso⁶⁹.

Las voces que atisban a la ignorancia deliberada como dolo son muchas, por ello, basta con remitirnos al magnífico trabajo de RAGUÉS I VALLÈS, quien refiere que la ignorancia deliberada debe contar con los siguientes elementos:

De una opinión similar es CORTÉS LABADÍA. Para este autor, al fin y al cabo, nos hallamos ante supuestos de *actio libera in sua causa* o dolo por asunción, donde el sujeto manifiesta una indiferencia que lleva a un conocimiento *sui generis* de la acción delictiva y sus consecuencias y a una aceptación del resultado. De esta manera, se introduce en el ámbito del dolo eventual. CORTÉS LABADÍA, Juan Pablo, "La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico", en *La Ley Penal*, n.º 122, Madrid: septiembre-octubre del 2016, p. 3.

69 PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, ob. cit., p. 798. Por su parte, PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, ob. cit., p. 145.

a) *Ausencia de representación suficiente*: para que desde un punto de vista jurídico-penal pueda hablarse de ignorancia deliberada es necesario que, en el momento de realizar la acción u omisión objetivamente típica, el sujeto no cuente con aquellos conocimientos que permitirían afirmar que ha actuado con el grado de representación exigido por el dolo del tipo legal en cuestión⁷⁰.

b) *Capacidad de obtener la información ignorada*: solo de quien está en condiciones de conocer puede afirmarse que ha decidido ignorar deliberadamente⁷¹.

c) *Deber de obtener la información ignorada*: para hablar de ignorancia deliberada no es necesario que se incumpla un deber específico, sino que basta con la inobservancia del deber general de advertir los riesgos asociados a la realización de comportamientos potencialmente lesivos para intereses ajenos⁷².

d) *Decisión de no conocer*: esta decisión —que ha de ser voluntaria o, cuando menos, consciente— puede plasmarse tanto en acciones concretas realizadas para evitar una determinada información como en omisiones del deber de conocer⁷³.

70 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 156.

71 *Ibid.*, p. 157.

72 *Loc. cit.*

73 *Ibid.*, pp. 157 y 158.

- e) “La motivación que ha llevado al sujeto al desconocimiento”; no es lo mismo indiferencia que pereza o imprudencia.

Luego de un esfuerzo por clasificar los distintos supuestos de ignorancia deliberada, RAGUÉS I VALLÈS esboza un concepto que incluye a aquellos casos que merecen ser tratados como dolo eventual:

El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que este⁷⁴.

Por todo ello, debemos entender que, para poder incluir diferentes situaciones de ignorancia deliberada bajo el ámbito del dolo eventual, el sujeto activo debe conocer, de manera suficiente, aunque no sea al 100 %, las circunstancias y consecuencias del delito, pues en caso contrario, aunque moralmente resultase reprochable la ignorancia voluntaria del sujeto activo, no podría aplicársele pena, al no tener un conocimiento suficiente, ni por indicios, de aquello que está a

punto de realizar⁷⁵. Podemos concluir, entonces, que no todos los casos de ignorancia deliberada serán considerados como delitos dolosos, solo lo serán aquellos que lo sean en estricto sentido.

IMPORTANTE

A las cuatro formas de *mens rea* se ha adherido una categoría distinta que a primera vista no encuadra cabalmente con ninguna de ellas: la *willful blindness*, que, en la casuística propia del *case law*, se ha venido aplicando de manera progresiva en aquellos supuestos en los que un sujeto decidió no conocer aquello que le era posible hacerlo.

Hay ignorancia deliberada *stricto sensu* cuando intencionalmente el agente evita la propia obtención de los conocimientos mínimos necesarios para que se configure el dolo eventual, de tal forma que, aunque haya realizado el tipo objetivo, consigue que su actuación sea calificada como imprudente (y no dolosa), lo que le proporciona una pena más benéfica e incluso la impunidad en aquellos casos en los que la modalidad culposa es atípica⁷⁶.

Como refiere JAKOBS, en su contundente frase citada al inicio de este artículo: “¡Es tan obvio que no todo

74 *Ibid.*, pp. 192 y 193.

75 CORTÉS LABADÍA, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”, art. cit., p. 4.

76 RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 109.

desconocimiento es un error!⁷⁷. Existe más que solo desconocimiento en los casos de ignorancia deliberada, existe indiferencia, temeridad, desconsideración y un componente motivacional más que conveniente, sea obtener un provecho, sea obtener argumentos para librarse de una posible responsabilidad penal.

La ignorancia respecto de un elemento constitutivo de la infracción penal al momento de la realización de la acción, o bien un conocimiento falso o equivocado, podría configurar un error. Sin embargo, aquí se trata de supuestos en que existe algo más que la “mera ignorancia” o el “conocimiento falso”, en la medida en que se constata un compromiso del sujeto con la realización de una acción riesgosa que externamente interpretada constituye un desprecio significativo por las normas de prohibición o mandato⁷⁸.

Pese a todos estos motivos, no faltan las voces críticas a la ignorancia deliberada, que la tachan de una doctrina peligrosa o de una presunción de dolo. La mayoría de estas la cuestionan desde la óptica probatoria, pues con esta teoría se relaja la carga probatoria de la acusación o se flexibiliza la motivación judicial. Incluso se le critica promover una inversión de la carga de la prueba. A todas estas críticas no les falta razón, pues hasta donde se ha señalado, los

tribunales, al aplicar esta teoría, se han sentido comprometidos a vincularla a casos de dolo: la mayoría de las decisiones muestra reparos a vincularla con casos de imprudencia⁷⁹.

No es admisible efectuar una inversión de la carga de la prueba sobre ese elemento del tipo. El dolo no se puede equiparar a un mero “debía conocer y al no hacerlo, conoció”. Ello supone elaborar un sistema de presunciones *contra reo* a partir de un deber cuyo presupuesto u origen no es de común conocimiento para muchos ciudadanos, máxime si en el momento de su determinación no suele hacerse una fundamentación de los indicios que concurren⁸⁰.

Efectivamente, no todas las voces doctrinales refieren que la ignorancia deliberada debe ser asimilada con casos dolosos; hay quienes refieren que esta teoría tiene cierto parentesco con los

77 JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, art. cit., p. 349.

78 OXMAN, “Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas”, art. cit., pp. 396 y 397.

79 Razón no le falta a MIRÓ LLINARES cuando señala que lo que ha sucedido con la aparición de esta idea de la ignorancia deliberada es que algunos tribunales han encontrado en ella una forma sencilla de argumentar sobre la responsabilidad dolosa saltándose la necesidad de justificar la atribución de conocimiento, incluso en casos en los que la misma podía probarse”. MIRÓ LLINARES, Fernando, “Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna”, en *Revista Penal México*, vol. 4, n.º 8, Ciudad de México: marzo-agosto del 2015, p. 149. Recuperado de <<https://bit.ly/35OwRkp>>.

80 NAVARRO MASSIP, Jorge, “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, en AA. VV., *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Navarra: Aranzadi, 2012, p. 250.

delitos imprudentes. Esto resulta ciertamente razonable, “es preferible un concepto de ignorancia deliberada que no nos obligue a resolver estas situaciones como si todas fuesen casos de comportamientos dolosos”⁸¹. Para MONTIEL, en los casos de ignorancia deliberada, “más allá del cambio de denominación, estamos [...] ante supuestos que estructuralmente coinciden con los casos de imprudencia: falta de conocimiento de las circunstancias típicas, provocada por una acción precedente”⁸². Este argumento gana más fuerza si consideramos que, en muchos casos, el desconocimiento —aun cuando sea provocado— o un conocimiento incipiente del hecho no siempre genera la rayana certeza de la aptitud del comportamiento para provocar un concreto resultado.

Respecto a la indiferencia como modalidad de dolo, debemos mencionar que esta, a su vez, puede clasificarse en indiferencia grave y leve. Sea cual fuere, no debe obviarse que los casos de indiferencia no reflejan un conocimiento cierto del hecho ilícito, por lo que el fundamento de su castigo es que, habiendo abarcado un mínimo de conocimiento, se actúe con desconsideración

o temeridad. Distintos son los casos en que el conocimiento del sujeto abarca las circunstancias globales del hecho: en estos no se actúa con indiferencia, sino con hostilidad. De ahí que algunos autores consideren que “los actos que reflejan indiferencia deben ser castigados de manera más leve que los actos que reflejan hostilidad”⁸³.

MANRIQUE PÉREZ explica cuándo la indiferencia es grave y cuándo leve:

[H]abría indiferencia grave cuando el sujeto actúa a pesar de que tuvo una adecuada representación de que su conducta podía lesionar determinado bien jurídico. Por el contrario, habría indiferencia leve cuando el sujeto no tuvo una representación correcta de la posibilidad —o ni siquiera se le ocurrió la posibilidad— de producir esa lesión⁸⁴.

En tal sentido, la indiferencia debe entenderse también como una valoración y, por ende, puede ser graduable en dolo e imprudencia, de tal manera que solo los casos de indiferencia grave podrían asimilarse al dolo y estos —en determinados casos— a la ignorancia deliberada.

Y es que vale la pena hacer el esfuerzo de delimitar la delgada línea gris que separa los casos de dolo e imprudencia y situar a la ignorancia deliberada exclusivamente en una u otra orilla o, de ser imposible esta labor, por encontrarnos

81 MANRIQUE PÉREZ, María L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, Ciudad de México: abril del 2014, p. 183. Recuperado de <<https://bit.ly/36UmPO3>>.

82 MONTIEL, Juan Pablo, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes” en *En Letra. Derecho Penal*, año II, n.º 3, Buenos Aires: noviembre del 2016, p. 3. Recuperado de <<https://bit.ly/2IKIqk9>>.

83 MANRIQUE PÉREZ, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, art. cit., p. 174.

84 *Ibid.*, pp. 170 y 171.

ante un auténtico “sorites”⁸⁵, esbozar criterios claros que definan cuándo un caso de ignorancia deliberada —bajo determinadas circunstancias— debe ser calificado como dolo o imprudencia indistintamente. Este esfuerzo no debe obviar que “en los casos de ignorancia deliberada el agente no sabe si está realizando determinada conducta porque carece de información completa para saber y comprender aquello que está haciendo. Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de desconocimiento”⁸⁶.

Con todo, a pesar de que la ignorancia deliberada es una teoría que en el sistema continental tiene al menos una veintena de años, trae desafíos a los que la dogmática y jurisprudencia penal parecen no encontrarles una respuesta unánime, de tal manera que siempre hará ruido, sea que un tribunal resuelva en un sentido u otro. Estamos así ante un auténtico modelo para armar, un verdadero *non liquet*. Para muestra un botón: el referido caso del futbolista Messi, a quien se le condenó por un delito doloso, no encuadra con los re-

quisitos de la “ignorancia deliberada en sentido estricto” propuestos por RAGUÉS I VALLÈS. En consecuencia, a nuestro parecer, no se cumplió con los requisitos del “deber conocer” ni de la “especial motivación”, por lo que estaríamos ante un auténtico caso de delito imprudente⁸⁷. De ahí que resulte fundada la crítica de MONTIEL, quien refiere que en dicho caso “puede observarse con claridad que al olvidar los jueces la identidad estructural entre la ignorancia deliberada y la imprudencia se llega a consecuencias dogmática y político-criminalmente inconsistentes”⁸⁸.

Debe hacerse referencia también a que el “deber de conocer” no es una caja de sastre que imponga deberes omnicomprendidos. Por el contrario, estos deberes se calibran tomando en cuenta factores sociales y personales, en definitiva, tomando en cuenta la definición de “rol”. Así, por ejemplo, no se le puede imponer al socio de una determinada área de un *staff* de abogados un deber de conocer lo que acontezca en un área dis-

85 Vale recordar la advertencia de MOLINA FERNÁNDEZ sobre encontrar el exacto límite entre dolo e imprudencia, lo que considera un problema irresoluble, pues se pretende afrontar un problema gradual con términos y respuesta no graduales, o no en la suficiente medida, con lo que caen de lleno en los problemas que lleva consigo la paradoja sorites. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, art. cit., p. 741.

86 MANRIQUE PÉREZ, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, art. cit., p. 176.

87 De manera similar, MANRIQUE PÉREZ sostiene: “[P]ara afirmar que hay ignorancia deliberada, el agente debe haber tenido (y, por tanto, se debe probar) un motivo específico para mantenerse en la ignorancia. A su vez, incluso si se deja de lado esa exigencia conceptual, en el caso concreto no se ha probado que Messi decidió ignorar”. MANRIQUE PÉREZ, María L., “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Iter Criminis*, n.º 15, 6.ª época, Ciudad de México: octubre-diciembre del 2016, p. 93. Recuperado de <<https://bit.ly/37a9QrU>>.

88 MONTIEL, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes”, art. cit., p. 4.

tinta, además de que los conocimientos deben ser valorados siempre desde una vertiente *ex ante*. De ahí que mostremos nuestro reparo, junto con MONTIEL, en que en muchos casos “los jueces llev[e]n los deberes de conocimientos o deberes de diligencia a unos niveles de exigencia que difícilmente serían realizables y, por ende, exigibles”⁸⁹.

IMPORTANTE

La sola presencia de la *willful blindness* genera problemas. El primero es la dosificación del castigo. Con base en la presunción de que aquel que no quiso conocer aquello que podía y debía conocer debe ser castigado con la misma severidad que aquel que efectivamente conoció, se equiparán casos de ignorancia –desconocimiento– con casos de *knowledge* –conocimiento–. El segundo es de clasificación, pues la *willful blindness*, como concepto normativo, estructuralmente no guarda identidad exacta con ninguna de las manifestaciones de la *mens rea*. Ello ha llevado a que se la utilice a manera de comodín, como un estado mental que permite acreditar un estado mental distinto.

Siempre se va a efectuar una valoración *ex post* de que el sujeto debió conocer aspectos del comportamiento que en realidad omitió. Pero, atendiendo al concreto curso de los hechos, lo exigible es analizar *ex ante* esa conducta y analizar si la decisión no adoptada (el

deber conocer) o, mejor, aquello que no podía desconocer, es compatible con la realidad de ese momento previo⁹⁰. Por ello, es completamente necesario que la acusación acredite en cada caso que el acusado tuvo a su disposición los medios necesarios para saber cuáles eran las circunstancias y consecuencias de su actuación, así como que intencionalmente decidió no conocerlas a fin de evitar potenciales responsabilidades penales. Aunque estos aspectos dificultan en gran medida la aplicación práctica de esta teoría, al ser su dificultad probatoria extremadamente elevada, resultan de todo punto imprescindibles, como hemos indicado, a fin de respetar los principios del derecho penal⁹¹.

6. La ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al delito de lavado de activos

En el ordenamiento jurídico peruano es casi inexistente la jurisprudencia que ha aplicado esta teoría. Más allá de alguna ejecutoria puntual⁹², no existe algún pronunciamiento de la Corte

89 *Loc. cit.*

90 NAVARRO MASSIP, “La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?”, art. cit., p. 250.

91 CORTÉS LABADÍA, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”, art. cit., p. 4.

92 *Vid.* SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE MAYNAS, *Expediente N.º 00740-2014-41-1903-JR-PE-04*, Iquitos: 25 de julio del 2019. En esta sentencia se hace mención a la teoría de la ignorancia deliberada en cuanto al aspecto subjetivo del delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables.

Suprema que haya tomado posición respecto a esta teoría. Huelga recordar aquí que no debe recurrirse a la ignorancia deliberada como excusa para dejar de motivar las resoluciones o fallos judiciales, pues en países como España esta teoría se viene aplicando desde hace varios años y se ha desarrollado toda una corriente jurisprudencial que ha resuelto juzgar por delitos dolosos casos muy controvertidos.

¿SABÍA USTED QUE?

La ignorancia deliberada en el delito de lavado de activos se manifiesta mediante la expresión “debía presumir”, pues nos encontramos ante supuestos en los que el sujeto no conocía, pero debía conocer o presumir el origen ilícito de los activos.

Sin perjuicio de ello, es previsible que más temprano que tarde esta teoría llegue a aplicarse para un grupo de casos que en los últimos años han sido muy discutibles, no solo por su complejidad en la etapa de investigación, sino por la alta actividad probatoria que se viene practicando, nos referimos a los casos enmarcados en la operación *Lava Jato*, en los cuales se han visto involucrados empresarios y empresas muy empoderadas, funcionarios de alta jerarquía e incluso expresidentes y ministros de gobierno. La importancia de analizar estos casos no es menor, pues, en la mayoría de ellos, los procesados, como medio de defensa, han enarbolado el

escudo del “desconocimiento de los hechos”, esto en el marco de procesos por delitos de lavado de activos, corrupción de funcionarios, etcétera, muchos de los cuales solo tienen previstas las modalidades dolosas.

Así, las modalidades básicas del lavado de activos, reguladas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.º 1106, se refieren al aspecto subjetivo con el término “cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”. Con esta frase se suscita la duda de si se refiere solo a supuestos de dolo—directo y eventual—o también se estaría abarcando supuestos de imprudencia. Lo que parece claro es que se trata de un supuesto de ignorancia deliberada.

Es mayoritaria la opinión de que con tales referencias se estaría abarcando únicamente los supuestos de dolo⁹³, pues los términos conocer (dolo directo) o debía presumir (dolo eventual) abarcan los elementos objetivos del tipo penal, en este caso, realizar actos de lavado con activos de origen ilícito. Un argumento a favor de que las modalidades básicas de lavado solo recojan la modalidad dolosa es el sistema de *numerus clausus* reservado para los delitos imprudentes, de tal manera que, si se pretende abarcar la modalidad imprudente del lavado de activos, esta debe estar taxativamente expresa en el tipo penal, lo que no ocurre en la legislación peruana.

93 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 486 y 487.

Un sector minoritario, sin embargo, considera que el “debía presumir” recoge una auténtica modalidad imprudente del lavado de activos, esto porque se “introduce en el ámbito de lo punible una actuación culposa especialmente grave (la temeridad)”⁹⁴. Contra este argumento se ha señalado que el querer admitir interpretativamente tipos culposos es incompatible con nuestro sistema penal: la imprudencia (o culpa) debe ser expresa y claramente establecida en los tipos penales (art. 12, párr. 2, del CP)⁹⁵. Además, esta exigencia de tipificación expresa “se ve confirmada porque la ley prevé un único caso de imprudencia: el art. 5, párr. 2, [del D. Leg. N.º 1106] sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas”⁹⁶.

Más allá de agotar la discusión interminable entre dolo eventual-culpa consciente, coincidimos con la interpretación sugerida por GARCÍA CAVERO, quien afirma que el hecho de que el legislador no haya utilizado el término “culpa” no es argumento concluyente. Lo que se debe tener en cuenta es el alcance semántico de los elementos del tipo, no la correspondencia nominal

de los términos utilizados⁹⁷. La manifestación de la ignorancia deliberada mediante la expresión “debía presumir” parece evidente, nos encontramos ante supuestos en los que el sujeto no conocía, pero debía conocer o presumir el origen ilícito de los activos. Esto nos lleva a afirmar que se trata de una ignorancia deliberada, que en el delito de lavado de activos es una modalidad imprudente, a pesar de que en el tipo penal no se mencione expresamente a la culpa⁹⁸. Esta afirmación no es insostenible ni contradictoria, si hemos hecho alusión a que el aspecto subjetivo del tipo imprudente es la cognoscibilidad, entendida como exigibilidad de conocimiento del riesgo.

Por otro lado, no debe extrañar que se aplique la doctrina de la ignorancia deliberada indistintamente a casos de dolo e imprudencia, pues ninguna de estas categorías la monopoliza de manera excluyente. Así, por ejemplo, el caso de

97. GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 126.

98. De una opinión distinta es GÁLVEZ VILLEGAS, para quien la cláusula “debía presumir” se condice con el dolo eventual. El agente, dadas las circunstancias que rodean al hecho, se encuentra en la posición de “presumir” (y en efecto presume) el origen delictivo de los activos, y por ello tiene el deber de indagar más sobre el origen de estos a efectos de tomar un real conocimiento, y, al no hacerlo, estaría manteniéndose deliberadamente en la ignorancia; y, claro, los supuestos de ignorancia deliberada son considerados como casos de dolo eventual. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Lima: Ideas, 2016, pp. 64 y 65.

94. GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 125.

95. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017, p. 117.

96. CARO CORIA, Dino C., “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 2, Lima: 2012, p. 222. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffTuRY>>.

un sujeto que se hace nombrar gerente de varias empresas en las que firma documentos que facilitan los actos de lavado de activos sin conocer el contenido íntegro de los mismos porque “no le interesó en lo mínimo averiguar el detalle”, sino que su única motivación era el alto salario que cobraba por dicha labor. En este supuesto nos encontramos ante un caso de modalidad dolosa de lavado de activos. El sujeto que funge como “hombre de paja” no es descuidado, sino indiferente ante el riesgo que crea su conducta, conoce el contenido mínimo de los documentos que firma y la alta probabilidad de configurar el tipo penal, aspectos que son abarcados por el dolo. Distinta es la situación de una persona con exceso de confianza a la que un familiar muy cercano le pide de favor que le preste su cuenta bancaria para realizar operaciones de transferencia y recepción de dinero, que luego se descubre que era proveniente de un delito previo. En este supuesto nos encontramos ante un comportamiento imprudente del sujeto, pues no conoció, pero debió presumir que su conducta era potencialmente apta para configurar o favorecer el delito de lavado de activos.

Como podemos advertir, ambos ejemplos mantienen una estructura muy similar, sujetos que no conocieron todas las circunstancias de los hechos, pero debieron y pudieron hacerlo. La diferencia muy mínima entre uno y otro está en los detalles y particularidades de cada caso: en uno, un gerente tiene conocimientos mínimos —pero suficientes para confi-

gurar el dolo— y no quiso saber más; en el otro, una persona descuidada que no conoció el riesgo, pero debió hacerlo. En ambos casos podemos afirmar que se actuó con ignorancia deliberada, no obstante, en un caso se deberá sancionar por delito doloso y el otro por delito imprudente⁹⁹.

En tal sentido, la caótica clasificación que por tradición se ha realizado al dolo no permite encuadrar armónicamente la figura de la ignorancia deliberada sin solaparse al mismo tiempo en supuestos de imprudencia. A pesar de que somos de la idea de que el rótulo “debía presumir” ya hace referencia a la modalidad imprudente del lavado de activos, es recomendable, a fin de evitar mayor confusión, que el legislador modifique el tipo penal y se introduzca de manera expresa el tipo imprudente, y utilice para ello el término “culpa o imprudencia”, tal como se hace en las legislaciones alemana y española.

⁹⁹ FEJÓO SÁNCHEZ considera que la ignorancia deliberada es equiparable al dolo eventual. No obstante, hace una acertada observación: “La adecuada solución de los problemas que se quieren resolver con la ‘doctrina de la ignorancia deliberada’ sigue estando en un concepto normativo de dolo con el que se viene trabajando en gran cantidad de sentencias y que ha permitido renovar los criterios jurisprudenciales en un corto espacio de tiempo al desligar la imputación subjetiva del posicionamiento mental del infractor”. FEJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona: julio del 2015, p. 23. Recuperado de <<https://bit.ly/3929HJh>>.

IMPORTANTE

La ignorancia deliberada no es una categoría “nueva” de imputación subjetiva, junto con el dolo y la imprudencia, sino un rótulo o etiqueta que se utiliza para describir a un espectro de casos en los que un sujeto provoca su propio desconocimiento para a partir de ahí desplegar un comportamiento ilícito.

7. Toma de posición: derribando algunos mitos

Con lo hasta aquí expuesto, no se pretende agotar una teoría de la ignorancia deliberada, sino a lo sumo—siendo pretenciosos— esbozar una aproximación, delimitar sus contornos y advertir de las nefastas consecuencias que nos aquejarían en el caso de que se lleve a cabo una mala usanza de esta controvertida teoría. En esta tesitura, no es de extrañar que, luego de haber expuesto las vacilantes interpretaciones que se dan a la ignorancia deliberada, se tejan algunos mitos que no hacen sino agudizar aún más la confusión que rodea a un tema ya de por sí intrincado. Intentaremos, pues, derribar estos mitos.

7.1. Primer mito: La ignorancia deliberada es una nueva categoría de la imputación subjetiva

Comenzamos por el más usual de los mitos, pues hay quienes creen que la ignorancia deliberada es una institución que ha venido a situarse junto con el dolo y la imprudencia como “las tres categorías de

la imputación subjetiva”. Esto, definitivamente, es un error muy común en quienes pregonan una excesiva “categorización” del aspecto subjetivo del injusto penal y en cierta medida es razonable, basta con recordar las tantas manifestaciones de *mens rea* del *common law*.

Pero no se puede realizar una extrapolación irreflexiva de categorías propias de un sistema jurídico completamente antitético al nuestro y forzar una adaptación. Son dos las razones que nos llevan a manifestar nuestro rechazo: *primero*, una cuestión de legalidad, la mayoría de los códigos penales de los sistemas de corte continental—si es que no todos— reconocen solo dos categorías de la imputación subjetiva, esto es, el dolo y la imprudencia. Por ello, si se pretende introducir una tercera categoría, deberá comenzarse por una reforma legislativa. *Segundo*, una cuestión de coherencia dogmática, ya se ha manifestado que los casos de ignorancia deliberada son una “delgada zona gris” entre el dolo y la imprudencia, tanto así que en la mayoría de casos se solapan. De ahí que también se afirme que esta teoría es tan problemática como innecesaria.

Llegado a este espacio, no queda sino manifestar que la ignorancia deliberada no es una categoría “nueva” de imputación subjetiva, sino un rótulo o etiqueta que se utiliza para describir a un espectro de casos en los que un sujeto provoca su propio desconocimiento para a partir de ahí desplegar un comportamiento ilícito.

7.2. Segundo mito: Los casos de ignorancia deliberada son siempre equivalentes al dolo eventual y, por ende, merecen ser castigados con la misma severidad

Este mito es parcialmente contrario al anterior, pues aquí no se afirma que la ignorancia deliberada sea una nueva categoría de imputación subjetiva, sino que son casos *sui generis* de dolo, en tanto se hace la “alquimia jurídica” de convertir el desconocimiento en conocimiento. A pesar de ser una premisa relativamente válida, pues, en efecto, la práctica judicial da cuenta de que la mayoría de casos de ignorancia deliberada han terminado resueltos como casos de dolo eventual, más cierto es que de esta controversial práctica no se desprende que todos los supuestos tengan que necesariamente resolverse en ese sentido.

Los casos de ignorancia deliberada no están forzosamente vinculados con casos de dolo o vinculados —siempre— con casos de imprudencia, no se trata de una adhesión excluyente, sino que pueden ser situados en una u otra categoría indistintamente¹⁰⁰. No se trata de asociar una figura a un blanco o negro, menos en estas categorías normativas graduales

100 Del mismo parecer es MANRIQUE PÉREZ, quien señala: “Un modo de ganar especificidad al momento de distinguir casos de ignorancia que cuenten como dolosos y otros que cuenten como imprudentes es a través de los motivos que tenía el agente para sospechar o no que con su conducta estaba cometiendo determinado tipo de delito”. MANRIQUE PÉREZ, “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, art. cit., p. 95.

en las que hay miles de “matices”. Como lo hemos advertido, se debe valorar en el caso concreto si concurrían los elementos que la “dogmática dura” ha atribuido al dolo y a la imprudencia.

SABÍA USTED QUE?

Los casos de ignorancia deliberada no están forzosamente vinculados con casos de dolo o vinculados —siempre— con casos de imprudencia, no se trata de una adhesión excluyente, sino que pueden ser situados en una u otra categoría indistintamente.

Por esta razón, las penas establecidas para los delitos dolosos no pueden asociarse a todos los casos de ignorancia deliberada. Esta conclusión no solo peca de arbitraria, sino de disfuncional. La pena debe ser la respuesta calibrada a la medida de responsabilidad por la conducta, y para que esta sea legítima debe responder ante comportamientos con auténtica expresión de sentido —tanto objetiva como subjetiva—. No pueden ser de recibo aquellas fórmulas, presunciones o interpretaciones apócrifas de la ignorancia deliberada que transmutan la imprudencia en dolo y viceversa, estas alquimias jurídicas son muestras palpables de una dogmática inconsecuente.

Es oportuno también mencionar que el problema de la asimetría en la gravedad de las penas de los delitos dolosos respecto de los imprudentes podría moderarse si entre uno y otro no hubiera una diferencia del “cielo hasta la tierra”,

por lo tanto, aunque resulte cuestionable mencionarlo, debería reformarse la legislación penal de tal manera que la dosimetría penal de los delitos dolosos comience justamente donde terminan los de los delitos imprudentes o, incluso, haber espacios en los que se solapen.

7.3. Tercer mito: La ignorancia deliberada permite aligerar la prueba del dolo

Que esta teoría haya tenido —en los últimos años— cierta recepción por parte de los tribunales, sobre todo españoles, se debe, en la mayoría de casos, a su facilidad de maniobraje. No es casualidad que la mayoría de casos resueltos aplicando esta teoría hayan sido condenas por delitos dolosos, salvo contadas ejecutorias en las que se le formulan reparos o se le tilda de teoría innecesaria.

Con este mito se dice que es más fácil demostrar la ignorancia que demostrar el conocimiento, e incluso que la ignorancia no se prueba, sino que se presume, esto para contrarrestar los argumentos de defensa (por ejemplo: “yo no sabía”, “nunca me lo representé”), de tal manera que sería suficiente con acreditar el aspecto objetivo del tipo penal, pues de la “ignorancia presumida” se infiere el dolo.

Ese planteamiento, sin embargo, resulta peligroso. Un ordenamiento jurídico perfilado como un Estado social y democrático de derecho debe garantizar el respeto por los principios mínimos, en este caso, legalidad, culpabilidad y

presunción de inocencia. Hemos hecho bastante referencia a que, incluso si se aplica la ignorancia deliberada, tienen que probarse todos los elementos que esta teoría ha desarrollado. No es suficiente con que la acusación alegue que el sujeto actuó con desconocimiento, pues, por lo general, se suele obviar la probanza de los dos últimos elementos de la ignorancia deliberada, es decir, la decisión de desconocer y la motivación que ha llevado al sujeto al desconocimiento¹⁰¹.

De tal manera, no se puede recurrir a la ignorancia deliberada como subterfugio para aligerar la prueba del aspecto subjetivo del tipo penal, sea que se alegue un dolo eventual o una imprudencia o ignorancia deliberada como manifestación de estas, se debe demostrar todos los elementos y circunstancias que fundamentan la acusación.

• PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

original a solicitud

del Instituto Pacífico

101 De manera oportuna, RAGUÉS I VALLÈS señala: “[E]l ‘descubrimiento’ de la teoría de la willful blindness a principios del presente siglo ha servido, en buena medida, para aligerar la carga de fundamentación jurídica en la prueba del elemento cognitivo del dolo, olvidando a menudo que la ignorancia deliberada también incluye un factor subjetivo —a saber, el carácter intencionado del desconocimiento— cuya prueba no debe de resultar precisamente menos compleja que la del propio conocimiento”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, en *Discusiones*, n.º 13, Buenos Aires: 2013, p. 143. Recuperado de <<https://bit.ly/3nA5PU6>>.

7.4. Cuarto mito: La ignorancia deliberada entendida como imprudencia genera impunidad

Este es un mito que se genera como consecuencia de los dos anteriores. Ni todos los casos de ignorancia deliberada son dolosos, ni todos imprudentes, sino que se mueve entre ambas. Debe evaluarse el caso concreto y ver si, de acuerdo con las circunstancias que se prueba en el proceso, la estructura se adecua más al de un delito doloso o imprudente. Pero ¿qué pasa si se tiene la estructura de un delito imprudente y no se encuentra regulado el delito en esta modalidad? Pues, inevitablemente, se deberá absolver de la acusación al procesado.

Esta afirmación parece corroborar lo que el mito afirma, no obstante, se debe analizar más detalladamente. Que un caso no doloso o, más bien, un supuesto de ignorancia deliberada con estructura de delito imprudente quede al margen del castigo no es un problema que se genere por aplicar esta teoría. Así, por ejemplo, en un supuesto de violación sexual de menor de edad —que no contempla la modalidad imprudente— en el que el sujeto “no quiso averiguar” la verdadera edad de la víctima, pues tenía claramente un aspecto físico propio de una persona mayor de edad, además de que esta le aseguró serlo y consintió el acto sexual, está claro que debe absolvérsele. En este caso la ausencia de castigo no es por haber actuado por ignorancia deliberada, sino por haber actuado bajo un supuesto de error de tipo.

Los problemas de impunidad no los genera una malentendida interpretación de la ignorancia deliberada en clave de delitos imprudentes, sino la figura del error de tipo para aquellos delitos que no contemplan dicha modalidad. A pesar de esto, no parece saludable eliminar al error de tipo como categoría de la teoría del delito, so pretexto de ser una institución que genera vacíos de punibilidad. Con esto queremos dar a entender que no se le puede achacar a la ignorancia deliberada las dificultades que arrastra otra categoría de la teoría del delito que se encuentra muy emparentada con ella.

IMPORTANTE

Que un supuesto de ignorancia deliberada con estructura de delito imprudente quede al margen del castigo no es un problema que se genere por aplicar esta teoría. La ausencia de castigo no es por haber actuado por ignorancia deliberada, sino por haber actuado bajo un supuesto de error de tipo en aquellos delitos que no contemplan la modalidad imprudente.

8. Consideraciones finales


La dogmática penal es una herramienta que nos permite definir y redefinir categorías jurídicas, muchas de las cuales solo encuentran un entendimiento claro luego de un largo proceso de maduración, amén de cientos de horas de lectura reflexiva, esbozo de conceptos y confrontación de ideas, pero no es de extrañar que en algún momento nos topemos con algún problema que con-

sideremos irresoluble, y ese parece ser, justamente, el encuadre de la teoría de la ignorancia deliberada en el sistema de imputación subjetiva del derecho penal de corte continental.

Pese a las diversas interpretaciones que se han propuesto por parte de la literatura penal, la ignorancia deliberada no debiera ser entendida como una categoría más de imputación subjetiva, sino como un concepto que abarca los supuestos límite de dolo e imprudencia, esa odiosa zona gris que no nos permite establecer con claridad “un corte exacto” entre una y otra. No resulta estrambótico este planteamiento de la ignorancia deliberada, pues, al tratarse de una teoría foránea, su adaptación en el ordenamiento jurídico de corte continental es bastante forzada, manteniéndose intacto el *non liquet*.

A pesar de todo, hemos hecho el esfuerzo por delimitar los contornos de esta figura para que —de ser aplicada— no se caiga en alquimias que poco ayudan al esclarecimiento de las fronteras entre el dolo y la imprudencia, discusión que tiene más sombras que luces. Más allá de las diversas interpretaciones que se puedan proponer, en lo que parecemos concordar todos es en que no puede utilizarse a la ignorancia deliberada como un subterfugio para aligerar la prueba del dolo a costa de infringir principios penales básicos como el de legalidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

Al final de estas reflexiones, cuesta admitir no haber encontrado la piedra

exacta que tape la grieta de la discusión abordada —el tiempo le sigue dando la razón a MOLINA FERNÁNDEZ—. Sin embargo, sea esta una invitación a seguir contribuyendo a esclarecer el camino y centrar la discusión, ya sea disociando alquimias, aminorando adaptaciones forzadas o —como se ha pretendido con este artículo— derribando mitos. 

9. Referencias bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo, *Introducción al derecho penal. Parte general*, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier, 2011.
- BERRUZZO, Rafael, “Ignorancia deliberada en el derecho penal económico”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 4, Lima: 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/3pWzj0u>>. RIMINOLOGIA
- CARO CORIA, Dino C., “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.º 2, Lima: 2012. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffTuRY>>.
- CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: ARA Editores, 2010.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica”, en *Ius et Veritas*, n.º 58, Lima: mayo del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/3ffu2MB>>.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., reimp., Buenos Aires: B de F, 2020.
- CORTÉS LABADÍA, Juan Pablo, “La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en

- nuestro ordenamiento jurídico”, en *La Ley Penal*, n.º 122, Madrid: septiembre-octubre del 2016.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona: julio del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/3929HJh>>.
- FERNÁNDEZ BUDAJIR, Luis G., *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, tesis para optar el grado académico de doctor con mención en Derecho Penal, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2IUa26j>>.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores, 2013.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Lima: Ideas, 2019.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Lima: Ideas, 2016.
- GRECO, Luis, “Dolo sin voluntad”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 88, Medellín: enero-junio del 2017.
- HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, n.º 3, Madrid: 1990. Recuperado de <<https://bit.ly/3kQHV4V>>.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2.ª ed., Buenos Aires: B de F, 2009.
- JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I., Madrid: Marcial Pons, 2004.
- LUBAN, David, “Contrived Ignorance”, en *Georgetown Law Journal*, n.º 87, Washington D. C.: 1999.
- MANRIQUE PÉREZ, María L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3pN4BGO>>.
- MANRIQUE PÉREZ, María L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, Ciudad de México: abril del 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/36UmPO3>>.
- MANRIQUE PÉREZ, María L., “Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Iter Criminis*, n.º 15, 6.ª época, Ciudad de México: octubre-diciembre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/37a9QrU>>.
- MARTÍN LORENZO, María, “Caso del Chapista”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 2011.
- MEINI MÉNDEZ, Iván, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/332QUdn>>.
- MELERO, Javier, “Calificación e interpretación en el derecho penal. (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47, n.º 2, Madrid: 1994. Recuperado de <<https://bit.ly/36RDpOx>>.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, “Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna”, en *Revista Penal México*, vol. 4, n.º 8, Ciudad de México: marzo-agosto del 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/35OwRkp>>.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, Andalucía: 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/392QtUa>>.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005.

- MONTIEL, Juan Pablo, "El caso Messi y las consecuencias de 'ignorar' la dogmática de los delitos imprudentes" en *En Letra. Derecho Penal*, año II, n.º 3, Buenos Aires: noviembre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/2IKIqk9>>.
- NAVARRO MASSIP, Jorge, "La doctrina de la ignorancia deliberada: ¿presunción de dolo?", en AA. VV., *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Navarra: Aranzadi, 2012.
- ORÉ SOSA, Eduardo "Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del dolo en el delito de lavado de activos", en *Advocatus*, n.º 37, Lima: 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2UJLXS6>>.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en Derecho*, año II, n.º 2, Buenos Aires: agosto del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/2UHuIAK>>.
- OXMAN, Nicolás, "Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón", en *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 1, Talca: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3fhF9Va>>.
- OXMAN, Nicolás, "Ignorancia deliberada y error en el tráfico de drogas", en VIDALES RODRÍGUEZ, Cary (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, "Problemas metodológicos en la prueba del dolo", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: 2001. Recuperado de <<https://bit.ly/35Puk9I>>.
- PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier, 2016.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en Derecho*, año I, n.º 1, Buenos Aires: diciembre del 2012. Recuperado de <<https://bit.ly/390n5xG>>.
- PUPPE, Ingeborg, *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires: B de F, 2014.
- PUPPE, Ingeborg, "Sobre el dolo eventual y su prueba", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 133, Lima: julio del 2020.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, "A modo de contraréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", en *Discusiones*, n.º 13, Buenos Aires: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3nA5PU6>>.
- REAÑO PESCHIERA, José, *Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva*, Lima: Jurista Editores, 2010.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Lima: Grijley, 2013.
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Madrid: Marcial Pons, 2020.
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Buenos Aires: B de F, 2018.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n.º 79, Bogotá: 2005. Recuperado de <<https://bit.ly/2Hokwdw>>.
- VOGEL, Joachim, "Dolo y error", en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, n.º 95, Madrid: 2008.

UNIDAD 6

ANTI JURICIDAD

Competencias

- Identifica los criterios para la determinación de las causas de justificación.

PRIMERA LECTURA

Wilenmann, J. (2017). La justificación de una intervención a favor de otro. Wilenmann, J. La justificación de un delito es situaciones de necesidad (pp. 673-716). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.

Este capítulo trata sobre las adaptaciones que deben ser introducidas en el juicio de acciones típicas conforme a la legítima defensa, al estado de necesidad defensivo y al estado de necesidad agresivo, cuando esta es ejecutada en beneficio de un tercero y no del agente.

JAVIER WILENMANN

**LA JUSTIFICACIÓN
DE UN DELITO
EN SITUACIONES
DE NECESIDAD**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Javier Wilenmann

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-192-9

Depósito legal: M. 14.940-2017

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: Artes Gráficas Huertas, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2017

CAPÍTULO 5

LA JUSTIFICACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN A FAVOR DE OTRO

I. INTRODUCCIÓN

923. El último capítulo trata sobre las adaptaciones que deben ser introducidas en el juicio de acciones típicas conforme a la legítima defensa, al estado de necesidad defensivo y al estado de necesidad agresivo, cuando esta es ejecutada en beneficio de un tercero y no del agente. Para clarificar la posición sistemática de la intervención a favor de un tercero en uso de una causa de justificación derivada de una situación de necesidad, el capítulo también tematiza sus relaciones con la causa de justificación central en la justificación de acciones *a priori* típicas en beneficio de un tercero —el consentimiento— y tematiza otros arreglos institucionales cuyo objeto es permitir el juicio de licitud de intervenciones de beneficencia que no se encuentren cubiertos por consentimiento. Los casos más relevantes se ven constituidos por el consentimiento presunto y, ante todo, por el consentimiento de un tercero (en general: consentimiento del representante). A causa de las confusiones sistemáticas que pueden advertirse en este ámbito, clarificar la relación sistemática entre esta clase de instituciones y la intervención a favor de un tercero justificada por legítima defensa o estado de necesidad justificante es un punto central de este capítulo.

924. El capítulo V es, de este modo, auxiliar frente a los capítulos II a IV. Su objetivo es aclarar el modo en que se complementa el juicio de licitud realizado a partir de reglas ya expuestas en su contenido central en los capítulos principales —legítima defensa, estado de necesidad justificante— con reglas independientes en aquellas situaciones en que la acción tiene lugar a favor de un tercero. Este rol auxiliar puede hacer pensar que habría sido conveniente exponer directamente el contenido de estas reglas complementarias a la legítima defensa a las dos formas de estado de necesidad justificante. Pero ello tiene un inconveniente que pretenden ser evitado aquí, a saber, adoptar una estructura idónea para la clarificación no solo de las rela-

ciones sistemáticas que hay en todos los casos de intervención a favor de un tercero justificada en una causa de justificación derivada de necesidad sino también con otras instituciones de justificación de intervenciones a favor de terceros (consentimiento, consentimiento presunto, consentimiento de un tercero). El tratamiento tradicional de la intervención a favor de un tercero geográficamente situado al interior de legítima defensa o del estado de necesidad justificante ha tendido, en cambio, a oscurecer esta cuestión. *Bref:* si bien el modo de tratamiento aquí elegido obliga a desarrollar un último capítulo que de otro modo se reduciría a algunas secciones incorporadas en los capítulos principales, este problema económico es más que compensado por la ganancia sistemática que implica el tratamiento como un problema autónomo. Es este tratamiento autónomo el que permite analizar de modo más detallado las relaciones sistemáticas con otras formas de justificación de intervenciones a favor de un tercero.

925. De este modo, teniendo en cuenta la doble pretensión sistemática y de tratamiento dogmático del contenido de la intervención a favor de un tercero, el capítulo V asume una organización que refleja esta doble preocupación. La sección II explica en general el modo en que el Derecho trata a las intervenciones típicas altruistas, dando así cuenta de las relaciones entre intervenciones lícitas por causa de la aplicabilidad de causas de justificación derivadas de necesidad y de aquellas que solo pueden ser justificadas por consentimiento u otros arreglos vinculados a este. Como veremos, aquello que diferencia a la legítima defensa u estado de necesidad a favor de un tercero del consentimiento presunto o del consentimiento de un tercero no es tanto el contenido de las reglas que permiten fundamentar la justificación—el consentimiento del representante se ve controlado también por ponderaciones de intereses, mientras que el consentimiento que puede ser presumido tiende a coincidir con el mejor interés racional del afectado— sino la dimensión interpersonal de la justificación. La pretensión sistemática pretende así ser satisfecha en esta sección.

La sección III trata, en cambio, sobre el contenido de la intervención a favor de un tercero en los casos en que su licitud se juzga conforme a causas de justificación derivadas de necesidad. El peso central es puesto en dos arreglos conflictivos pero que tienen importancia auxiliar central en los casos de legítima defensa y estado de necesidad a favor de un tercero: la no permisión general de la intervención impuesta; y el problema de la aplicabilidad de estas causas de justificación a funcionarios públicos y, en particular, policías. Asimismo, la sección III tematiza con algo más de detalle el problema de la provocación a la legítima defensa cuando se trata de legítima defensa de terceros.

II. LOS ARREGLOS SISTEMÁTICOS DEL SISTEMA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN INTERVENCIONES ALTRUISTAS

1. Introducción

926. La primera sección de este capítulo —probablemente la más relevante— reconstruye sistemáticamente los arreglos institucionales relativos a la determinación del carácter lícito o ilícito de actuaciones (en principio) típicas a favor de terceros.

Esta reconstrucción sistemática parte de un hallazgo generalmente aceptado por la dogmática —aunque no siempre tratado de un modo consistente— que resulta fundamental: los estándares de juicio no son los mismos en las situaciones en que la actuación típica a favor del tercero lesiona (al menos aparentemente) intereses del propio beneficiado o, en cambio, bienes jurídicos de un tercero. El punto de partida sistemático en la reconstrucción de los arreglos institucionales de la intervención a favor de un tercero es este: solo si el conflicto tiene una dimensión *triangular* (o *multilateral*, en el sentido de *más que bilateral*) —es posible distinguir un beneficiado y un afectado por la acción de necesidad—, puede plantearse la posibilidad de construir un juicio de licitud en causas de justificación derivadas de necesidad. Todo caso de actuación típica a favor de un tercero que lesione y beneficie a la misma persona es, de este modo, ajena a la dogmática de las causas de justificación derivadas de necesidad. Eso no quiere decir, sin embargo, que toda actuación a favor de un tercero que tenga un carácter triangular o multilateral solo pueda ser justificada mediante invocación de una causa de justificación derivada de necesidad. Puede ser que el fundamento de la licitud de la acción típica que afecta a un tercero para salvar a otro se encuentre en el consentimiento explícito o presunto del afectado o en una obligación que tenga una fuente distinta. A continuación revisaremos, de este modo, la distinción fundamental sobre la que se construyen las causas de justificación de actuaciones típicas a favor de un tercero.

2. La distinción sistemática crucial: intervención a favor de otro con o sin afectación coactiva de un tercero

a) Los problemas de la justificación a favor de un tercero

927. Las condiciones bajo las cuales es necesario realizar acciones típicas para resguardar los intereses de otro no solo tienen una alta variación fenoménica —desde el homicidio del secuestrador por parte de servicios especiales de la policía hasta la simple intervención terapéutica en un niño—,

sino también jurídica. Ya intuitivamente es posible distinguir actuaciones a favor de un tercero a cuyo respecto parecen aplicarse distintas instituciones. Así, el peatón que ve como un tercero es golpeado brutalmente por otro y lo ataca con la intención de poner término a esa agresión, actúa en una condición distinta —legítima defensa de terceros— que el paseante que alcanza a advertir como un tercero se ahoga a unos 40 metros de la orilla del mar y toma coactivamente un bote de un pescador para rescatarlo —estado de necesidad agresivo a favor de un tercero—, o que el médico que observa como una persona en la mesa del lado de un restaurante se encuentra inconsciente en un estado relativamente avanzado de asfixia producto de un atragantamiento y, para salvarle la vida, le practica una cricotomía (perforación de la laringe para asegurar el paso de aire) —consentimiento presunto—. La subsunción de la intervención típica deja de ser, sin embargo, tan obvia en casos más conflictivos. Considérense los siguientes ejemplos:

928. *Caso de la intervención coactiva en un niño*: un médico, A, realiza coactivamente una transfusión de sangre para salvar la vida de un niño de nueve años, V, que, en conjunto con sus padres, se niega a recibirla por razones religiosas.

Bajo el principio de la justificación de las intervenciones terapéuticas solo en base al consentimiento (informado) del paciente, la intervención coactiva parece encontrarse proscrita por el sistema jurídico. Ello no tiene lugar, sin embargo, respecto de pacientes incapaces de consentir en una intervención (en el lenguaje de la bioética angloamericana: incompetentes). Así, mientras cualquier reconstrucción sensata del sistema debe excluir la posibilidad de justificar una intervención terapéutica en un adulto cuyo objeto sea solo curarlo a él —¡distinto es el caso del tratamiento coactivo por razones de salud pública!—, no es claro el tratamiento de la intervención coactiva en el caso de incapaces de consentir. ¿Se encuentra justificada la intervención coactiva del médico, contra los deseos del paciente y de su padre? El caso parece ser, de este modo, un caso de consentimiento, pero presenta anomalías a este respecto. La relación sistemática del juicio a la licitud de la intervención coactiva pasa a ser más compleja si es necesario coaccionar, al mismo tiempo, a un tercero. ¿El estándar de juicio es el mismo si V se muestra de acuerdo e incluso suplica que le salven la vida pero el padre, P, no solo no presta su consentimiento, sino que intenta impedir agresivamente la transfusión? ¿Puede A intervenir sin más? ¿Puede reducir con coacción violenta a P?

929. *Caso de la opción por el sacrificio*: una mujer profundamente cristiana (M) es agredida sexualmente por un hombre extremadamente fuerte en la calle (B). Un peatón (A) alcanza a advertir la agresión, reconociendo al mismo tiempo que no tiene ninguna posibilidad de superar a B en un enfrentamiento físico, por lo que se dispone a darle sigilosamente un fuerte golpe en la cabeza con un objeto contundente; esa es la actuación necesaria

para poner término a la agresión. M advierte el acercamiento y las intenciones de A y para evitar tanto una confrontación física que ponga en peligro a A como que B resulte con graves lesiones craneales, o incluso que muera, le hace repetidamente señas sigilosas a A de que no intervenga, mientras pese a ello llora desesperada ante la inminencia de la penetración y la repetición de los golpes de B.

¿Puede A, pese a la oposición de M, golpear en la cabeza a B con el objeto contundente? El caso es aquí de legítima defensa: es obvio que la única razón por la que A podría eventualmente incluso matar a B es la agresión a M. M no ha consentido en la agresión; pese a sus señas a A solicitando que no intervenga, sigue siendo obvio por su actitud corporal que está haciendo agredida. ¿Elimina la oposición a la intervención el carácter de agresión o al menos la posibilidad de actuar en legítima defensa de terceros?

930. *Caso de la cricotomía coactiva*: mientras cena en un restaurante, el médico M observa como V se desploma inconsciente y en un estado de asfixia avanzado. La maniobra de Heimlich ya ha fallado. Advirtiendo que el único modo de salvar la vida de V consiste en practicarle una cricotomía, M toma un cuchillo filoso de una mesa y se acerca a realizar la intervención. En estado de *shock*, la mujer y un amigo de V, V2, alcanzan a advertir que un sujeto —M— se acerca con un cuchillo a V y reaccionan intentando reducirlo. M les grita que intenta salvar la vida de V, pero la mujer de V y V2 continúan sujetando fuerte a M. M entonces amenaza con el cuchillo a V2 y corre hacia V. V2 toma otro cuchillo y se abalanza sobre M, intentando apuñalarlo. M se defiende como puede, apuñalando a su vez a V2 y perforando uno de sus pulmones. Luego alcanza a socorrer a V, al practicarle exitosamente la cricotomía. Cuando este ya ha vuelto a respirar, M atiende a V2, quien sobrevive pese a quedar con graves lesiones producto de la perforación del pulmón.

931. *El falso triángulo de la muerte*: En la escena final de la película *El bueno, el feo y el malo*, B, M y F —enemigos íntimos tras un mismo tesoro— se encuentran finalmente en el lugar en el que debía estar el botín. Los tres están armados y son expertos pistoleros, por lo que cuentan con que no pueden ser los primeros en desenfundar y disparar a otro: el primero que lo haga seguramente alcanzaría a dispararle a uno de sus rivales, dejando el camino libre para que el tercero le dispare fácilmente y se quede con el botín. Los tres parecen no poder más que observarse detenidamente por largos minutos, esperando pacientemente a que uno de los otros cometa el error de disparar primero. Sin embargo, B (Clint Eastwood) había preparado el escenario de forma tal de ganar fácilmente el duelo, al descargar la pistola de F la noche anterior. Como solo él sabía de este hecho, podía hacer creer a los otros que estaban en un triángulo de la muerte en el que el menos paciente perdería, cuando en realidad bastaba con que él le disparara a M para triunfar. Para efectos del argumento, asúmase que la anulación de la capacidad de

disparo de la pistola de F tuvo lugar por medio de una sustracción constitutiva de hurto: B hurtó las municiones de F (alternativamente: asúmase que B sabotó la pistola de F, realizando el tipo de daño). Después de largos minutos en el triángulo de la muerte, B es el primero en desenfundar, matando a M. F cree haber ganado gracias al apresuramiento de B e intenta dispararle, pero su pistola no funciona.

En principio, parece ser que ninguna de las acciones que tienen lugar en el duelo pueden encontrarse justificadas en legítima defensa: hay un claro caso de agresiones recíprocas que hacen imposible atribuirle a alguien el rol de agresor y a otro el rol de agredido (al menos en los casos de B y M; la pretensión de agresión de F es inidónea). Pero para efectos del argumento asúmase también que B y F tenían una pretensión garantizada sobre el botín, por lo que M puede ser visto como el agresor y que, como en ocurre en la película, B había planificado todo para cumplir con el trato que había hecho antes con F, esto es, darle la mitad del botín que ambos habían pactado se repartirían. Si esto es así, B se defendió a sí mismo y a F frente a una agresión ilegítima de un modo inteligente por medio de la escenificación del triángulo de la muerte¹. F, por supuesto, jamás se habría dejado convencer del truco de B; ello sería contrario a su honor como un tipo rudo y autosuficiente. F tampoco habría cumplido con su parte del trato de haber sido posible; su intención era quedarse con todo el botín pese a haber pactado la repartición de este con B. Esto se ve demostrado por el hecho de que F intentó matar a B al advertir que este disparaba a M, algo que B ciertamente había anticipado ocurriría.

Nos interesa aquí preguntarnos por el estatus de las acciones típicas realizadas por B. ¿Se encuentra justificada la sustracción de las municiones de la pistola de F por parte de B? ¿Se encuentra justificado el homicidio de M? ¿Es lícita la puesta en peligro concreto de muerte de F, como parte de su plan cuyo objeto era conseguir la repartición óptima y justa (porque pactada) del botín, pese a que F no habría estado de acuerdo con nada de ello? La única de estas preguntas que admite una respuesta sencilla es el homicidio de M: si M era el único agresor en la situación y también lo era respecto de B (es decir, no solo respecto de F), entonces el homicidio necesario de M se encontraba justificado ya en legítima defensa propia. Pero en los demás casos la respuesta no es tan sencilla. La sustracción de las municiones permitió tanto la defensa efectiva de B como de F. Pero fue ejecutada contra la voluntad (real pero también presumible) de F. La manipulación de F para con-

¹ Solo para clarificar: la escenificación no es aquí constitutiva de una provocación a la agresión. Se trata más bien de la constelación conocida como provocación de la situación de defensa (*Abwehrprovokation*): no es que B haya provocado a M a atacarlos, sino que produjo un estado de cosas en que M agrediría y se preparó para la defensa en ese contexto. En general se considera, acertadamente, que no hay limitaciones al permiso de defensa si solo hay una *Abwehrprovokation*.

seguir el resultado final óptimo también habría contado con su oposición. ¿Puede invocarse, pese a ello, estado de necesidad o legítima defensa a favor de F? ¿Estado de necesidad agresivo a favor de B, pese a que la acción típica lo afectó a él? ¿Un consentimiento ficto de B por estar obligado a contribuir a la solución óptima, pese a que uno puede asumir que no habría entregado el consentimiento de ser preguntado?

932. Todos estos casos plantean dificultades propias. Pero la entrega de respuestas convincentes a las preguntas específicas referidas a los casos requiere de la clarificación de las condiciones en que uno u otro arreglo institucional viene en consideración de modo excluyente. Es decir: intervenciones a favor de un tercero pueden subsumirse dentro del ámbito semántico de varias causas de justificación al mismo tiempo, generando respuestas que a veces son contradictorias entre sí. Si la desactivación de la pistola de F debe juzgarse como parte de una acción de defensa o necesidad a favor suyo, entonces la acción puede ser considerada lícita sin más. Si, en cambio, el único juicio que puede producirse a su respecto se basa en el consentimiento explícito o presunto, entonces la acción sería ilícita. Si se trata de un estado de necesidad agresivo propio, entonces la respuesta es menos clara. ¿Cuál de esos estándares se aplica en el juicio de licitud de la acción?

b) *Autonomía e intervención a favor de un tercero*

933. La generación de principios que determinen las condiciones de aplicabilidad de una u otra institución en casos de intervención a favor de un tercero se deriva del principio de autonomía y de la interpretación de la lógica de las causas de justificación a partir de este². Conforme a esta representación, las causas de justificación derivadas de necesidad —salvo en los problemáticos casos de protección de bienes jurídicos colectivos— son correlatos de facultades reconocidas como parte de una configuración normativa que admite ser llamada potestad (o derecho) y a cuyo respecto su imposición se encuentra entregada a la voluntad del titular.

Esto puede advertirse desde un inicio cuando uno defiende una teoría jurídica de la legítima defensa o una teoría sistemática de la solidaridad respecto del estado de necesidad justificante. En el caso de la legítima defensa: la estructura de la facultad de defensa necesaria se deriva de la afectación de derechos —configurada como infracción imputable de obligaciones (en general: derivadas de tipos penales)— que puede reconocerse en una agresión. La facultad de defensa es un correlato de ese Derecho; precisamente por ello, la aplicabilidad del permiso se encuentra condicionada por la voluntad del agredido. Ese condicionamiento se expresa, por cierto, en la capaci-

² Vid. también *supra* §§ 63 ss.

dad general de consentir en la puesta en peligro o de la lesión que puede seguirse de la acción y, con ello, privarla del carácter de agresión. Pero no solo la re-configuración de la acción como ejercicio de Derecho, sino también la renuncia a ejercer coactivamente el Derecho pese a no renunciar a este, dependen de la voluntad del titular: el tercero no tiene aquí una facultad independiente sino que actúa como una especie de agente oficioso del agredido³. Algo similar puede decirse en el caso de la facultad de agresión típica necesaria: ella deriva de una pretensión que le corresponde al afectado y, como tal, este decide sobre su ejercicio.

934. Lo anterior tiene dos consecuencias centrales para nuestros efectos⁴: i) una intervención juzgada desde fuera como favorable a los intereses de otro individuo pero que es rechazada por este, no puede justificarse en *consideración de sus derechos*. Dogmáticamente ello se expresa en la exclusión de la aplicabilidad de las causas de justificación derivadas de necesidad en conflictos en que beneficiario y afectado por la acción de necesidad coincidan. En esos casos, el consentimiento y arreglos institucionales afines tienen aplicación excluyente⁵. Esta primera consecuencia dogmática puede denominarse, por ello, aplicación exclusiva de arreglos afines al consentimiento en casos de los denominados conflictos intrapersonales —sobre este nombre volveremos inmediatamente—. ii) Tanto la pretensión de mantener coactivamente el respeto de los derechos de otro como aquella de favorecer sus intereses materiales (solidaridad) dependen de la conformidad del sujeto en cuestión, ya que se trata de su Derecho. Esto tiene relevancia no solo frente al beneficiario, sino también frente al afectado cuando se trata de un tercero: en principio, si el agredido no quiere ser defendido pese a que no consienta en la agresión —en cuyo caso no hay agresión— o el necesitado no consienta en que un tercero afecte los derechos de otro para resguardar sus intereses, resultan inaplicables las causas de justificación derivadas de necesidad, con lo que el agresor puede incluso defenderse en legítima defensa. Dogmáticamente ello se expresa en la denominada dependencia de las facultades de

³ HRUSCHKA, *AT*, 168; ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 91 y 99 s.; MATT/RENIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 35; MK-ERB, § 32, nm. 181; SEIER, *NJW*, 1987, 2479; RENZIOWSKI, *Notstand*, 296; Schönke/Schröder/PERRON, § 32, nm. 25 s., y KARGL, *ZStW*, 1998, 64.

⁴ Acertados BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 49 ss. y 192 ss., y ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*, 571.

⁵ En Alemania ello parece tener incluso reconocimiento jurisprudencial: en la ya célebre decisión sobre desactivación de aparatos médicos necesarios para mantener a un sujeto con vida, el BGH afirmó expresamente que el § 34 StGB no podía ser aplicado por dirigirse la acción típica contra el mismo sujeto que se encontraba en peligro (*NJW*, 2010, 2963). La justificación de la no aplicabilidad del estado de necesidad en situaciones de esta clase puede obtenerse de dos modos: por vía de reducción interpretativa del ámbito de aplicabilidad del estado de necesidad justificante —asumiendo que semánticamente estas situaciones pueden ser englobadas tanto en el § 34 StGB como en los arts. 10, núm. 7, CPCh y 20, núm. 5, CPE—, o por vía de establecimiento de la aplicabilidad global del consentimiento y de los arreglos vinculados a este a los conflictos de esta clase con efecto de desplazamiento de la aplicabilidad de otras instituciones. Al respecto *vid.* SCHMITZ, *Notstand*, 108 ss.

salvaguarda de otro de la conformidad de este con la defensa o intervención agresiva o, como especificación algo más polémica, en la dependencia de la justificación del consentimiento expreso o presunto del beneficiado⁶ o, al menos, en la inaplicabilidad de la legítima defensa o del estado de necesidad contra la voluntad reconocible de auxilio del tercero⁷.

935. El primer principio encuentra su ámbito de aplicación central en los denominados «conflictos intrapersonales» o «colisiones internas de intereses». Esta designación es, sin embargo, conflictiva. El concepto de «conflicto intrapersonal» asume que pueden reconocerse conflictos entre el interés y la voluntad de una persona (adulta). Esta asunción no es autoevidente. En particular, si los intereses se ven definidos por la voluntad, entonces la posibilidad de un conflicto de intereses con la voluntad de alguien debe ser vista como una contradicción en los términos. Pese a ello, puede ser útil para efectos de claridad lingüística no hacer dependiente al concepto de interés de la voluntad del sujeto respecto del cual se predica el interés. Esto es, si se asume un concepto objetivo (o *racionalista*) de interés, bajo el cual la determinación de lo que es de interés de una persona no depende necesariamente de su voluntad, ciertos conflictos pueden ser explicados de un modo más claro. Esta es la mejor versión del concepto de conflicto intrapersonal: en una situación determinada, el interés objetivo de una persona puede no coincidir con su voluntad auténtica (*i. e.*, no sujeta a afectos u otras anomalías que impidan apreciar del todo racionalidad en el agente) de tratamiento de la situación. El sujeto que por razones religiosas se niega a aceptar una transfusión necesaria para salvar su muy feliz vida, puede tener un interés en ser rescatado que es contradictorio con su voluntad. Por supuesto, la afirmación de la existencia de un conflicto entre interés y voluntad implica la realización de un juicio externo que tiene un carácter antipluralista: solo si se asume que las creencias religiosas del sujeto en cuestión son falsas —si la transferencia de sangre implica que su alma se quemará eternamente en el infierno, entonces ciertamente está actuando a favor de su interés— o irrelevantes, puede decirse que quiere resolver un conflicto contra su interés —o, lo que es lo mismo, que la configuración de su voluntad respecto a la situación en cuestión es irracional—. No hay nada que impida, sin embargo, afirmar de un modo más bien plausible que una contradicción entre voluntad e interés puede ser apreciada en este caso; el presupuesto de esta afirmación es la posibilidad de apreciar error práctico en otro, lo que es algo que *debe ser* aceptado como posibilidad por cualquier comprensión de la razón práctica que no sea *radicalmente* escéptica.

⁶ HRUSCHKA, AT, 175 s.; FRISTER, AT, 16/18 y 17/7; NK-KINDHÄUSER, § 32, nm. 83; ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 106 ss., y MK-ERB, § 32, nm. 183, y § 34, nm. 30.

⁷ Al menos esta versión débil es reconocida de modo prácticamente unánime por la dogmática. Así, por ejemplo, BGHSt 5, 245 (247) (*Sünderinfall*); KOCH, *Nothilfe*, 6, y SEEBERG, *Nothilfe*, 85 ss.

Jurídicamente considerado, sin embargo, la realización de juicios de esta clase se encuentra *radicalmente* excluida. Tratándose de una persona adulta que mantenga su condición de capaz de consentir, el Derecho penal excluye la posibilidad de *resolver en su lugar* el conflicto intrapersonal en cuestión⁸. La determinación de qué cuenta como una acción en beneficio propio es dejada al afectado, al menos en los casos en que ello es posible. Por ello, solo el consentimiento y, en su defecto, arreglos institucionales vinculados a este, tienen potencial justificante de acciones lesivas realizadas en interés del propio afectado⁹.

936. El segundo principio encuentra su aplicación fundamental en la exclusión de la denominada *legítima defensa* (o *estado de necesidad justificante*) *impuesta(o)*. Expresado en otros términos: una acción de defensa o necesidad agresiva en beneficio de un tercero solo puede ser ejecutada si es posible apreciar conformidad del beneficiado¹⁰. Eso no quiere decir, por cierto, que el consentimiento del agredido o del necesitado sea aquello que justifica la acción. La acción que requiere de justificación sigue siendo por hipótesis típicamente lesiva de los intereses del agresor/destinatario de la acción de necesidad; es respecto de su posición jurídica que la justificación debe desplegar su potencial y como, por hipótesis, el destinatario de la acción típica no está de acuerdo con su realización, la justificante debe provenir de otra fuente. La justificación se basa así en su condición de agresor o en la necesidad de afectar sus intereses para resguardar intereses sustancialmente preponderantes y no, en cambio, en la voluntad (consentimiento) del beneficiario. Pero la aplicación de las causas de justificación en cuestión se encuentra subordinada a esta voluntad.

Este vínculo de subordinación genera una relación jurídica triangular. Para efectos de clarificar la estructura de esa relación, llamemos A al agente que actúa a favor de otro; B al beneficiado por la acción, y C al afectado por la acción de necesidad. En principio, la relación jurídica de cuyo juicio se trata involucra solo a A y a C: se trata de determinar si la realización de una acción típica que afecta bienes jurídicos de los que C es titular se encuentra permitida. Sin embargo, esa relación jurídica puede depender, tanto en el modo de tratamiento como en su calificación final, de la relación que exista

⁸ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 65; HRUSCHKA, *AT*, 174 s.; KNAUF, *Einwilligung*, 89; FRISTER, *AT*, 17, nm. 9; MATT/RENIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 34, nm. 8; NK-NEUMANN, § 34, nms. 14 s., y SCHMITZ, *Notstand*, 108 ss. y 181 ss., quien considera que entre estado de necesidad en conflictos intrapersonales y las distintas instituciones del consentimiento hay una relación de interferencia que, por razones teleológicas, se resuelve a favor del consentimiento. Similar KINDHÄUSER, *AT*, § 17, nm. 12, y § 19, nm. 2. Sobre el estado de la discusión a este respecto SCHMITZ, *Notstand*, 32 ss., con ulteriores referencias.

⁹ JAKOBS, *AT*, 13/34.

¹⁰ *Vid.*, por mucho, KINDHÄUSER, *AT*, § 16, nm. 2, y KÜHL, *AT*, § 8, nm. 35. En contra CEREZO MIR, *Curso II*, 234, e *íD.*, *FS-Rodríguez Devesa*, 235 s.

entre B y C. Así, si B agrede a C, A puede actuar en legítima defensa de terceros, mientras que si B no ha agredido de ningún modo a C, solo puede actuar si se cumplen los requisitos del estado de necesidad agresivo. Con ello, la relación entre A y C se ve determinada por la relación entre B y C; esto es indudable desde el momento en que distinguimos legítima defensa y estado de necesidad a favor de terceros. Por supuesto, esto no es especialmente problemático desde el punto de vista de C: se sigue tratando de una determinación de su posición a propósito de factores que lo empecan. Si es tratado como agresor, ello tiene lugar porque es *agresor*. Pero además la relación entre B y C se ve determinada por factores completamente ajenos a C, a saber, la relación entre A y B. Como veremos, es posible decir que la relación entre A y B respecto de la acción de necesidad debe configurarse de un modo al menos similar a la conformidad que requiere la intervención a favor de otro lesiva de sus propios intereses, y la configuración de la relación entre A y C depende, a su vez, de la configuración de la relación entre B y C. Esto será analizado a continuación.

c) *Los dos estándares de juicio: conformidad y regla de justificación de afectación interpersonal*

937. Como hemos visto, el juicio de licitud de una intervención (con efecto interpersonal) a favor de un tercero debe ser realizado en base a dos juicios: uno que caracteriza a la relación entre el agente en necesidad y el beneficiario de la acción de necesidad respecto a la acción de necesidad —conformidad—, y un juicio central de licitud de la acción en aplicación de las reglas normales vinculadas a una causa de justificación derivada de una situación de necesidad, el que depende en parte de la relación jurídica que puede ser apreciada entre el beneficiario por la acción de necesidad y el afectado por la acción de necesidad.

938. Los dos juicios independientes pueden ser reducidos a una fórmula con tres pasos: en primer lugar, es necesario determinar si puede apreciarse una situación de legítima defensa, de estado de necesidad defensivo o de estado de necesidad agresivo. Todos los requisitos que definen las situaciones respectivas deben configurarse, incluyendo, por ejemplo, la relevancia del peligro en estado de necesidad agresivo. En segundo lugar, es necesario determinar si la acción cumple con las limitaciones relativas al tipo de acción de necesidad de que se trate, esto es, si es necesaria y proporcionada en los términos que corresponden a la legítima defensa (de tratarse de una situación de legítima defensa); de estado de necesidad defensivo (de tratarse de la situación correspondiente), o de estado de necesidad agresivo (de cumplirse solo los requisitos que definen a la situación de necesidad agresiva). Por último, la intervención debe contar con la conformidad (expresa o pre-

sunta) del beneficiado por la acción de necesidad. Es posible, de este modo, distinguir al menos dos clases de juicios involucrados en estas situaciones: juicios de adecuación a un estándar determinado por una regla externa y juicios de conformidad con la voluntad de alguien.

939. Juicios de *conformidad* son conocidos por la dogmática penal en la forma del consentimiento y sus distintas variaciones. Todos los juicios de conformidad se caracterizan por hacer dependiente el resultado del juicio de la verificación (real o por puro juicio de probabilidad) de la voluntad de alguien. Un juicio de conformidad se caracteriza, por ello, por determinar la preponderancia de la voluntad sobre consideraciones de interés objetivo —a menos que la voluntad deba incluir aspectos de interés objetivo, lo que tiene lugar en algunos supuestos de consentimiento del representante—; es la voluntad la que decide sobre la realización de una acción o sobre su omisión. Eso no quiere decir, por cierto, que la determinación de la voluntad no pueda tener lugar de modo subsidiario por medio de reconstrucciones de interés, bajo la presunción general de que lo racional es generalmente querido por un sujeto. Pero la necesidad de realizar ponderaciones de esta clase no convierte a estos juicios en juicios asimilables a la ponderación de intereses en estado de necesidad o, en general, a juicios sobre racionalidad de la ejecución de una u otra acción, por la sencilla razón de que la posibilidad de verificar oposición entre voluntad y esa reconstrucción del «interés objetivo» de un agente se resuelve siempre a favor de la voluntad, si se está aplicando un juicio de conformidad.

Si lo anterior es correcto, la siguiente afirmación de Koch resulta incomprendible¹¹: «No puede aceptarse la primera postura, en el sentido de que lo característico del estado de necesidad —un conflicto de intereses— no se encuentre presente en el consentimiento presunto. En la situación en que debe afectarse un bien de alguien para resguardar otro bien de este, ciertamente debe averiguarse su voluntad hipotética. Pero ello también tiene lugar por medio de una —ciertamente interna— ponderación de intereses». La frase expresa una confusión sistemática presente en buena parte de la literatura alemana relativa al consentimiento presunto: la asunción de una supuesta cercanía con el estado de necesidad¹². Esa cercanía es expresada por medio del recurso al concepto de «ponderación interna de intereses»: quien lesiona a otro para salvar su vida, estaría ponderando entre su interés en su integridad corporal respecto de la lesión en cuestión y su interés en seguir viviendo, lo que se resolvería fácilmente a favor del último, haciendo uso de este modo de la cláusula del estado de necesidad. Ello se encuentra sujeto a dos objeciones determinantes.

¹¹ KOCH, *Nothilfe*, 17.

¹² Así también OTTO, *Jura*, 2004, 682; MK-ERB, § 34, nm. 30; SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER/ROSENAU, § 34, nm. 15, y ROXIN, *AT*, I, § 16, nm. 101. *Vid.* con ulteriores referencias SCHMITZ, *Nothilfe*, 22 ss. y 32 s.

La primera objeción dice relación con la falta de adecuación del resultado de la ponderación exigida por el estado de necesidad justificante para determinar la licitud de la acción típica: preponderancia sustancial. Sería completamente irracional que en la resolución de «conflictos intrapersonales» se haga uso de esta cláusula; más bien lo único que puede ser racional es que se considere lícito el desarrollo de la acción que resguarde de mejor modo el interés del afectado¹³. En otras palabras: incluso en los casos en que el consentimiento presunto se determina por pura consideración del curso racional de acción —ello tiene lugar tanto en los casos en que no hay indicio alguno relativa a las preferencias personales del sujeto como en los casos del consentimiento presunto del representante—, este no tiene lugar por ponderación bajo la medida del estado de necesidad justificante, sino bajo la asunción de que la voluntad a ser atribuida es la «simplemente» racional.

La segunda crítica tiene un peso sistemático mayor. No es, por cierto, incorrecto en sí afirmar que el consentimiento presunto y otras instituciones ligadas a la determinación de la conformidad del afectado constituyan casos de «ponderación de intereses», pero la asunción de un concepto de «ponderación interna de intereses» como categoría dogmáticamente relevante disuelve la distinción entre interés objetivo y voluntad, necesaria para clarificar los arreglos institucionales en conflictos de la clase que nos interesan. De lo que se trata al distinguir estado de necesidad y consentimiento presunto no es, por cierto, de negar la posibilidad de asumir un principio general de construcción de voluntad hipotética en base a consideraciones racionales, bajo la asunción (verosímil) de que lo racional es generalmente querido. La afirmación relevante que contiene la tesis de la exclusión del estado de necesidad de la resolución de conflictos puramente intrapersonales se refiere al caso de conflicto entre voluntad e interés objetivo: ¿se resuelve en ese caso a favor del interés objetivo? Ejemplo: un paciente se niega a consentir en la realización de una intervención dolorosa necesaria para asegurar una vida futura sin dolor en su espalda. Puede ser que el dolor temporal ligado a la intervención, sea racionalmente considerado, mucho menos relevante que el dolor permanente y en perpetua intensificación que le espera al paciente. Pero del hecho de que su decisión sea irracional, ¿se puede construir una facultad de intervenir coactivamente, sin que ello sea constitutivo del delito de lesiones y coacción violenta? Como veremos con mayor detalle, la respuesta hoy en día prácticamente unánime es que la intervención coactiva en ese caso sería ilícita¹⁴. Quienes sostienen que el estado de necesidad tiene aplicación en algunos ca-

¹³ HRUSCHKA, AT, 174, y JAKOBS, AT, 13/34. Es importante advertir que aquí el conflicto intrapersonal es utilizado en otro sentido: no se trata de un conflicto entre voluntad e interés, sino en la determinación de cuál es el curso de acción racional, esto es, que favorece el interés objetivo del afectado.

¹⁴ Vid. KRAATZ, *Arztstrafrecht*, nms. 66 ss., quien a partir de ello constata correctamente la diferencia sistemática entre estado de necesidad y consentimiento presunto.

Los casos de resolución de conflictos intrapersonales intentan mostrar que situaciones excepcionales permiten justificar la licitud de afectaciones contra la voluntad del beneficiado. Pero los ejemplos que suelen utilizarse a este respecto muestran precisamente que hay confusión de instituciones: generalmente se recurre a casos de incapaces, en cuyo caso los arreglos institucionales aplicables son precisamente otros¹⁵. Esto es, dado el desconocimiento de capacidad de autodeterminación plena, puede ser que los juicios de conformidad del afectado no sean considerados determinantes por los arreglos institucionales pertinentes aplicables a la situación de incapaces. Sobre ello volveremos más adelante, con el objeto de clarificar las relaciones sistemáticas entre juicios de conformidad y juicios de racionalidad.

En cualquier caso: más allá de lo que suceda en las situaciones de relativa inadecuación de la exclusividad del juicio de conformidad, uno puede distinguir dos clases de casos en los que estos arreglos sí son aplicables: cuando se trata de la intervención a favor de un tercero lesionando sus propios intereses —aquí el juicio de conformidad fundamenta la licitud de la acción—, y en situaciones de auxilio por medio de la afectación de un tercero, en cuyo caso la existencia de una voluntad contraria del beneficiado tiene más bien un efecto de exclusión de la aplicabilidad de la justificación, pero el fundamento de la justificación no se encuentra en la conformidad, sino en la institución que corresponda (legítima defensa, estado de necesidad). La conformidad es aquí condición necesaria de aplicabilidad de la justificación —y en ocasiones ni siquiera necesaria—, pero no es condición suficiente y ni siquiera puede considerarse base de la licitud de la acción. En el caso de la intervención sobre el beneficiado mismo (¡y solo sobre sus derechos!), en cambio, la conformidad es condición necesaria y suficiente de licitud de la acción.

940. Las intervenciones (con dimensión interpersonal) a favor de terceros se encuentran justificadas, sin embargo, ante todo de cumplir con el estándar fijado por una regla, cuyo contenido depende de la relación entre el destinatario de la acción de necesidad y el beneficiado por la acción de necesidad. El cumplimiento de la regla es así condición necesaria y fundamento del reconocimiento de la justificación, pese a que no sea propiamente una condición suficiente; pese a cumplir con el estándar, la acción puede no encontrarse justificada de no contar con la conformidad del beneficiado. La justificación depende, por ello, del establecimiento cumulativo del cumplimiento del estándar fijado por la regla aplicable y de la conformidad.

941. Esta estructura cumulativa sufre variaciones en los casos en que la conformidad no es necesaria para determinar la licitud de la intervención a favor del tercero. Ello tiene lugar siempre que, por distintos motivos, se

¹⁵ Ilustrativo WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, § 9, nm. 476.

considere que el beneficiado no tiene capacidad de disposición de los derechos resguardados¹⁶. Todos los casos de *legítima defensa/estado de necesidad impuesta(o) lícita* se dejan reconducir a esta situación. Así sucede, por cierto, en los casos en que se desconoce la capacidad de consentir del beneficiado: la voluntad de no ser defendido por un adulto, para probar su hombría, de un niño de seis años que va a ser asesinado, no es considerada relevante.

942. En la determinación de los límites del condicionamiento de la intervención a favor de otro por la voluntad del beneficiado pueden encontrarse al menos dos grupos de casos problemáticos: casos en que los motivos parecen empecer al propio agente en necesidad y casos de indisponibilidad de bienes jurídicos.

El reconocimiento del primer grupo de casos depende de la realización de una tipología de motivos por los que el tercero puede oponerse a ser beneficiado por medio de una acción típica¹⁷. Sería así posible distinguir entre negativa a la intervención por *i)* consideración al agresor, *ii)* consideración al agente en necesidad, *iii)* voluntad de defenderse uno mismo, *iv)* desconfianza en la capacidad de defensa eficiente del agente y empeoramiento de la situación a causa de su fracaso¹⁸. El caso en que más fácilmente puede ilustrarse el problema corresponde a *ii)*. Para ello, volvamos sobre el caso de la opción por el sacrificio de la mujer profunda y consecuentemente cristiana: en la situación hasta ahora planteada, ella manifiesta su rechazo a la intervención del tercero tanto para evitar que este se ponga a sí mismo en peligro frente al brutal asaltante, como porque considera que es su deber evitar la muerte de su asaltante. Aquí no es en principio dudoso que se encuentra excluida la legítima defensa: si la propia mujer renunció a su ejercicio, el tercero no la puede imponer, aunque su pretensión sea proteger al agresor y al agente¹⁹. ¿Pero qué sucede en el caso en que la no-conformidad tiene lugar por pura consideración al agente? Supongamos que la mujer no tiene nada contra el homicidio del agresor; después de todo el se puso en esa situación. Tiene miedo, sin embargo, de que el tercero falle y con ello resulte lesionado o incluso muerto. Frente al sacrificio de un inocente, la mujer cree que ella debe aceptar su sufrimiento. ¿Puede el tercero intervenir? El argumento para sostener que en estos casos la legítima defensa sí puede ser impuesta al agredido parte de la siguiente base: la determinación de si alguien quiere ver sus derechos protegidos por otro le empece solo a él — este es el punto de partida del rechazo a la legítima defensa impuesta—. Por ello, la decisión de ponerse a sí mismo en peligro sería solo del agente. Esto es, uno incurriría en una contradicción performativa si acepta, por una par-

¹⁶ Así ya BGHSt. 5, 245 (247).

¹⁷ Vid. solo SEEBERG, *Nothilfe*, 115 ss.

¹⁸ JAKOBS, *AT*, 12/59 ss.

¹⁹ Acertado SEIER, *NJW*, 1987, 2480; JAKOBS, *AT*, 12/60, y KOCH, *Nothilfe*, 138 s.

te, la máxima de la no imposición de la protección de sus derechos y, por la otra, considera como legítima defensa/estado de necesidad impuesta(o) la situación en que el rechazo a la intervención del tercero tiene por objeto protegerlo a él. Parte de la dogmática parece razonar de este modo: en este caso, la negación se deriva de la disposición de derechos del agente, por lo que no puede ser relevante²⁰. Habría, de este modo, incapacidad de disponer de aquello de lo que estaría disponiendo el beneficiado. Pero este no es el caso: sean cuales sean sus motivos, la mujer en este caso está negando la facultad de ejercicio de un derecho de ella. No son relevantes los motivos de la denegación, lo único relevante es que la facultad se deriva de sus derechos y que, por ello, ella tiene una capacidad de disposición de la posibilidad de imponer sus derechos. Por ello, la legítima defensa tampoco puede ser impuesta en este caso. Lo mismo sucede en los otros casos de distinciones de motivos que pueden apreciarse.

La segunda clase de situación conflictiva se refiere a bienes jurídicos indisponibles. Es obvio que el beneficiado por una intervención de un tercero respecto de una agresión pluriofensiva no tiene capacidad de negar por sí mismo el uso de la facultad en cuestión. Ello sucede tanto en los casos en que se trata de la intervención a favor de varias personas por medio de una sola acción, como en los casos en que se protege a la vez un bien jurídico individual y uno colectivo. En el primer caso: un sujeto se acerca a lanzar un explosivo a un bus. Dentro del bus, uno de los pasajeros alcanza a ver que un tercero se dispone a dispararle al agresor antes de que tire el explosivo y le grita que no intervenga; que ni siquiera en ese caso se tiene Derecho a matar a alguien. Es obvio que la voluntad contraria a la intervención del pasajero es irrelevante: uno puede contar todavía con la voluntad de todos los otros pasajeros. Segundo caso sencillo: en un proceso importante contra el obispo O, un periodista P se entera de que un menor de trece años T ha sido pagado para declarar que fue violado por O. P se acerca a O para contarle y además le informa que, para asegurarse de desacreditar a T, va a intentar ganarse su confianza y luego grabar la confesión de la mentira clandestinamente. O prefiere, sin embargo, correr el riesgo de ir a la cárcel antes que condenar a un menor de trece años a privación de libertad en centros de menores. El hecho de que O le pida a P que no intervenga, ¿implica que la realización del tipo correspondiente no se encuentra en ningún caso justificada? La respuesta depende del reconocimiento de la aplicabilidad del estado de necesidad en resguardo de bienes jurídicos colectivos.

El caso más difícil y relevante en esta segunda clase de situaciones se presenta respecto de la vida. La indisponibilidad de la vida, en el sentido de que el homicidio a petición es constitutivo de algún delito, ¿implica que la nega-

²⁰ SEIER, NJW, 1987, 2482.

tiva a la defensa frente a una agresión letal es excepcionalmente irrelevante? La dogmática mayoritaria asume esto²¹. Pero esto implica una transferencia demasiado rápida de categorías de la dogmática del consentimiento a la conformidad en el ejercicio de facultades de defensa. No se trata aquí de un juicio sobre la licitud de la acción homicida, sino de tenencia de facultades de defensa de otro. La pregunta depende más bien de si las facultades de imposición del Derecho a vivir pueden ser ejercidas solo a voluntad del titular o también contra su voluntad. La pregunta no es equivalente a la mucho más popular problemática por si el Estado puede coactivamente mantener a una persona con vida —alimentación coactiva de sujetos en huelga de hambre o de pacientes que requieren transfusiones que rechazan—. Allí se trata de determinar si se puede obligar a vivir; aquí si se puede ejercer el Derecho al respeto de la propia vida contra la voluntad del titular.

3. Instituciones de justificación de actuaciones a favor de un tercero en conflictos formalmente intrapersonales

a) *Introducción*

943. En las contribuciones sobre la conformidad del beneficiado con una intervención típica a favor suyo, es usual que se tematicen no solo las limitaciones ya revisadas al principio de la ilicitud de la imposición de la legítima defensa o del estado de necesidad, sino el modo en que se determina esta voluntad. En general, ello se analiza por referencia a otras instituciones vinculadas a la determinación de la voluntad del afectado por una acción (en principio) típica, esto es, consentimiento explícito y consentimiento presunto. Con ello, la pregunta por las relaciones sistemáticas entre intervenciones a favor de un tercero y las distintas clases de consentimiento se tienden a plantear aquí. A nosotros nos interesa ocuparnos aquí precisamente de las dos mismas cuestiones, pero el camino recorrido será precisamente el inverso: en vez de insertar la dogmática del consentimiento presunto en un ámbito que, como tal, le es ajeno —la legítima defensa o el estado de necesidad a favor de terceros—, se trata de analizar directamente las instituciones tendientes a revisar la licitud de la intervención a favor de otro afectando sus propios intereses y, a partir de ello, clarificar el problema de la conformidad. Ello no tiene lugar solo para producir aquí una dogmática más completa de la intervención a favor de otro en general, sino que se basa en la convicción de que tanto la cuestión sistemática de la relación entre intervención a favor de otro con lesión de derechos de un tercero y formas complejas de consentimiento necesita ser clarificada desde las instituciones anómalas de consentimiento y no al revés, y que además los arreglos vinculados a estas institu-

²¹ Vid. solo SEEBERG, *Nothilfe*, 139 ss.

ciones anómalas permiten clarificar mejor los modos en que la conformidad puede ser verificada por el Derecho.

944. Para llevar a cabo esta cuestión, en primer lugar reconstruiremos la lógica de los distintos arreglos vinculados a la intervención típica a favor del afectado (b). Ello será ejemplificado en la literatura que por lejos tiene mayor desarrollo sobre el problema de la justificación de intervenciones (en principio) típicas a favor del afectado: la literatura bioética y de Derecho penal médico sobre la intervención terapéutica. Luego revisaremos brevemente los dos arreglos centrales más allá del consentimiento explícito (informado) que regulan la licitud de la intervención terapéutica: el consentimiento presunto (c) y el consentimiento del representante (d). Solo en último lugar revisaremos brevemente su relación con la conformidad con una intervención constitutiva de legítima defensa o estado de necesidad (e).

b) *La licitud de intervenciones a favor del propio afectado:
el sistema de la licitud de la intervención terapéutica*

i) El arreglo institucional «autodeterminación del afectado (paciente)»

945. Nos interesa aquí revisar los arreglos institucionales relativos a la intervención típica a favor del propio afectado por la acción en cuestión a partir de su ejemplificación en el sistema más institucionalizado a este respecto: el sistema del Derecho médico. De acuerdo con el principio general que regula la punibilidad de intervenciones terapéuticas²², estas resultan lícitas siempre que les haya precedido el otorgamiento del consentimiento informado del paciente antes de su ejecución. Desde la decisión fundamental del Tribunal del Imperio en relación con la condición de lesión corporal de la intervención terapéutica no consentida²³, pasando por las decisiones

²² BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 110, y DOLGIN/SHEPERD, *Bioethics*, 45 ss.

²³ RGSt 25, 375. En el caso en cuestión, se trataba llamativamente de un caso de ausencia del consentimiento del representante: a una niña le fue amputado, de forma médicamente indicada, un pie a consecuencia de complicaciones derivadas de una tuberculosis, habiéndose negado el padre a ello. El Tribunal del Imperio condenó al médico pese al éxito terapéutico de la operación. Uno puede sospechar que la decisión se encontraba vinculada a consideraciones de la potestad parental y de su relevancia en la institución del consentimiento del menor que resultan propias de representaciones culturales del siglo XIX y de principios del XX. El caso en cuestión estableció una jurisprudencia que se mantiene hasta el día de hoy en Alemania, de acuerdo con la cual la intervención terapéutica no consentida válidamente es siempre constitutiva del delito de lesión corporal. Ella fue confirmada por las decisiones del Tribunal del Imperio RGSt 29, 398; RGSt 41, 88, y RGSt 41, 932, y luego retomada ininterrumpidamente por el Tribunal Supremo Federal desde BGHSt 4, 88. El principal cambio que ha presentado la jurisprudencia alemana desde RGSt 29, 398, se refiere a la naturaleza del consentimiento y de las condiciones de su ejercicio válido. En el caso original, el Tribunal del Imperio entendía el poder justificante por referencia a regulación civil de actos jurídicos. La jurisprudencia alemana fue lentamente rompiendo con esta representación. En material civil.

de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el Derecho a obtener una indemnización en caso de realización de intervenciones terapéuticas no consentidas²⁴, el Derecho médico en general y penal médico en particular han avanzado así progresivamente hacia la exclusión de todo privilegio personal del médico en la calificación de su conducta y, en general, en relación con la prohibición de la determinación de los intereses corporales propios por parte de un tercero. En lo que nos interesa a nosotros, la intervención terapéutica sería, de esta modo, ciertamente *prima facie* típica, en el sentido de que en general sería posible encasillarla en el concepto genérico de «lesión corporal» (o, en su caso, en el concepto de homicidio), pero se trataría de una acción conforme a Derecho siempre que sea concordante con la voluntad del afectado²⁵. De esta forma, la permisibilidad de la intervención terapéutica no derivaría de una determinación externa del mejor interés del paciente, sino de su autodeterminación constituida por la conjunción del otorgamiento de herramientas suficientes para comprender aquello que se juega (la «información»), con una expresión de voluntad del paciente (el «consentimiento informado»)²⁶.

desde BGHZ 29, 33, las reglas de capacidad en el consentimiento han sido desacopladas por completo de la capacidad jurídica de celebrar negocios jurídicos. Sobre esta evolución *vid.* con más detalle ODENWALD, *Einwilligungsunfähigkeit*, 16 ss., y AMELUNG, *Irrtum*, 10 ss. Sobre la situación en España *vid.* solo MORILLAS CUEVA, *GS-Ruiz Antón*, 792 ss.

²⁴ Sobre la historia del desarrollo y reconocimiento del consentimiento informado en Estados Unidos *vid.* solo MENIKOFF, *Law*, 154 ss. En España, SIMÓN, *Consentimiento*, 51 ss.

²⁵ Sobre la consideración del *Heilangriff* como constitutivo del delito de lesión corporal solo justificable por alguna consideración de justificación *vid.* TACHEZY, *Einwilligung*, 27 ss., y también KRAATZ, *Arztstrafrecht*, § 3, nms. 30 ss. Latamente sobre historia y estado discusión BAUER, *Heileingriff*, 5 ss. Esta opinión corresponde a la denominada *Rechtfertigungslösung*, ininterrumpidamente mantenida por la jurisprudencia y parte importante de la literatura. La alternativa contraria se ve representada por las dos variantes de la denominada *Tatbestandslösung*, de acuerdo con la cual el carácter curador de la intervención terapéutica le privaría de su carácter típico. Bajo una de las dos variantes, el carácter curador (atípico) se determinaría por saldo final: si el sujeto quedó en mejor condición global producto de la intervención, esta se encontraría justificada. Así, HARDWIG, *GA*, 1965, 161. *Vid.* al respecto BAUER, *Heileingriff*, 14 ss. La solución contraria, probablemente dominante en la literatura, determina la tipicidad de la acción a partir de una observación *ex ante*: si *ex ante* la acción podía ser vista como terapéuticamente indicada, ella no sería constitutiva de lesión. Así, ENGISCH, *ZStW*, 1939, 9; GALLAS, *ZStW*, 1955, 21, y KAUFMANN, *ZStW*, 1961, 373. En español LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Consentimiento*, 45, con referencias ulteriores. Ver latamente sobre esta solución BAUER, *Heileingriff*, 19 ss. En el Derecho anglosajón, el delito que tiende a ser considerado aplicable a la intervención terapéutica sin consentimiento es «battery»: tocar invasivamente el cuerpo de otro sin su consentimiento. Así, en Inglaterra, Lord Donaldson en *Re W* (1992) 4 *All ER* 627, 633. Pese a ello, tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos, los tribunales han tendido a limitar la aplicabilidad del cargo criminal y concentrarse en la imposición de responsabilidad civil. *Vid.* MONTGOMERY, *Healthcare*, 227 ss. En Alemania ha sido, en cambio, tanto el Derecho penal como civil aquello que ha construido la regulación del consentimiento en intervenciones terapéuticas. Sobre el sistema del consentimiento en el Derecho penal médico alemán *vid.* KRAATZ, *Arztstrafrecht*, § 3, nms. 37 ss., incluyendo las referencias a regulaciones especiales respecto a ciertos tipos de instituciones.

²⁶ Sobre su regulación en Chile *vid.* WILENMANN, *Lesión punible* (en prensa al momento de cierre de esta edición).

El diseño institucional centrado en el consentimiento no es, por cierto, el único modo posible de configurar la licitud de intervenciones típicas a favor del propio afectado, incluyendo la intervención terapéutica. Tanto la historia institucional algo informal chilena como algunas prácticas comparadas han reconocido sistemas en que la determinación externa del mejor interés del paciente por parte del agente (en general: médico) es aquello que excluye el carácter ilícito de la intervención. El juicio sobre la permisibilidad de la acción del médico no es, en ese caso, un juicio sobre concordancia entre acción y voluntad del paciente, sino entre tratamiento dado y tratamiento indicado: todo tratamiento objetivamente indicado, en el sentido de que tenga un efecto terapéutico al menos potencial, se encontraría justificado, sería socialmente adecuado o atípico. Es incluso pensable establecer sistemas en los que se entregue capacidad casi completa de determinación de lo indicado al médico tratante, estableciendo punibilidad solo en caso de abuso de esa facultad. La idea, extendida en la literatura penal de manuales hispanoparlantes, de que la intervención terapéutica se encuentra justificada por «cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio» (la profesión médica), o que ella es socialmente adecuada o atípica, puede ser leída de esta forma. En los últimos veinte años, la imposición del modelo del consentimiento parece ser, sin embargo, total.

946. Como es obvio, el diseño institucional centrado en el consentimiento asume como figura rectora la del adulto con plena capacidad de autodeterminación racional²⁷. Esto es algo que culturalmente solo es reconocido cuando se le atribuyen ciertas características a un individuo que, en general, pueden designarse bajo el concepto de capacidad de ponderación y decisión racional: solo bajo presupuesto de comprensión del alcance de una decisión y capacidad de evaluación de su concordancia con las expectativas y pretensiones del individuo puede verse en la toma de una decisión un acto de autodeterminación²⁸. Si, sin embargo, se verifican esas competencias, la determinación de la licitud de la intervención depende exclusivamente de la entrega del consentimiento explícito por parte del paciente. El sistema requiere aquí, por ello, de expresión reconocible de conformidad del paciente adulto con la intervención como modo excluyente de determinación de la licitud de esta.

²⁷ Es por cierto teóricamente problemático establecer los estándares bajo los cuales se juzga una acción como concordante con una decisión de autodeterminación. En la clásica exposición de BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 101 ss., la decisión intencional no requiere más que el establecimiento de una competencia mínima previa y falta de control externo para ser calificada como autónoma. En la discusión general, esta forma de comprensión tiende a ser denominada «autonomía de agente». La comprensión contraria, la autonomía personal, asume, en cambio, que la verificación de que una acción es el fruto de autodeterminación requiere la realización de un juicio de consistencia personal. Al respecto *vid.* QUANTE, *Leben*, 174 ss.

²⁸ BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 108. En la dogmática penal *vid.* BÖSE, *FS-Roxin*, 524, y AMELUNG, *ZStW*, 1992, 544 ss.

947. De lo anterior se deduce que los presupuestos que le confieren sentido inmediato al sistema no parecen cumplirse en aquellas situaciones en que no se dan las condiciones bajo las cuales se reconoce capacidad de ponderación y decisión racional²⁹, con lo que el tratamiento de las condiciones de justificación de la intervención terapéutica se torna al menos teóricamente problemático en esos casos. Ello tiene lugar, por ejemplo, tratándose de niños, de sujetos afectados por una enfermedad mental severa, de individuos que requieren operaciones de urgencia y se encuentran inconscientes o, incluso, en casos en que adultos actualmente conscientes y generalmente capaces se encuentren en una situación (ej.: estado de *shock*) que pueda hacer dudar de la concordancia de la decisión con aquella que el mismo sujeto tomaría sin estar afecto a la circunstancia en cuestión.

Los sistemas de juicio centrados en la autodeterminación del afectado necesitan, por ello, de instituciones auxiliares que le permitan tratar estos casos en que por razones fácticas (inconsciencia) o de desconocimiento de ciertas capacidades, la conformidad no puede determinarse por pura verificación positiva de la voluntad. Pero precisamente por faltar los presupuestos que le dan sentido al principio rector del diseño institucional —la primacía del consentimiento informado del paciente—, la determinación del contenido de esas instituciones auxiliares es problemática. Ellas son cruciales, sin embargo, no solo para una comprensión completa de las instituciones que determinan la licitud de intervenciones (en principio) típicas para beneficiar al propio afectado, sino también para clarificar la relación sistemática de estas instituciones con las intervenciones a favor de un tercero en sentido estricto así como del modo en que puede determinarse la conformidad.

ii) Condiciones de aplicación de instituciones auxiliares de determinación de la licitud y contenido necesario de estas

948. La primera pregunta que debe ser respondida para clarificar la configuración auxiliar de un sistema autodeterminación se refiere a las condiciones bajo las cuales *no* puede aplicarse su arreglo central y, por ello, se hace necesario recurrir a instituciones auxiliares. Esto puede ser descrito por referencia a capacidades requeridas por la práctica de la autodeterminación. En principio, la práctica puede desconocer la tenencia de esta clase de capacidades en dos tipos de situaciones: en caso de atribución de una capacidad incompatible con las condiciones de reconocimiento de capacidad de autodeterminación y en caso de reconocimiento de un estado temporal que

²⁹ Fundamental en el diagnóstico de dejación en el tratamiento de la situación de pacientes incompetentes BUCHANAN/BROCK, *Deciding*, xi ss.

excluye esas capacidades en un individuo al que, sin embargo, generalmente se le reconocen³⁰.

949. En el primer caso se incluye de forma indudable a niños y sujetos afectados por enfermedades mentales que suponen una demencia severa y de forma menos clara a adolescentes y sujetos con una condición mental alterada en forma permanente pero menos severa. El concepto que tiende a ser utilizado en la jerga de la ética-médica y de la literatura jurídica anglosajona para designar a este grupo de individuos es «incompetencia», pese a que este tenga el problema de generar confusión al no calificar solo una capacidad personal —la tenencia de la capacidad de ponderación suficiente para ser considerado participe normal en la práctica de la autodeterminación—, sino también una potestad —la potestad privativa de decidir sobre la realización de la intervención—. La dogmática penal de influencia alemana tiende a hablar, en cambio, de «incapacidad de consentir»³¹. Esta preferencia terminológica deriva de la inserción del problema en cuestión en la dogmática general del consentimiento. Esta es una decisión metodológica correcta. «Incompetencia» puede ser vista, sin embargo, como la calificación específica de la incapacidad de consentir en una intervención terapéutica del tipo que se juzga, lo que expresa de mejor forma la relatividad de las condiciones de reconocimiento de capacidad de consentimiento al tipo de acción típica de que se trata y a las características particulares del individuo que consiente³². Por ello, seguiremos en lo que sigue la nomenclatura anglosajona. Es importante mantener conciencia, sin embargo, de las ambigüedades que le afectan al concepto de incompetencia. Por ello, intentaremos hablar de «competencia de decisión» para referirnos al aspecto procedimental sobre la radicación de la potestad de decidir, y simplemente de «competencia» o «incompetencia» para referirnos a la capacidad de consentir en una intervención terapéutica determinada.

El segundo caso de inaplicabilidad del arreglo central de la práctica de la autodeterminación se caracteriza por la asunción de que ella deriva de una situación excepcional no vinculada a las capacidades normales ya adquiridas por el afectado. Este caso incluye no solo a sujetos que se encuentran en estado de inconsciencia y deben ser intervenidos de urgencia, sino también a personas conscientes pero con una alteración nerviosa relevante. Para dis-

³⁰ Similar DOLGIN/SHEPERD, *Bioethics*, 68 ss. En Alemania es común asumir la existencia de un parentesco entre las condiciones de incapacidad de consentir y la institución de los defectos de la voluntad del Derecho civil. Sobre las relaciones entre estas instituciones vid. ODENWALD, *Einwilligungsfähigkeit*, 6; RÖNNAU, *Willensmängel*, 205 ss., y AMELUNG, *Irrtum*, 41 ss.

³¹ Así, por ejemplo, AMELUNG, *ZStW*, 1992, 525 ss., y BÖSE, *FS-Roxin*, 524 ss.

³² Esto, por cierto, es compartido por la dogmática penal alemana, la que hoy en día rechaza de forma completamente mayoritaria la fijación por medio de criterios formales (por ejemplo, minoría de edad) de la capacidad de consentir en una intervención terapéutica. Vid. a este respecto solo AMELUNG, *ZStW*, 1992, 535 ss., con ulteriores referencias.

tinguir esta clase de situaciones de la primera, puede hablarse de «indisposición accidental».

Incompetencia e indisposición accidental forman así un universo conceptual que agota todos los casos en que falta la capacidad de autodeterminarse y, con ello, el poder justificante del consentimiento. Ese carácter taxativo se asegura conceptualmente al producir una delimitación negativa: indisposición implica incapacidad para consentir pese a tenencia de capacidades personales ya adquiridas para hacerlo, mientras que incompetencia constituye todo caso de incapacidad no incluido en el grupo anterior.

950. Dado el carácter taxativo de los conceptos de incompetencia e indisposición, la extensión relativa de la inaplicabilidad del arreglo «autodeterminación» respecto de la realidad que debe regular se agota en el contenido semántico de los conceptos de incompetencia e indisposición. Con ello, el tratamiento dogmático se agota a su vez en la determinación de cómo se solucionan ambos grupos de casos. Como veremos, estos son tratados siguiendo dos arreglos institucionales: el consentimiento presunto y el consentimiento del representante³³. Antes de revisar los arreglos en cuestión es importante analizar las decisiones que el sistema debe tomar frente a esta clase de situaciones. Para ello, lo crucial es ver qué es exactamente lo que falta en los casos de indisposición e incompetencia frente a la situación normal y qué debe ser suplido por el sistema. Analizaremos esto en el apartado que sigue.

iii) Decisiones immanentes a un sistema de justificación de las intervenciones terapéuticas e instituciones auxiliares

951. La determinación de las decisiones necesarias a un sistema institucional de justificación de las intervenciones a favor de otro puede ser establecida en base a aquello que supone su dependencia del consentimiento explícito. El arreglo institucional «autodeterminación» puede caracterizarse en base a dos componentes de relevancia institucional: la identificación de una persona que tiene competencia (potestad) para decidir sobre la realización de la intervención y una definición de las consideraciones que deben guiar la toma de esa decisión. El arreglo «autodeterminación» implica otorgamiento de competencia de decisión al afectado (en materia médica: al paciente) sin control de mérito respecto de las razones de la decisión. La competencia de

³³ El concepto que se utiliza en el Derecho alemán para referirse a esta institución (*stellvertretende Einwilligung*) podría traducirse mejor como «representación en el consentimiento» y, de hecho, la literatura española tiende a hacerlo así. Es preferible, sin embargo, utilizar el concepto de «consentimiento del representante», ya que ello da cuenta de mejor forma de que no se trata de una decisión sustitutiva, sino de una decisión sobre otro.

decisión es, de esta forma, fijada en el afectado, y las razones que deben guiar la toma de decisión son declaradas irrelevantes. Al no ser aplicable el arreglo institucional autodeterminación en el caso de afectados incompetentes (incapaces personales) o indispuestos, el sistema debe entregar una competencia (potestad) de decisión a otro y puede (o no) calificar las consideraciones a tener en cuenta al tomar la decisión. Asimismo, en un paso ulterior, puede determinar las condiciones en que la decisión primaria puede ser puesta en duda en base a su mérito.

952. Los componentes institucionales que deben ser redefinidos cuando el arreglo «autodeterminación» no funciona son, por ello, al menos dos: *a)* determinación de una persona encargada primariamente de tomar una decisión, la que por definición no puede ser el afectado mismo —los casos se caracterizan por no reconocerle capacidad de decisión vinculante—, y *b)* definición de las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al tomar la decisión y que definen su corrección. Al tratarse de un arreglo que tiene que establecer criterios de mérito para juzgar la permisión de la intervención, el sistema puede además tomar dos decisiones adicionales: *c)* definición de competencias de desafío de la decisión primaria (y procedimiento de ejercicio) y *d)* determinación de competencias de decisión frente al desafío³⁴. En el contexto de un análisis de causas de justificación que no tienen, en general, grados tan altos de procedimentalización, la inclusión de tantos factores puede ser desconcertante. Pero precisamente la relativa lejanía del penalista frente a esta clase de arreglos es lo que hace necesario explicarlos de modo más detenido.

953. La configuración de los componentes necesarios y contingentes de un arreglo institucional auxiliar al consentimiento explícito (e informado) puede, por cierto, ser más o menos compleja. En principio, en ámbitos más institucionalizados dada la frecuencia con la que se presentan esta clase de problemas —ámbito médico— el arreglo va a ser más complejo y formalizado, algo que no tiene por qué repetirse en ámbitos menos institucionalizados. Pero también en el ámbito médico mismo existen distintas configuraciones posibles de mayor o menor complejidad. Esta mayor complejidad puede tener lugar ya respecto de los dos componentes necesarios al arreglo: Así, en lo relativo a *a)*, un sistema podría, por ejemplo, disponer que ante incompetencia (incapacidad) del paciente, la competencia de decisión vuelva al médico, fijando como estándar a ser tomado en cuenta a la pura *lex artis*. Este arreglo institucional podría, o no, complementarse con posibilidades de desafiar la decisión del médico por parte de terceros, pudiendo recurrir a otras opiniones. Por supuesto, este no es el único arreglo posible ni en la fijación de la competencia de decisión, ni en la fijación de competencias de

³⁴ Fundamental a este respecto, aunque haciendo uso de una matriz analítica distinta a la propuesta aquí, BUCHANAN/BROCK, *Deciding*, 87 ss.

revisión de la decisión. Ambas competencias pueden entregarse más bien a toda clase de terceros.

También en lo relativo a *b*) el arreglo puede tener múltiples configuraciones: la decisión puede requerir ser tomada determinando la conformidad de la voluntad del paciente incapaz o indispuerto con la intervención; determinando el mejor interés objetivo del paciente; determinando el mejor interés combinando coherencia biográfica y cuestiones relativas al estado de salud, etc. En principio, esas consideraciones pueden dividirse en consideraciones de interés terapéutico objetivo y consideración de voluntad subjetiva real del paciente, con varios rangos intermedios³⁵. Esta distinción tiene, como veremos, una relevancia central en el análisis de los arreglos del sistema penal en el juicio de intervenciones (en principio) típicas a favor del afectado por ellas.

954. En materia penal (y penal-médica) los dos arreglos institucionales reconocidos por la literatura que sirven como arreglos auxiliares a la aplicación exclusiva del consentimiento en intervenciones a favor del afectado, son el consentimiento presunto y el consentimiento del representante³⁶. El tratamiento de la dogmática de ambas instituciones tiende a ser, sin embargo, más bien impreciso, por lo que es importante clarificar su contenido. A continuación revisaremos brevemente la configuración de ambas instituciones.

c) El consentimiento presunto

955. El consentimiento presunto³⁷ es el arreglo institucional general en el juicio de la licitud de intervenciones a favor del afectado por la acción típica en caso de *indisposición* para consentir³⁸. Por ello, en materia penal

³⁵ Similar STEINER, *Knabenbeschneidigung*, 160 s.

³⁶ En este sentido, la distinción trazada por los arts. 8, 9.2 y 9.3 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente en España, sobre las fuentes de la licitud de la intervención, parece correcta. En Chile la situación es mucho más confusa. Al respecto *vid.* solo WILENMANN, *Lesión punible* (en prensa al momento de cierre de esta edición).

³⁷ Sobre su origen en el Derecho natural racional *vid.* RIEGER, *Einwilligung*, 67, y HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 67. Pese a ello, es usual encontrar una referencia a Mezger como «inventor» del consentimiento presunto. Así, ROXIN, *FS-Welzel*, 447; DE LA MATA, *Consentimiento presunto*, 398 s., y MORILLAS CUEVA, *FS-Rodríguez Ramo*, 154. Sobre su recepción en la literatura española *vid.* ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *Consentimiento*, 215 s.

³⁸ Esto coincide parcialmente con el criterio dogmático tradicional utilizado en Alemania para determinar la aplicabilidad del consentimiento presunto: «que no puede preguntarse a tiempo al afectado por si consiente en la lesión». Así, ROXIN, *FS-Welzel*, 461, y DE LA MATA, *Consentimiento presunto*, 399. Esto es incompleto: el afectado tiene que ser además generalmente competente (o, en el caso más polémico, haberlo seguido alguna vez). En ese sentido problemática la resolución del BGH, *NJW*, 1995, 204: la interrupción de la alimentación artificial de un paciente con síndrome apático irreversible (coma profundo) —daño cerebral masivo que implica ausencia de respuesta a estímulos externos e incapacidad de sobrevivir sin mecanismos externos de alimentación— solo se

médica, se trata del arreglo que regula la situación de los pacientes indis-
puestos y que tiene, por ello, como condición necesaria de aplicabilidad la
verificación de competencia general de decisión en el tipo de afectaciones
de que se trata³⁹. De acuerdo con este, la realización de una intervención te-
rapéutica sobre un paciente indispuesto accidentalmente para consentir se
encuentra sujeta a la verificación de su consentimiento presunto, esto es, de
la posibilidad de interpretar plausiblemente que el paciente consentiría en
la operación de encontrarse en condiciones de hacerlo⁴⁰. Se trata, por ello,
de un juicio de concordancia entre voluntad atribuible al paciente y reali-
zación de la intervención terapéutica⁴¹. No se trata, en cambio, de un jui-
cio sobre la razonabilidad abstracta de la decisión de consentir o negarse a
consentir en la operación⁴².

956. Las razones por las que un sistema puede adoptar un arreglo de esta
clase para tratar la situación de pacientes o, en general, afectados indispuestos,

ría permisible de conformidad con las reglas del consentimiento presunto; en otro caso se realizaría
el delito de homicidio en omisión impropia. ¿Pero no se produce ya en ese estado un cambio de si-
tuación a la de un paciente incompetente —no solo accidentalmente indispuesto para consentir—,
de modo tal que el estándar de decisión debiera ser el del consentimiento del representante? Es
probable que los tribunales tengan dificultades en aceptar esto, ya que implicaría tomar decisiones
morales generales sobre lo que es objetivamente beneficioso para un paciente en ese estado. Similar
en su crítica a la elusión de los problemas morales implicados en estas situaciones MERKEL, *ZStW*,
1995, 546 ss., y de modo completamente acertado en relación con la aplicación del consentimiento
presunto en la omisión (558 ss.). La solución por medio de la verificación de un *rechazo presunto* al
tratamiento de alimentación artificial en casos de esta clase es ciertamente correcta, pero no permi-
te responder a la pregunta moral más relevante de casos de especie: ¿cómo se determina la licitud
de acciones que derivarán en la muerte de un paciente incompetente?

³⁹ Acertada STEINER, *Knabenbeschneidung*, 164.

⁴⁰ BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 111, y DOLGIN/SHEPERD, *Bioethics*, 69 ss.

⁴¹ BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 111 s.; DOLGIN/SHEPERD, *Bioethics*, 69 ss.; MENIKOFF,
Law, 268 ss.; HILGENDORF, *FS-Kübl*, 513 ss.; MÜLLER-DIETZ, *JuS*, 1989, 281 ss.; KRAATZ, *Arztstra-
frecht*, nms. 66 ss.; MERKEL, *ZStW*, 1995, 563; *LK11-HIRSCH*, Vor. § 32, nm. 132; *LK-RÖNNAU*, Vor.
§ 32, nms. 214 ss.; *NK-NEUMANN*, § 34, nm. 19, y TACHEZY, *Einwilligung*, 40 ss.

⁴² Incorrecto COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 378 s.: consentimiento presunto es ficción
de conocimiento del consentimiento de otro, pero no se trata de su voluntad subjetiva presunta,
sino racionalmente determinada. La ordenación tradicional en la literatura alemana —hoy en día
minoritaria— del consentimiento presunto como derivación del estado de necesidad justificante es
igualmente imprecisa: no solo desconoce el fundamento del consentimiento presunto como insti-
tución auxiliar en una práctica de autodeterminación, sino que también la naturaleza interpersonal
(confirmada en Alemania por la exigencia de preponderancia sustancial) del estado de necesidad
agresivo. El error es, por ello, todavía más importante en el caso de quienes consideran que la rea-
lización de una operación de emergencia sobre un paciente inconsciente, o alguna intervención en
una situación similar, es un caso de estado de necesidad. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*,
497. Similar ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *Consentimiento*, 217, quien señala que la inclusión de
un arreglo objetivo (interés objetivo) para juzgar la permisibilidad de estas intervenciones implica justi-
ficación por estado de necesidad. En su caso el error no se encuentra en la institución que termina
considerando aplicable —el consentimiento presunto como forma deficitaria de consentimiento—,
sino en la caracterización del caso contrario: no puede ser estado de necesidad bajo una compren-
sión sistemáticamente correcta (interpersonal) de este. En relación con el primer punto acertado ya
ROXIN, *FS-Welzel*, 450 ss.

no son difíciles de comprender. La fijación en la concordancia subjetiva con la voluntad parece ser casi necesaria a un sistema centrado en la autodeterminación⁴³: no habría consistencia axiológica en un sistema que se fije solo en la voluntad real, sin calificación de mérito, del paciente consciente y, en cambio, en la pura indicación terapéutica respecto de pacientes inconscientes. Ello sería además peligroso institucionalmente: bastaría con que el médico produzca un estado de indisposición del paciente, existiendo consentimiento respecto de la generación del estado de inconsciencia —ello no es nada raro: los pacientes tienden a consentir en la producción de un estado de inconsciencia mediante anestesia general— para poder tomar una decisión contraria a la voluntad antes expresada. La indisposición es así reducida a la condición de mera dificultad en el funcionamiento de un sistema basado en la autodeterminación; el arreglo pretende buscar el modo más concordante con su decisión fundamental al determinar la licitud de las acciones típicas en estos casos.

957. El consentimiento presunto es, de esta forma, una institución *definida por las consideraciones* que deben ser tenidas en cuenta al tomar la decisión de realización de la intervención. De por sí, en cambio, la institución no dice nada sobre las otras preguntas institucionales relevantes que hemos visto, a saber: quién debe tomar en principio la decisión; quién puede desafiarla y quién resuelve en caso de desafío. Como se trata de una institución con aplicación general en el Derecho penal, es por lo demás comprensible que tenga este grado de indeterminación en la atribución de competencia y en las cuestiones procedimentales: en la intervención de urgencia en la calle a favor de otro, esta clase de consideraciones no parecen relevantes. Distinta es la situación en el Derecho penal médico, en el que la frecuencia de aplicación del consentimiento presunto es especialmente alta y, por ello, especialmente expuesta a conflictos. Por ello, configurado de un modo institucionalmente adecuado, el Derecho penal médico (o, mejor, médico en general) debe tomar decisiones institucionales adicionales sobre quién toma la decisión (intentando reconstruir la voluntad real del paciente) y quién puede desafiar esta decisión. Ese es un problema relativo a cada sistema jurídico que, por su especificidad, no nos interesa tematizar aquí⁴⁴. Sí nos interesa concentrarnos, en cambio, en el contenido de la regla que fija la licitud y la forma de determinación del cumplimiento de la regla en cuestión, así como en algunos supuestos relevantes de consentimiento presunto.

⁴³ «En vista de la primacía del derecho de autodeterminación, el contenido del consentimiento presunto debe determinarse en primera línea a partir de una consideración de las circunstancias personales del afectado, de sus intereses individuales, deseos, necesidades y representaciones de valor» (BGHSt 45, 219 = BGH, NJW, 2000, 885). Acertado también BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 49 ss. y 192 ss.

⁴⁴ Sobre el contenido del consentimiento presunto y del consentimiento del representante en materia penal médica en el Derecho chileno *vid.* WILENMANN, *Lesión punible* (en prensa al momento del cierre de esta edición).

958. Si bien, de esta forma, la fijación general del criterio que debe guiar la toma de la decisión sobre la intervención en un paciente indispuerto es sencilla —se trata de la determinación de sus preferencias personales, por oposición a razonabilidad terapéutica general—, tanto la fijación precisa del fundamento como del contenido del estándar «preferencia personal» es especialmente problemática. Todavía más: uno puede afirmar sin demasiados problemas que se trata del lugar en que las concepciones teóricas de la autonomía se enfrentan del modo más claro. Para una concepción de la autonomía como ejercicio de ciertas capacidades, el consentimiento presunto —la fijación de un estándar de decisión ligado a las preferencias personales del paciente— solo puede ser visto como una regla sustitutiva que se encuentra en ruptura con el caso normal. Esto es, como la autonomía es por definición el ejercicio de ciertas capacidades, la situación del consentimiento presunto tiene que interpretarse como un caso obvio de intervención heterónoma, ya que las capacidades en cuestión no se ejercen. Se trata, por ello, del establecimiento de un arreglo institucional cuyo objeto es minimizar las consecuencias personales de la pérdida temporal de la facultad de consentir —el sujeto no pudo ejercer autonomía, pero quedará en la medida de lo posible en la misma situación física en que quedaría de haberlas ejercido—, el que puede tener un sustento institucional ulterior en la voluntad de evitar abusos ligados a la producción (típicamente por uso de anestesia) de estados de inconsciencia⁴⁵. Para una concepción personal de la autonomía, en cambio, la transferencia de las competencias de decisión a un tercero no implica una ruptura con la posibilidad de calificar una intervención como respetuosa de la autonomía del paciente: precisamente porque no se trata más que del establecimiento de la coherencia entre intervención terapéutica y las valoraciones y preferencias personales del sujeto, es que el hecho que el tercero ejerza la competencia de decisión no implica oposición a la autonomía del paciente⁴⁶. El traslado procedimental dificulta el establecimiento de esa coherencia, pero el sistema no tiene otra alternativa dada la indisposición del paciente.

959. Más allá de estas dificultades teóricas relativas al fundamento del consentimiento presunto como arreglo institucional, este tiene dificultades en su aplicación: la determinación del contenido del criterio «preferencias personales» parece inmediatamente problemática.

Estas dificultades son, en primer lugar, de orden procedimental. Es procedimentalmente complejo que en una sociedad de contactos anónimos, el personal médico o, en general, cualquier extraño, pueda determinar del todo

⁴⁵ Esto puede verse en la exposición de BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles*, 111, quienes califican un sistema que establezca la procedencia de una intervención por consentimiento presunto en base a consideraciones objetivas como «moralmente peligroso».

⁴⁶ Así, por ejemplo, AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, 550 ss.

las preferencias personales de un tercero, así como el modo en que estas incidirían en una decisión de este sobre la intervención que se evalúa. Pese a que el problema, por su naturaleza hipotética, parece ser intolerablemente complejo, en la mayor parte de los casos es probable que las preferencias de los afectados coincidan con aquello que es racional (en materia médica: lo terapéuticamente indicado), por lo que las dificultades prácticas de aplicación no resultan tan complejas como parece a primera vista.

Así, en principio, buena parte de las dificultades puede ser superada por medio de la asunción de un criterio general de coincidencia entre preferencias personales y curso de acción racional: en ausencia de otros factores que considerar y siendo obvio lo que es considerado racional en un caso determinado, el consentimiento presunto puede darse por establecido⁴⁷. En materia médica ello tiene lugar, por ejemplo, en caso de intervenciones cuyo objeto es superar complicaciones más o menos graves sin que estas signifiquen, a la larga, secuelas de relevancia: aquí el establecimiento de un consentimiento presunto no tiende a presentar problemas.

960. Los problemas procedimentales de aplicación surgen del todo, por ello, en dos clases de casos: cuando existen antecedentes personales concretos que inciden en la evaluación de la conformidad con la realización de una intervención indicada —el ejemplo tradicional, y tal vez sobreexplotado, es el de Testigos de Jehová inconscientes que requieren de una transfusión de sangre—, y en aquellas situaciones en que existen formas alternativas de acción que requieren la ponderación de distintos riesgos y consecuencias.

En la solución de estos casos, si bien el principio es siempre el mismo —la decisión debe corresponderse con las preferencias personales del individuo en cuestión—, su aplicación es efectivamente problemática. Estas dificultades son, en principio, procedimentales: puede ser difícil, en los hechos, averiguar las preferencias personales del afectado. Pero ellas también tienen una naturaleza valorativa: puede ser complejo valorar el modo en que preferencias personales acreditables debieran incidir en una decisión terapéutica. Ejemplo: es posible acreditar la voluntad pasada explícita de no someterse a una operación que implique generación de impotencia, pero en una situación en que la omisión de la realización de una operación que tenga estas consecuencias implicaría la muerte del paciente, ¿debe es-

⁴⁷ Similar BGHSt 40, 263. Así también ya ROXIN, *FS-Welzel*, 464 s.; TACHEZY, *Einwilligung*, 50 ss.; KREY/ESSER, *AT*, § 18, nm. 677, y WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, § 11, nm. 571. Incorrecta, en cambio, la opinión, relativamente extendida, respecto a que en situaciones en que faltan elementos para reconstruir preferencias personales, el estado de necesidad justificante podría tener aplicación en vez del consentimiento presunto. Así BAUER, *Heileingriff*, 183 ss., y OTTO, *Jura*, 2004, 682. Esto es una confusión sistemática: en ese caso más bien hay aplicación del consentimiento presunto bajo la asunción general de que, en ausencia de otras consideraciones, lo normalmente racional es considerado querido y, por ello, justificado en base al consentimiento presunto.

tarse a esa voluntad? En el caso no hay dudas de que hay una voluntad de aceptar riesgos frente a la generación de impotencia, pero no es claro si esa voluntad se extiende a la negativa de recibir un tratamiento necesario para permanecer con vida. Incluso de ser así, siempre es posible levantar el argumento de que no hay consideración real del alcance de lo que se afirma, en una decisión vital, cuando el individuo no se enfrenta actualmente a un escenario que pone en juego su vida⁴⁸.

Para nuestros efectos, es importante insistir en este punto en dos aspectos cruciales: la entrega de la decisión a las personas que puedan considerarse más cercanas al paciente evita que sea alguien ajeno que tenga que realizar las valoraciones, a menos que existan antecedentes de que el sujeto en cuestión tiene intereses que trascienden a los del paciente, y los errores procedimentales o valorativos pueden tal vez tener consecuencias relevantes administrativas y civiles, pero no deben ser sobre-explotados en materia penal. Solo en casos en que hay una evidente incompatibilidad de preferencias personales con una determinada intervención terapéutica puede afirmarse la punibilidad del médico que lleva a cabo la intervención. En cambio, en los casos en que hay decisiones complejas envueltas que implican realizar alguna clase de valoración cuya concordancia con las preferencias personales del paciente no sea clara, el sujeto competente para decidir no puede hacerse punible por equivocarse.

961. El consentimiento presunto presenta, en segundo lugar, dificultades de aplicación que sí tienen una dimensión teórica en alguna clase de casos. Esto es así, por ejemplo, en casos en que hay delegación de poder respecto a la cual se puede dudar de la actualidad de la voluntad de entregar ese poder de decisión⁴⁹ o las situaciones (no infrecuentes) en que el reconocimiento de una situación de indisposición es el resultado de la declaración de una incompetencia temporal de un paciente generalmente competente y que actualmente se encuentra consciente. Este es probablemente caso teóricamente difícil del consentimiento presunto de mayor relevancia institucional. Su ámbito de aplicación no se reduce, sin embargo, al Derecho médico, sino que alcanza a también otros ámbitos menos institucionalizados. Allí, por cierto, no hay declaraciones formalizadas de incompetencia, pero sí jui-

⁴⁸ La misma problemática afecta al caso de existencia de disposiciones del paciente respecto a tratamientos futuros. Si bien la práctica comparada tiende a otorgarle valor y hacer vinculante su contenido (en Estados Unidos *vid.* sumariamente MENIKOFF, *Law*, 269 ss., y en Alemania *vid.* el § 1901a BGB), la determinación de las condiciones en que la voluntad se mantiene puede generar dificultades.

⁴⁹ Existiendo, sin embargo, un acto jurídico de delegación de competencia que al menos aparentemente mantiene vigencia, ello implicaría poder construir una forma especial de voluntad presunta que puede ser denominada «revocación presunta del poder». La expresión viene de LK-RÖNNAU, Vor. § 32, nm. 175 s. *Vid.* también RIEGER, *Einwilligung*, 78 ss.: tratamiento delimitación consentimiento presunto y normal.

cios sobre la asunción de este carácter de cuya corrección puede depender la licitud de la acción.

Ejemplo en el ámbito médico: a causa de una infección actual y del riesgo de generación de gangrena, se determina que es necesario amputar inmediatamente ambas piernas a un paciente que ha sufrido un accidente de tránsito. Este, que se encuentra plenamente consciente pero, en opinión de los médicos, en estado de shock, se niega y afirma que preferiría morir a tener que vivir sin piernas. ¿Pueden los médicos intervenir contra su voluntad y cortar ambas piernas?

En un ámbito institucionalizado como el ámbito médico, los sistemas tienden a hacer dependiente la licitud de este curso de acción de consideraciones procedimentales y no solo sustantiva. Puede ser así necesario que un tercer médico, cuya especialidad coincida con la evaluación de estados psíquicos, deba realizar un informe que valide la declaración de incompetencia o que la decisión sea derechamente delegada a terceros. En cualquier caso, la decisión de incompetencia solo tiene sentido aquí bajo presunción de que *i*) la decisión original del paciente era irracional y *ii*) esa irracionalidad es atribuible al estado de inconsciencia. Con ello, la incompetencia del paciente se determina precisamente por la ausencia de las capacidades que supone la autodeterminación y que pueden haber sido puestos de manifiesto por la decisión irracional del paciente. Con ello, la falta de razonabilidad de la decisión de negar el consentimiento a la intervención terapéutica es tomada como expresión de la ausencia de competencia; la justificación de la toma de la decisión de intervenir contra la voluntad del paciente es la justificación de la declaración de incompetencia. Estos problemas se superan, en general, por medio de arreglos institucionales. Institucionalmente considerado, el sistema debiera orientarse a separar del modo más probable las razones que permiten establecer la incompetencia de la consideración de que la decisión es irracional. La ética médica y la práctica jurídica tienden así a establecer mecanismos que permitan distinguir las consideraciones que justifican la declaración de incompetencia de la pura consideración de irracionalidad objetiva de la decisión. Por ello, los *tests* a ser utilizados en la determinación de la competencia del paciente no debieran coincidir con una evaluación de la razonabilidad de la decisión⁵⁰.

⁵⁰ Así reconocido, por ejemplo, en Estados Unidos en *Lane v. Candura* 376 N. E.2d 1232 (Mass. App. Ct.): la irracionalidad de la decisión de una mujer de setenta y siete años de no someterse a una amputación necesaria para salvarle la vida no puede ser constitutiva, en sí, de incompetencia. En Inglaterra, la *House of Lords* estableció un test con una orientación similar en *F. V. W. Berkshire HA* (1989) 2 All ER 545. Respecto de niños, en cambio, la decisión central de la *House of Lords*, *Gillick v. W. Norfolk AHA* (1985) 3 All ER 402, crucial en el reconocimiento de competencia de menores de edad, estableció un test que incluye consideraciones relativas a la racionalidad de la decisión misma para establecer su concurrencia. Sobre su aplicación *vid.* MONTGOMERY, *Health care*, 290 ss. En Alemania, la sede de expresión de la distinción entre reconocimiento de competen-

Ejemplo no médico: un peatón advierte como dos automóviles han colisionado. Al acercarse al lugar del accidente, se percata que uno de los vehículos estallará en pocos minutos. La única posibilidad de sacar al hombre atrapado en el automóvil consiste en cortarle la pierna que tiene atrapada. Al advertir sus intenciones, el hombre le hace ver que prefiere morir antes que vivir con una sola pierna. Advirtiéndole que el sujeto está apenas consciente y en un claro estado de conmoción, el peatón no hace caso a su petición, le corta la pierna y le salva la vida. ¿Justificado?

No me interesa aquí entrar al tratamiento de fondo de un caso complejo como este. Lo que el caso pretende mostrar es, sin embargo, la diferencia que se expresa respecto del mismo caso en un ámbito más institucionalizado: en el caso anterior la licitud dependía pero quedaba establecida como una declaración válida de incompetencia anterior. En el caso del peatón, en cambio, no hay declaración de incompetencia que le preceda. Más bien, la licitud depende de la posibilidad de verificar una incompetencia anterior. De no ser así —en caso que sea demostrable que actuaba en uso de plenas facultades mentales—, entonces la situación del peatón debe ser tratada conforme a las reglas del error. No hay un modo procedimentalmente diferenciado de establecer con anterioridad a la intervención su licitud. El problema es, sin embargo, similar: la verificación de la incompetencia coincide con la verificación de la licitud de la acción, en condiciones que teóricamente la primera debiera condicionar a la segunda. El consentimiento presunto es aquí invocado como un modo de hacer respetar la *verdadera voluntad* del afectado frente a la pura apariencia de voluntad del sujeto que, sin embargo, ha expresado explícitamente una voluntad contraria⁵¹, atribuible solo al cambio de identidad personal producto del estado de incompetencia. Por supuesto, puede ser que una configuración de esta clase se dé; pero es obvio que hay peligros envueltos detrás de la asunción de la capacidad de declarar la verdadera voluntad de otro frente a su voluntad puramente aparente expresada, sin embargo, por él. Este es un problema relevante de la dogmática del consentimiento presunto (dentro y fuera del Derecho penal médico) que no puede, sin embargo, ocuparnos más en este contexto.

cia y razonabilidad de la decisión es la casi unánime crítica de la literatura al famoso caso de la extracción de dientes (BGH, NJW, 1978, 1206): la solicitud de una irracional extracción de dientes por una paciente respecto a la cual no había otros motivos para considerar incompetente debiera ser vista, contra el BGH, como eficaz. Al respecto *vid.* AMELUNG, *Irrtum*, 45 ss., y ODENWALD, *Einwilligungsfähigkeit*, 54 ss.: la decisión objetivamente irrazonable solo puede servir como base para testear, de forma autónoma, la competencia del sujeto. Este criterio se ve limitado, sin embargo, cuando el paciente menor de edad rechaza irrazonablemente un tratamiento (*vid.* HILGENDORF, *FS-Kühl*, 513): allí se acepta la concesión de poder de decisión al representante.

⁵¹ La expresión es tomada de RÖNNAU, *Willensmängel*, 225.

962. La reconstrucción que hemos efectuado sobre el consentimiento presunto es suficiente para nuestros efectos y para demarcarla de los casos de intervención a favor de otro (distinto del afectado). El arreglo se caracteriza por ser aplicable respecto de intervenciones a favor de sujetos generalmente competentes pero indispuestos y sujeta la licitud de esa intervención a la verificación de la coincidencia entre voluntad real (pero presunta) del afectado y realización de la acción típica.

963. Una última aclaración se hace necesaria. El consentimiento presunto no tiene solo aplicación respecto de intervenciones a favor del afectado. Pese a que ese es su ámbito más relevante de aplicación, existe una segunda constelación respecto a la cual se aplica, a saber, en casos de acciones típicas realizadas en interés del propio agente o de un tercero, respecto a las cuales podría establecerse hipotéticamente el consentimiento del afectado. Ejemplo: para no perder una cita al médico, A toma la bicicleta de su vecino B, quien nunca le ha prestado la bicicleta pero siempre ha sido muy generoso con él. A no puede preguntarle a tiempo, sin embargo, a B si le presta su bicicleta. Pese a ello, toma la bicicleta y asiste al médico, devolviéndola sin avería un par de horas después. Aquí, por cierto, no hay sustracción, por lo que a menos que un sistema castigue el hurto de uso de bicicletas, la acción no sería típica. Pero si se asume que lo está, ¿puede considerarse justificada la acción por consentimiento presunto? La respuesta no es tan sencilla como aparece a primera vista, ya que otras instituciones (acuerdo, consentimiento concluyente) pueden venir en consideración. Aquí solo nos interesa mostrar que se trata de situaciones alejadas del ámbito de las intervenciones a favor de otro. El problema del consentimiento presunto egoísta forma parte de un conjunto sistemático ajeno a aquel que nos interesa⁵².

d) *El consentimiento del representante*

i) *Introducción*

964. Mientras que para el caso de afectados indispuestos, la dogmática reconoce de modo más bien unánime la aplicabilidad del consentimiento presunto, la claridad existente sobre las condiciones de licitud de intervenciones a favor de afectados *incompetentes* es mucho menor. Los arreglos institucionales pensables son varios: la actuación en interés objetivo del incompetente siempre se encuentra justificada; la justificación depende de la posibilidad de establecer un consentimiento proyectado al mismo sujeto si

⁵² Al respecto *vid.* ROXIN, *FS-Welzel*, 470 ss. En español, DE LA MATA, *Consentimiento presunto*, 390 ss., y MORILLAS CUEVA, *FS-Rodríguez Ramo*, 155 s., con ulteriores referencias.

fuera competente, o la decisión depende de otro. En los casos probablemente más relevantes —niños y discapaces permanentes⁵³— se considera, sin embargo, que aquello que decide sobre la licitud de la intervención es el respeto de un arreglo complejo: el consentimiento del representante⁵⁴.

El consentimiento del representante (legal) es así un arreglo institucional que tiende a ser utilizado por los sistemas jurídicos para definir las condiciones de permisión de una intervención a favor de un sujeto incompetentes, con lo que sus condiciones de aplicación son (o debieran ser) fijadas bajo delimitación categórica respecto a los casos en que rige el consentimiento presunto⁵⁵. Al igual que en el caso del consentimiento presunto, esta institución tiene un aspecto que la define como institución y que le resulta, por ello, inmanente: el consentimiento del representante implica entregar potestad de decisión al menos primaria a un tercero distinto del interviniente. En el caso de intervenciones médicas, la decisión es así dejada típicamente a un apoderado legal o convencional del paciente. La razón de esta fijación procedimental, por oposición a la fijación de contenido del consentimiento presunto, es fácil de entender. Mientras en el caso del consentimiento presunto se sigue teniendo un estándar que es concordante con el estándar general que se quiere respetar (autodeterminación), el consentimiento del representante se aplica a intervenciones sobre pacientes a los que en mayor o menor medida se les desconocen constitutivamente las capacidades en cuestión. Con ello, un sistema centrado en autodeterminación —sea en el caso especial del

⁵³ El tratamiento de los niños es, en algún sentido, menos problemático que el de los adultos afectados por una enfermedad mental superviniente. En el primer caso, la construcción de una voluntad subjetiva atribuible a su propia identidad personal racional no tiene sentido, ya que ninguno adquirió la competencia en cuestión. El problema del enfermo mental superviniente (o del sujeto en coma permanente e irreversible) se da, en cambio, en la posibilidad de recurrir a una identidad personal pasada autónoma que, sin embargo, ya no volverá a existir. ¿Debe respetarse la coherencia con esa identidad pasada? ¿O debe pasar a ser tratado sin consideración a esta, sino a su puro bienestar conforme a estándares generales? Similar MERKEL, *ZStW*, 1995, 564 s. En otro sentido KNAUF, *Einwilligung*, 68 ss., con numerosas referencias.

⁵⁴ NK-NEUMANN, § 34, nm. 15, y ROXIN, *AT*, I, § 13, nm. 92. Incorrecta, en cambio, la asunción demasiado extendida en la literatura dogmática de que casos de esta clase se juzgan conforme al estado de necesidad justificante. Así incluso un autor con conciencia de las cuestiones que se juegan en el Derecho penal médico como MERKEL, *ZStW*, 1995, 564. Esto es simplemente falso no solo por la inaplicabilidad del estándar de la preponderancia sustancial de los intereses resguardados, sino ante todo porque el estado de necesidad no contiene determinación alguna sobre *quién* decide qué es lo favorable al afectado. Una crítica similar a la posición de Merkel puede encontrarse en ENGLÄNDER, *GA*, 2010, 22 ss.

⁵⁵ En el fondo similar STEINER, *Knabenbeschneidung*, 174 ss. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que no se trata de un problema de extensión temporal de la incapacidad (personal o por indisposición accidental) de consentir: de un niño de diez o doce años es esperable que en un tiempo relativamente corto sea capaz de consentir. Puede ser que ese tiempo sea más corto que aquel que se espera de un paciente en coma o cuyas facultades cognitivas actuales están afectadas, pero se espera que en algunos años pueda razonar normalmente. Confuso, en cambio, en las relaciones sistemáticas entre consentimiento presunto y consentimiento del representante LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, *Consentimiento*, 20 ss.

Derecho médico o, en general, en el ámbito de las intervenciones típicas a favor del afectado— queda sin parámetros de contenido.

965. El consentimiento del representante no debe confundirse con otras clases de instituciones que permitan tomar una decisión en lugar de otro. El caso más importante se ve constituido por la entrega de poderes de decisión en cuestiones médicas a un apoderado convencional por un sujeto todavía competente. Dependiendo de la configuración del poder, el acto jurídico en cuestión puede producir que la licitud de la intervención dependa *i)* del consentimiento del apoderado convencional o *ii)* del consentimiento presunto del paciente determinado por el apoderado convencional. En el primer caso se produce una transferencia directa de competencias de decisión libre: el apoderado pasa a asumir la posición jurídica del paciente, con lo que puede consentir en la realización de una intervención o rechazarla, según estime conveniente. Si esto es lícito, o no, es algo que no me interesa discutir aquí. Pero esta forma de concesión de poder se deja distinguir, en cambio, del caso en que se entregue poder de determinación de la voluntad del paciente. Allí, el acto jurídico solo sirve para radicar el poder de decisión sobre la configuración de la voluntad real en otro, pero el contenido que debe guiar la decisión sigue siendo el mismo: concordancia con la voluntad real del paciente.

El verdadero «consentimiento del representante» se deja distinguir respecto a ambas situaciones. No se trata ni de una decisión en lugar de otro, como sucede en *i)* —este caso se caracteriza por la asunción de la posición del propio paciente—, ni de una pura radicación de competencias de determinación de algo externo que, a su vez, determina la licitud de la acción, como sucede en *ii)* —radicación de la competencia de determinación de la voluntad del paciente una vez que pierda capacidad de decisión racional—, sino de una verdadera *decisión sobre otro*.

ii) El problema del consentimiento del representante

966. El arreglo institucional «consentimiento del representante», pese a su casi completa omisión de tratamiento en la dogmática hispanoparlante y a su tratamiento menos intenso que el consentimiento presunto en la dogmática alemana —al menos hasta la decisión sobre la punibilidad de la circuncisión sobre niños por el OLG de Colonia—, tiene una dificultad y un interés teórico muy superior al consentimiento presunto. Estas dificultades tienen varias fuentes: *i)* su dependencia de la determinación del contenido de instituciones política y moralmente polémicas, *ii)* las dificultades en el anclaje de la institución en cuestión con los fundamentos de la justificación general —autodeterminación— de la permisión de las intervenciones terapéuticas, *iii)* su cruce con instituciones jurídicas (poder legal y convencional de

representación) de otras ramas del Derecho y *iv*) la mayor extensión de la fenomenología de los casos en que se presenta el problema.

i) El tratamiento del consentimiento del representante es, en primer lugar, complejo por depender de instituciones política e ideológicamente polémicas. En la determinación de las condiciones de procedencia de intervenciones sobre menores confluyen al menos dos conflictos de esta clase: la determinación de la extensión de la potestad parental frente a injerencia estatal y la medida en que se reconoce autonomía a los menores frente a las decisiones de sus padres⁵⁶.

ii) En segundo lugar, el consentimiento del representante se ve afectado por dificultades teóricas. En un sistema que constituye a la autodeterminación de sujetos racionales en el gran estándar de juicio de las intervenciones terapéuticas, la determinación del fundamento de la permisión de la intervención y, a partir de ello, de los estándares de juicio de esta, no tiene un sustento inmediato cuando faltan en general las condiciones generales que permiten la autodeterminación. Este no es el caso en el consentimiento presunto: si bien es necesario realizar un juicio relativamente incierto, este tiene lugar respecto a un objeto —la voluntad real— directamente vinculado con la autonomía del afectado.

iii) En tercer lugar, en el consentimiento del representante influyen polémicas directamente jurídicas relativas a la naturaleza de los poderes de representación sobre incapaces. Si bien ciertamente la interpretación que se sostenga en definitiva depende de los dos puntos anteriores, el cruce con instituciones civiles agrega cierta complejidad adicional.

iv) Finalmente, la fenomenología de las situaciones en que surgen necesidades de intervención que no pueden ser cubiertas por un consentimiento informado normal (= de paciente competente) es mucho más extensa que en el caso del consentimiento presunto. Mientras en este se trata en lo esencial de operaciones sobre pacientes inconscientes al momento en que la entrega del consentimiento debe obtenerse, siendo reconocible un segundo tipo de casos en situaciones de declaración de incompetencia temporal que ya revisamos, la tipología de situaciones en que opera el consentimiento del representante es mucho más extensa. Esto tiene lugar por la inserción de varios criterios desconocidos en las situaciones de consentimiento presunto. Aquí pueden ser mencionados al menos dos factores que no se encuentran presentes, de esta forma, en la fenomenología del consentimiento presunto: el aumento de las posibilidades de desacuerdo actual al establecerse una relación triangular (representante, paciente y médico) de sujetos implicados en la toma de decisión, y la necesidad de juzgar la permisión de intervenciones terapéuticas que no son de urgencia pero que tienen un efecto relevante en la vida futura del paciente. Esta última clase de decisiones puede ser con-

⁵⁶ Similar ELLISTON, *Best interests*, 2 ss.

flictiva, además, precisamente por la cantidad de sujetos involucrados en la decisión y la extensión de los motivos ligados a la decisión de intervenir terapéuticamente.

Así, puede ser, por ejemplo, que un adolescente quiera que se le realice una intervención médica que tenga impacto corporal futuro, como sucede en casos de operaciones de cambio de sexo, cirugías plásticas, o esterilizaciones. Este no es, sin embargo, el único origen de intervenciones terapéuticas no urgentes que resultan problemáticas. Precisamente por intervenir un tercero a la relación médico-paciente, la intervención terapéutica puede tener su origen en motivos ligados al representante. Este es típicamente el caso de formas de intervención cultural sobre el cuerpo del niño (o del lactante) que no resultan reversibles. La más extendida de estas prácticas es probablemente la circuncisión por motivos religiosos practicada tanto en la cultura judía como musulmana⁵⁷. Aquí nuevamente confluyen problemas sustantivos ligados a la naturaleza de la potestad parental en relación con la injerencia estatal en la crianza de los niños.

Uno puede reconstruir analíticamente la magnitud de la extensión fenomenológica de los casos de consentimiento del representante reconociendo la existencia de los siguientes grupos conceptuales formados exclusivamente a partir de los dos criterios brutos que identificamos en el párrafo anterior: *i*) situación con desacuerdo triangular/situación con desacuerdo solo bilateral médico-paciente, representante-paciente o representante-médico⁵⁸; *ii*) tratamiento necesario (en principio, además: urgente) médicamente indicado y sin consecuencias al largo plazo ni necesidad de ponderación de riesgos⁵⁹, tratamiento de urgencia médicamente indicado pero con consecuencias al largo plazo y/o necesidad de ponderación de riesgos, tratamiento no necesario sin consecuencias en el largo plazo ni riesgos relevantes asociados y tratamiento no necesario con consecuencias en el largo plazo y/o con riesgos relevantes asociados.

Es decir, se trata de una combinatoria con dos pares conceptuales y cuatro variables en cada uno de ellos, lo que implica que la fenomenología de los casos en cuestión se ve compuesta por dieciséis situaciones identificables exclusivamente a partir de estos criterios: *i*) desacuerdo triangular en un tra-

⁵⁷ No es casual, por ello, que la revisión reciente de la institución del consentimiento del representante en Alemania se haya iniciado con la enorme polémica que supuso la condena por el delito de lesión corporal en un caso de circuncisión religiosamente motivada (LG Köln, NJW, 2012, 2128). Sobre el proceso en cuestión y la discusión *vid.* solo BEULKE/DIESSNER, ZStW, 2012, 340 ss.

⁵⁸ Esto simplifica, por cierto, el hecho de que hay casos en que representantes legales (padres) difieren entre sí.

⁵⁹ La distinción entre intervención con o sin consecuencias negativas en el largo plazo o necesidad de ponderación de riesgos puede ser expresada, a su vez, con el concepto de decisión sobre un «conflicto objetivo». Así, AMELUNG *Strafrechtswissenschaft*, 549 ss. La operación necesaria que no presenta riesgos mayores ni consecuencias negativas al largo plazo no presenta un conflicto objetivo.

tamiento de urgencia médicamente indicado y sin consecuencias en el largo plazo; *ii*) desacuerdo triangular en tratamiento de urgencia médicamente indicado pero con consecuencias o riesgos a ponderar; *iii*) desacuerdo triangular respecto a un tratamiento no necesario pero sin consecuencias al largo plazo o riesgos relevantes; *iv*) desacuerdo triangular en un tratamiento no necesario pero con consecuencias en el largo plazo o riesgos relevantes; *v*), *vi*), *vii*) y *viii*) desacuerdo médico-paciente en las cuatro alternativas posibles; *ix*), *x*), *xi*) y *xii*) desacuerdo representante-paciente en las cuatro alternativas posibles, y *xiii*), *xiv*), *xv*) y *xvi*) desacuerdo representante-médico en las cuatro alternativas posibles.

La cuestión se complica todavía más, por cierto, si uno introduce otros criterios de distinción que pueden ser relevantes, tales como las condiciones que hacen necesaria la existencia de un representante legal (incapacidad por minoría o por enfermedad psíquica) y el grado de competencia que le es reconocido al afectado. La clasificación además deja afuera al menos un caso ligado a las propias variables reconocidas por esta, a saber, aquel en que pese a no haber desacuerdo real entre las partes involucradas, ese acuerdo se produce en relación con una alternativa ilícita. Ejemplo: un niño de ocho años rechaza, por razones religiosas, un tratamiento necesario y que con seguridad le salvaría la vida sin dejar secuelas. Tanto su representante legal (padre) como el médico tratante, perteneciente a la misma religión, están de acuerdo con esa decisión. ¿Puede el Estado permitir esto? El potencial apelativo de este caso muestra la magnitud del conflicto que subyace a la institución del consentimiento del representante. Como no nos interesa, en este contexto, explicar la forma en que deben solucionarse todos los casos relevantes pensables, la combinatoria que presentamos más arriba es suficiente para exponer la magnitud de la fenomenología del problema.

967. En parte, pese a esta enorme extensión de la fenomenología relevante de situaciones que deben ser resueltas por el arreglo «consentimiento del representante», parte importante de sus dificultades se solucionan por medio de la determinación de las cuestiones procedimentales en juego, a saber: quién tiene competencia de decisión sobre la realización de la intervención típica, qué consideraciones deben guiar la toma de decisión y si existen y cómo se configuran las competencias de desafío y revisión de la decisión primaria. Pese a que el modo en que estas cuestiones es tratada es contingente a cada sistema jurídico (y, dentro de estos, con la posibilidad de variación entre ámbitos en que la cuestión está más institucionalizada que en otros), en principio varias claves pueden obtenerse revisando los fundamentos del arreglo institucional en cuestión.

iii) Naturaleza y contenido del consentimiento del representante

968. El fundamento del arreglo institucional «consentimiento del representante» depende de configuraciones sociales básicas y de la evolución de nuestra comprensión de las instituciones sobre las que se construye. Esto puede ser fácilmente explicado por referencia al otorgamiento de carácter excluyente al consentimiento del padre en la determinación de la licitud de la intervención sobre sus hijos: la concepción romana o decimonónica⁶⁰, de acuerdo con la cual el padre tiene un poder casi completo de disposición de los intereses de sus hijos⁶¹, reconoce el poder justificante del consentimiento del representante por razones y con una extensión distinta a un modelo centrado en el «interés superior del niño» (*best interests*).

969. En el Derecho positivo actual, es indudable que el estándar de determinación de la licitud de acciones que afectan a menores (y, por cierto, también a personas con alguna discapacidad) es su interés superior. Eso quiere decir que el consentimiento del representante no permite de por sí constituir una decisión del padre en decisión del hijo; el padre no puede ser considerado, como un mandatario general, esto es, como la boca por medio de la cual habla necesariamente el hijo. La justificación del consentimiento del representante tiene que buscarse, de esta forma, en otro lado que en la idea de imputación de voluntad ajena por causa de la tenencia de un poder de representación⁶². El consentimiento del representante no es, de esta forma, una derivación de la institución general de la representación legal de los padres sobre los hijos o de los tutores o curadores sobre el individuo sujeto a tutela o curaduría, sino que se trata de una institución regulatoria del Derecho médico y del Derecho penal⁶³. Por su mayor desarrollo, en lo que sigue haremos más bien referencia al Derecho médico.

⁶⁰ Esta visión se expresa, entre otros casos, en la decisión fundante de la práctica jurisprudencial de juicio a las acciones médicas en Alemania (RGSt 25, 275); en ella, el médico fue condenado pese a salvarle la vida a una niña contra la decisión irracional del padre.

⁶¹ Sobre las concepciones del poder de los padres sobre los hijos *vid.* solo MONTGOMERY, *Children*, 323 ss.

⁶² *Vid.* también BEYLEVELD/BROWNSWORD, *Consent*, 14 ss.

⁶³ Esto es, por cierto, obvio tratándose de intereses personalísimos: el representante legal no puede hacer de una interacción sexual una acción consentida. Un argumento conceptual que, con razón, tiende a ser ensayado contra la postura ya minoritaria de que las reglas de capacidad debieran coincidir con las reglas civiles, consiste en dar cuenta de que mientras el consentimiento en actos jurídico-dispositivos debe ser considerado una regla constitutiva, la justificación mediante consentimiento en actos con contenido material solo sería una regla regulatoria. Así originalmente, por referencia a la tesis doctoral de Neyen, AMELUNG, *Irrtum*, 527 s., y, siguiéndolo, BÖSE, *FS-Roxin*, 530 s.; RÖNNAU, *Willensmängel*, 178, y ODENWALD, *Einwilligungsfähigkeit*, 22. Sobre la evolución de la jurisprudencia alemana, AMELUNG, *Irrtum*, 536 ss. El punto se deja extender al consentimiento del representante: la representación jurídica es parte de las reglas constitutivas de la práctica de reconocimiento de actos jurídicos, mientras que el consentimiento del representante solo regula a las intervenciones terapéuticas.

970. La determinación del sentido de este arreglo institucional depende de reconocer dos cosas: *i*) el establecimiento de un sistema de justificación basado en el interés objetivo del afectado⁶⁴ —la medida en que eso se ve determinado por preferencias subjetivas del paciente o de su representante puede quedar abierta— y *ii*) la entrega de una potestad de decisión primaria al representante del paciente⁶⁵.

La pregunta central que surge de este hallazgo es cómo se concilian los dos puntos: ¿cómo puede ser que un sistema que declara que el fin que quiere alcanzar es que las decisiones terapéuticas vayan en interés del menor o del incapaz, radique la competencia en cuestión en el representante legal y no en el médico o de entrada en el Estado? La literatura jurídica y bioética, centrada en general en la pregunta por la respuesta judicial o ética correcta y no en la pregunta por la lógica de funcionamiento institucional, tiende a entregar respuestas más bien evasivas a esto y concentrarse en la interpretación del test del interés del paciente⁶⁶. Pero ella puede ser respondida de forma convincente de dos modos complementarios: *i*) el sistema asume que, *a priori*, el representante se encuentra en la mejor posición para determinar el interés del paciente —función de determinación del interés del paciente—, y *ii*) el sistema asume que es necesario establecer a un sujeto competente que pueda controlar las decisiones del médico —función de protección del representante⁶⁷—.

Ambos puntos se entienden bien en referencia a la posición de los padres respecto de los hijos: el sistema asume que quiénes se encuentran gene-

⁶⁴ En la literatura jurídica anglosajona esto es conocido como «*best interests test*». Crítica, sin embargo, FRIEDMAN ROSS, *Children*, 39 ss. Su crítica se refiere, sin embargo, más bien a la determinación de la medida en que el interés de los hijos puede ser separado del interés de los padres, algo que incide en la definición precisa del «interés superior» y no puede ser tematizado aquí. En Inglaterra, la controversial decisión fundamental al respecto es *Re T (a minor)* (1996) 1 All. E. R. 906: debe tratarse de una consideración amplia que no se limite a la mejor alternativa médica y tenga en cuenta la opinión de los padres, pudiendo el Estado, sin embargo, tomar una decisión distinta incluso frente a padres razonables. Esto es visto como una prerrogativa que deriva de la *parens patriae* del Estado. En Estados Unidos, la decisión en *In Re Conroy* 486 A. 2d. 1209 (Supreme Court of New Jersey 1985) demarca los estándares de decisión de pacientes incompetentes (*best interests*) respecto de pacientes indispuestos (*substitute-decision-making*), estableciendo, asimismo, dos tests de determinación objetiva (limitada y absoluta). En el caso de la Corte Suprema Federal, esta ha dejado abierta las condiciones de revisión de decisiones de representantes legales por parte del Estado en *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 497 US 261 (1990).

⁶⁵ La conjunción de estos dos criterios hace que la calificación del consentimiento del representante como puro desplazamiento de competencia de autodeterminación desde el paciente al representante (así, por ejemplo, STEINER, *Knabenbeschneidigung*, 160 ss.) no pueda convencer: ¿cómo va a tratarse solo de desplazamiento de competencia si los criterios de corrección son distintos?

⁶⁶ Representativo en el Derecho alemán KNAUF, *Einwilligung*, 133 ss.
⁶⁷ Acertada STEINER, *Knabenbeschneidigung*, 166: la institución asegura que se realice el tipo de la lesión corporal siempre que se interviene (fuera de una situación de emergencia) sin consentimiento de los padres. Así también ROXIN, *FS-Amelung*, 282: el consentimiento del representante asegura que se realice el tipo de lesión siempre que no hay consentimiento (real o presunto) de los padres, lo que cumpliría una función de protección.

ralmente en la mejor posición para saber qué les conviene a sus hijos y para cuidar de sus intereses, son sus padres. En un caso normal, el amor de los padres a los hijos es una garantía suficiente de que van a tomar la mejor decisión disponible y que van a cuidar los intereses de sus hijos frente a riesgos innecesarios. Eso no quiere decir que las representaciones subjetivas del padre sobre lo que quieren de sus hijos sean siempre decisivas. Si hay buenas razones para considerar que el padre no está velando por los intereses del hijo por la razón que sea, el sistema debe permitir revisar esa decisión. Pero al constituir al médico en un sujeto que solo puede desafiar esa opinión y al Estado (o a un comité de ética) en solo revisor contingente de la decisión del médico, se reconoce la mayor ajenidad *prima facie* de estos frente al interés de los niños respecto de sus padres⁶⁸.

- e) *Actuaciones de necesidad a favor de incapaces sin posibilidad de obtener oportunamente el consentimiento del representante: ¿aplicación del estado de necesidad?*

971. En principio, la afectación típica de intereses de un incapaz solo es lícita bajo consentimiento de un tercero competente para tomar esa decisión. Este es el núcleo del arreglo institucional «consentimiento del representante» o, en general, de un tercero. En ocasiones, sin embargo, la acción de necesidad no puede ser desarrollada previa obtención oportuna del consentimiento del representante o, en subsidio, de las autoridades competentes. Si un niño que hay tenido un accidente en ausencia de sus padres ingresa en estado grave y con riesgo vital a un hospital, es probable que los médicos practiquen de inmediato las operaciones necesarias mientras la administración intenta ubicar a los padres. Lo mismo sucede en un caso ya clásico de la dogmática del estado de necesidad: en un incendio, un bombero encuentra en el quinto piso de un edificio a un menor. El fuego ya ha cubierto todas las escaleras y se acerca con mucha velocidad a la habitación en la que

⁶⁸ Similar también MONTGOMERY, *Children*, 328 ss. En el Derecho alemán, el § 1627 BGB sujeta el ejercicio de la potestad parental al respeto del interés del hijo; conforme al § 1666 BGB el tribunal de familia puede privar, total o parcialmente, del derecho de cuidado del menor al padre en caso de puesta en peligro. La utilización de esta facultad es aquello que permite al Estado llevar a cabo intervenciones contra la voluntad de los padres, para lo cual la orientación institucional es a otorgar la representación a un tercero conforme a los §§ 1896 ss. BGB mientras dura la necesidad de tratamiento. La preguntas por las situaciones en que el Estado puede negarle eficacia a la decisión del padre o, a través de otro representante, tomar una decisión distinta, se reduce en buena medida a la interpretación de estas reglas. Convinciente FATEH-MOGHADAM, *RW*, 2010, 130 ss.: la potestad de revisión solo puede ser ejercida en caso que la decisión de los padres no sea «defensible». Similar HÖRNLE/HUSTER, *JZ*, 2013, 331 ss.; STEINER, *Knabenbeschneidung*, 170 ss., y EXNER, *Sozialadäquanz*, 36 ss. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre privación (total o parcial) del derecho de cuidado de los padres asume, en el fondo, la misma estructura. *Vid. las Sentencias BVerfGE 59, 360 (376), y 61, 358 (371).*

se encuentran. El único modo de salvar al niño consiste en arrojárselo por la venta. El bombero lo hace, a causa de lo cual el niño resulta con una fractura en uno de sus fémures. ¿Lesión corporal justificada?⁶⁹ No hay consentimiento explícito, sin embargo, del representante, por lo que parece no ser correcta la asunción de que el consentimiento del tercero competente tiene aplicación excluyente en la afectación típica de menores en beneficio de ellos mismos. Parte de la dogmática —tanto en el ámbito general de la dogmática del estado de necesidad como en el Derecho penal médico— reconoce de este modo aplicación del estado de necesidad justificante en esta clase de situaciones⁷⁰. Más allá de la situación conflictiva de los casos en que se juega el bien jurídico individual no disponible —la vida—⁷¹, este parece ser el caso en que el estado de necesidad justificante tiene aplicación en conflictos intrapersonales.

972. Esta solución es sistemática, institucional y sustantivamente incorrecta. Su carácter asistemático se reconoce de inmediato, por cierto, en el recurso de salvación de último momento que hacen al estado de necesidad justificante. La regla en cuestión es utilizada en el sentido de la teoría del interés preponderante: cuando ya no hay otra regla a la que pueda hacerse referencia, parece ser necesario echar mano al § 34 StGB para asegurar «adecuación» de la solución del caso particular⁷². Ello desvirtúa a la institución a la que invocan. Pero la invocación del estado de necesidad justificante desconoce además las distribuciones de competencias institucionales que subyacen a casos de esta clase y el tipo de juicios que deben hacerse a su respecto.

973. Considérese a este respecto el modo en que funciona la justificación de la intervención típica contra la voluntad del representante en un ámbito institucionalizado como la práctica médica. Cuando la voluntad del representante no puede ser obtenida pero el médico estima que la realización de la acción es necesaria al bienestar del menor, este debe obtener la autorización de los tribunales (o, dependiendo de la configuración del ordenamiento de que se trate, en general de las autoridades) competentes para realizar la intervención coactiva. En un sistema altamente institucionalizado como el alemán, ello además tiene lugar por medio del nombramiento de un representante *ad hoc* —sin desconocer necesariamente de modo duradero la patria potestad del padre que se ha negado a prestar su consentimiento— que debe consentir en la intervención y asumir el cuidado del menor, en el contacto con

⁶⁹ El caso en cuestión fue formulado originalmente por Welzel. Al respecto *vid.* SCHMITZ, *Notstand*, 20, con ulteriores referencias.

⁷⁰ En la dogmática del estado de necesidad justificante *vid.* NK-NEUMANN, § 34, nm. 15; ROXIN, *AT*, I, § 13, nm. 92, y § 16, nm. 102; MK-ERB, § 34, nm. 32, y KÜHL, *AT*, § 8, nm. 34. En el ámbito médico KRAATZ, *Arztstrafrecht*, § 3, nms. 39 s.

⁷¹ Al respecto ENGLÄNDER, *GA*, 2010, 18 ss., y SCHMITZ, *Notstand*, 32 ss.

⁷² Similar ENGLÄNDER, *GA*, 2010, 17 s.

los médicos tratantes, durante el tiempo que sea necesario. El recurso al § 34 StGB no pretende desconocer estos arreglos: todos los problemas de distribución de competencia vuelven a presentarse después de la realización de la intervención urgente, debiendo proceder al nombramiento del representante *ad hoc*. Ello demuestra que el recurso al § 34 StGB no es hecho con el objeto de dar cuenta de las razones por las que se encuentra justificada la acción, sino la preterición de los procedimientos normales para intervenir lícitamente. Pero este es exactamente el mismo caso que en toda situación de consentimiento presunto: en ella no hay variación en la razón de la justificación ni de las consideraciones que fijan la licitud de acción, sino solo en el modo en que se establece la voluntad del afectado. Esto quiere decir que la solución sistemática e institucionalmente correcta es el recurso al *consentimiento presunto del representante (mutmaßliche stellvertretende Einwilligung)*⁷³.

En el caso del bombero, en principio el consentimiento presunto del que se trata es directamente el del representante legal: no hay razones para pensar que el padre se opondría, precisamente porque no hay dudas de que aquello que resulta concordante con el interés del menor es arrojarlo por la ventana. Pero en los casos en que la voluntad real o presunta del representante legal es contraria a la realización de la acción típica necesaria para resguardar el interés del afectado el consentimiento que se presume es otro, como lo muestran los casos médicos en que se interviene de urgencia contra la voluntad del padre: ello solo es lícito si efectivamente no es posible obtener autorización (por cualquier medio) de la autoridad competente para ordenar la intervención coactiva, habiendo por ello consentimiento presunto del representante subrogante del representante legal. Aquí las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta para justificar la aplicación del consentimiento presunto no se refieren a la voluntad del padre, sino a la autoridad competente para realizar la intervención: si y solo si se cumplían los requisitos para que un tribunal (o, en su caso, otra autoridad competente) autorizara la intervención contra la voluntad del representante, pero no era posible obtener oportunamente esta autorización, puede procederse sin esperar a esta autorización. Por supuesto, la teoría de la ponderación total puede afirmar que ella misma incorpora todos estos elementos en su ponderación, pero ello tiene lugar solo a causa de su carácter indiferenciado.

974. Lo anterior permite solucionar el caso de la intervención coactiva contra la voluntad del representante que planteamos más arriba⁷⁴. La intervención terapéutica sobre un niño solo se encuentra justificada si ella es realizada con consentimiento de su representante. En este caso, este lo ha

⁷³ Acertado ENGLÄNDER, GA, 2010, 24, nota 35, y SCHMITZ, *Notstand*, 93. Sobre el estado de la discusión relativa a la aplicabilidad del estado de necesidad justificante o del consentimiento presunto del representante en casos de esta clase *vid.* SCHMITZ, *Notstand*, 22 s. y 91 ss.

⁷⁴ *Supra* §§ 328 s.

denegado. Pese a ello, a diferencia del consentimiento del afectado, el consentimiento del representante implica la radicación de una potestad de decisión guiada, a saber, favorecer el interés superior del menor. Si el representante deniega su consentimiento y con ello perjudica el interés de su representado, las autoridades competentes pueden ordenar la realización coactiva de la intervención. El médico necesita, sin embargo, de esta autorización para actuar justificadamente. En el caso, este no cuenta con autorización y no ha intentado obtenerla, por lo que la acción es antijurídica. El único caso en que excepcionalmente este juicio podría ser revertido, se da en aquellas situaciones en que era imposible obtener oportunamente la autorización. No siendo el caso, la acción es antijurídica y el padre puede actuar en legítima defensa de terceros.

4. Conclusión: sistema de causas de justificación a favor de un tercero

975. La exposición anterior permite demostrar el punto sistemático central en esta sección y, probablemente, en todo el capítulo V: el consentimiento y las instituciones ligadas (auxiliares) a este tienen un ámbito de aplicación que por definición alcanza a todas las intervenciones típicas a favor del afectado. Incluso el caso generalmente designado como «excepcional» de la intervención sobre un incapaz sin posibilidad de obtener la autorización del sujeto competente o incluso contra la voluntad del representante, pueden ser tematizados conforme a la institución del consentimiento presunto del representante.

976. Con ello, las situaciones de intervención a favor de un tercero a cuyo respecto la aplicabilidad de las causas de justificación derivadas de necesidad no se encuentra excluida, se reducen a los casos que involucran un conflicto interpersonal. Esto es, solo en aquellas situaciones en que el beneficiado y el afectado por la acción de necesidad pueden ser distinguidos, viene en principio en consideración la legítima defensa de terceros o alguna forma de estado de necesidad justificante de terceros. Estas causas de justificación solo resultan aplicables, sin embargo, de contar con la conformidad del beneficiado. Sobre ello volveremos en las secciones que siguen.

977. La intervención típica a favor del tercero afectando bienes de otro se justifica así en general en aplicación de legítima defensa o estado de necesidad justificante, pero ello no significa que estas (a diferencia del consentimiento en el ámbito de las acciones típicas ejecutadas en beneficio del afectado) tengan efecto excluyente de la aplicabilidad de otras causas de justificación. Esto debiera ser obvio, pero merece ser explicitado: si se actúa a favor de otro afectando a un tercero que consiente en la realización de la acción, es obvio que *i)* la acción no es ilícita y *ii)* la conformidad del beneficiado no juega aquí ningún rol si el consentimiento tiene de por sí capacidad para excluir la ilicitud.

III. LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD A FAVOR DE TERCEROS

1. Introducción

978. La clarificación de la estructura sistemática de la actuación lícita a favor de un tercero permite tematizar directamente los casos que en este contexto son directamente de nuestro interés: la intervención lícita a favor de otro en virtud de una causa de justificación derivada de necesidad.

979. La licitud de las acciones de defensa necesaria a favor de otro se encuentra explícitamente reconocida tanto en el Derecho positivo chileno como español. En el primer caso, los arts. 10, núm. 5, CPCh (defensa de pariente) y 10, núm. 6, CPCh (defensa de extraños) establecen la necesidad de cumplimiento de los mismos requisitos que en el caso de la legítima defensa propia, sujetando en ambos casos la regulación a límites especiales relativos a la provocación y, en el caso de la defensa de extraños, excluyendo la aplicabilidad de la regla en caso de que el agente actúe motivado por venganza o resentimiento. El art. 20, núm. 4, CPE, por su parte, establece una relativa identidad entre legítima defensa propia y de tercero al modo del § 32 StGB, al simplemente explicitar que la defensa puede tener tanto respecto de bienes o derechos propios como ajenos. En el caso del estado de necesidad justificante, los ordenamientos jurídicos alemán y español (§ 34 StGB y art. 20, núm. 5, CPE) utilizan la misma técnica, mientras que el ordenamiento jurídico chileno ciertamente no explicita la aplicabilidad de la causa de justificación a actuaciones a favor de un tercero, pero en ausencia de restricciones, es unánimemente interpretada como incluyéndola. En los tres ordenamientos jurídicos, las facultades de auxilio necesario al tercero son así al menos en su fuente tratadas de un modo prácticamente idéntico al de las facultades de defensa o agresión necesaria justificada.

Este tratamiento positivo se corresponde con la comprensión que se tiende a manifestar hoy en día sobre la defensa u actuación en necesidad de terceros. En la comprensión contemporánea de las causas de justificación derivadas de necesidad —de la que ciertamente no escapa esta contribución— ambas son tratadas como variaciones secundarias de instituciones que en su esencia serían egoístas. La actuación altruista a favor de otro requeriría, así, de una explicación adicional y, en general, tendría una estructura derivada y limitada frente a los casos puros de legítima defensa propia y autofavorecimiento en necesidad. Esto no es históricamente autoevidente. En la tradición cristiana, la justificación del autofavorecimiento típico necesario en una situación de defensa frente a la agresión o en caso de simple necesidad exhibía dificultades de justificación que no

se encontraban presentes en los casos de favorecimiento típico necesario altruista⁷⁵.

Este reconocimiento de una especie de primacía de la actuación a favor de otro tiene además un núcleo de verosimilitud institucional no solo dado por las dificultades probatorias sobre la verdadera necesidad de la defensa (ante todo: letal) propia, sino también por que se corresponde con la representación moderna de la primacía de la violencia estatal. Esto es, instituciones tales como el disparo letal de la policía son, en general, declaradas lícitas solo en circunstancias especialmente limitadas de defensa necesaria altruista, lo que demuestra que la defensa preventiva policial se encuentra al menos emparentada con las reglas de legítima defensa. Y, sin embargo, ellas tienen ámbitos de primacía sobre los permisos de defensa de privados. Es inverosímil sostener hoy en día que la defensa propia sea subsidiaria frente a la defensa de cualquier tercero, pero sigue siendo posible afirmar que algunas formas especiales de defensa de terceros tienen primacía sobre la supuestamente originaria facultad de defensa propia.

980. Nos interesa aquí ocuparnos, sin embargo, solo de las facultades de defensa o actuación en necesidad de terceros cuya fuente se encuentra en las mismas reglas de las que surge el permiso de defensa o actuación en necesidad propia. Es decir, nos interesa tematizar a la legítima defensa de terceros y al estado de necesidad justificante a favor de otro. Dada la fuente normativa común de legítima defensa y estado de necesidad defensivo en los ordenamientos jurídicos chileno y español (arts. 10, núms. 4, 5 y 6 CPCh y 20, núm. 4, CPE)⁷⁶ —así como la ausencia de diferencias relevantes entre ambas instituciones para estos efectos—, la exposición sobre legítima defensa de terceros consumirá a la exposición sobre estado de necesidad defensivo de terceros. Por supuesto, en ambas clases de casos deben cumplirse requisitos que no son idénticos, pero esto no es algo que tenga especial relevancia en relación con la intervención a favor de otro. En los casos de estado de necesidad defensivo a favor de terceros solo es necesario tener en cuenta la mayor sensibilidad de las reglas de este a exigencias de subsidiariedad, siendo aplicables las limitaciones ya expuestas a este respecto⁷⁷. En lo que respecta, por su parte, al estado de necesidad agresivo a favor de un tercero, las particularidades centrales se presentan respecto a un aspecto que ya fue tematizado: la licitud de la actuación en necesidad en resguardo de bienes jurídicos colectivos⁷⁸. Por ello, la exposición se centrará en el ámbito de mayor desarrollo, a saber, la dogmática de la legítima defensa.

⁷⁵ Al respecto HAAS, *Notwehr*, 40 ss. La primacía relativa de la defensa de terceros sobre la defensa propia puede todavía observarse en FICHTE, *Grundlage*, 244.

⁷⁶ A este respecto *vid. supra* §§ 712 ss.

⁷⁷ *Supra* §§ 756 ss.

⁷⁸ *Supra* §§ 822 y 849 ss.

981. De modo práctica unánime, la dogmática tiende a reconocer que el permiso de intervención a favor de otro fundado en una causa de justificación derivada de necesidad y el permiso de defensa o agresión en consideración a los propios bienes jurídicos, constituyen una misma institución y no presenta, por ello, mayores variaciones⁷⁹. La intervención a favor de un tercero solo manifestaría particularidades que vayan más allá de meras adaptaciones a la situación de hecho en la aplicación en relación con los siguientes requisitos: 1) la posibilidad de dependencia de la voluntad del beneficiado dado el carácter derivado de la facultad de defensa o agresión necesaria, y 2) la aplicabilidad de limitaciones al permiso de defensa o agresión vinculadas a la posición del beneficiado, con especial referencia a los supuestos de provocación. El apartado 4) tematiza, en cambio, la pregunta por la aplicabilidad de la regla de la omisión de socorro en casos en que pueda ejercerse legítima defensa de terceros (o estado de necesidad defensivo) sin riesgo considerable. El apartado 5) describe a su vez brevemente las variaciones que sufren los otros requisitos generales en los supuestos de defensa de otro. Finalmente, el apartado 6) tematiza el que sea probablemente el tema más polémico de los supuestos de defensa de otro, a saber, la aplicabilidad de las reglas en cuestión a agentes policiales.

2. Actuación a favor del tercero y legítima defensa impuesta

982. La licitud de la defensa u agresión necesaria típica de otro se encuentra condicionada, como hemos visto, a la conformidad del beneficiado⁸⁰. En la literatura alemana, este requisito es típicamente designado por medio del concepto de prohibición de la legítima defensa impuesta (*aufgedrängte Nothilfe*). Nos nos interesa en este contexto volver sobre los fundamentos de este condicionamiento, sino solo revisar sus condiciones de producción y sus límites.

983. Pese a que en la dogmática se haya defendido el condicionamiento de la licitud de la defensa de otro a la explicitación de la conformidad por parte del agredido⁸¹, hoy en día solo son defendidas dos variantes: la especificación de este requisito como condición de negación de la licitud de la acción si y solo si se ha explicitado una voluntad de no ser defendido, o la es-

⁷⁹ MK-ERB, § 32, nm. 181; NK-KINDHÄUSER, § 32, nm. 40; íd., AT, § 16, nm. 2; LK-RÖNN-AU/HOHN, § 32, nm. 204; MATT/RENNIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 35; íd., FS-Roxin 2, 658; KREY/ESSER, AT, § 14, nm. 568; ROXIN, AT, § 15, nm. 116, y Schönke/Schröder/PERRON, § 32, nms. 25 s. En España así, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, PG, 571. En Chile así, HERNÁNDEZ/COUSO, Art. 10, núm. 5-6, 228.

⁸⁰ Vid. supra §§ 112 ss. y 942 ss., con ulteriores referencias.

⁸¹ A este respecto SEEBERG, *Nothilfe*, 152 s. También en la literatura anglosajona es frecuente encontrar discusiones sobre la licitud de la defensa de otro que no tiene conocimiento de estar siendo agredido.

pecificación del requisito de conformidad como dependencia de la licitud de la defensa necesaria de otro de *la aprobación explícita, concluyente o presunta de la voluntad del agredido*⁸².

Las dos posturas tienen solo un ámbito en el que no coinciden, a saber, los casos en los que no hay explicitación de la negativa a ser defendido, pero es probable que ello sea así (*desaprobación presunta*)⁸³. Ejemplo: Los vecinos A y B se odian mutuamente. A le ha advertido en varias ocasiones a B que preferiría morir antes que ser defendido por él y que jamás le ponga un dedo encima a sus hijos. Un día A observa como B es agredido por su hijo, quien lo golpea en el suelo. Para poner término a la agresión, A debe golpear con un objeto contundente en la cabeza al corpulento hijo de B, lo que probablemente resultaría en lesiones graves. ¿Puede A intervenir? Bajo la primera postura solo se limita la facultad de defensa necesaria ante negativa explícita del agredido. Pero asumamos que B no puede oponerse explícitamente. La defensa de A significaría, sin embargo, un daño mucho mayor para su hijo que el que significa —al menos físicamente— para él la agresión que está sufriendo. No parece haber continuidad sistemática en, por una parte, permitir actuar a favor de otro cuando se cuenta con su consentimiento presunto o incluso permitir la representación de negocios ajenos sin mandato en condiciones de asentimiento probable y, por otra parte, sujetar las condiciones de denegación del ejercicio de un derecho a requisitos de otra clase. Por ello, en principio la postura hoy en día mayoritaria debe ser considerada correcta: las reglas de conformidad respecto del ejercicio de la defensa deben ser interpretadas de modo armónico con las otras clases de reglas de conformidad que conoce el Derecho penal, lo que al menos implica la ilicitud de la defensa de otro ante oposición presunta (= muy probable, si hipotéticamente el afectado fuera pregunta) del agredido⁸⁴.

984. Problemática es, sin embargo, la determinación de la posición sistemática de este requisito. ¿Se trata de una exigencia subjetiva o de una exigencia objetiva? La inclusión de una exigencia subjetiva que exceda el tipo objetivo de la justificación produce dificultades dada la estructuración general de nuestras categorías en la simetría entre elementos objetivos de la

⁸² SEEBERG, *Nothilfe*, 154 ss.; KOCH, *Nothilfe*, 143; SEIER, *NJW*, 1987, 2478; MK-ERB, § 32, nm. 183; LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 209; JAKOBS, *AT*, 12/62; MATT/RENIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 35; ID., *Nothilfe*, 106 ss., y ROXIN, *AT*, § 16, nms. 118 y 120.

⁸³ Esto implica, por supuesto, coincidencia en el tratamiento en caso de desaprobación explícita. Por supuesto, el concepto de desaprobación explícita presume una interpretación de una acción comunicativa determinada que tenga el sentido específico de oponerse a la realización de la defensa. La advertencia de JAKOBS, *AT*, 12/59; SEIER, *NJW*, 1987, 2478; MATT/RENIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 35; Schönke/Schröder/PERRON, § 32, nms. 25 s., o LK-RÖNNAU, § 32, nm. 209, en el sentido de que la aparente oposición a veces puede tener el sentido de pura liberación del deber jurídico o ético de auxiliar tiene relevancia.

⁸⁴ Sobre el modo de establecimiento de la voluntad presunta *supra* §§ 957 ss.

norma y condiciones de imputación de la norma. Por ello, el consentimiento explícito o presunto en la intervención debe ser considerado un elemento objetivo de la norma que establece la permisión de la defensa necesaria de otro. La actuación bajo asunción errada de su verificación puede ser asimismo tratada conforme a las reglas del error.

985. La determinación del modo en que se aplican las reglas de conformidad en casos normales, contruidos sobre la base de la defensa de un tercero capaz de disponer de sus bienes jurídicos y, con ello, de consentir en la lesión, se dejan así tratar de modo sencillo. Las dificultades surgen en los supuestos en que el agredido no tiene capacidad de consentir en la lesión o no tiene facultad de disponer del bien jurídico en cuestión. Esta incapacidad de consentir puede incidir de dos formas en el juicio de la situación: una actuación que respecto de un capaz de consentir o de un sujeto con facultades de disposición sería lícita pasa a ser constitutiva de una agresión y la oposición a la defensa pasa a ser en principio irrelevante.

El primer efecto puede observarse en un caso sencillo de interacciones sexuales con un menor de catorce años: si el Derecho declara ilícita la realización de la acción sexual en cuestión con completa independencia de la voluntad del afectado, entonces la interacción consentida es constitutiva de una agresión pese al consentimiento de este. Algo similar sucede en el ejemplo tradicional de la defensa frente al homicidio a petición: como la acción es ilícita pese al consentimiento del afectado, ¿puede un tercero intervenir pese a que el «agredido» no solo se opone a ser defendido, sino que quiere que la acción se desarrolle? En ambos casos, la determinación de si, a este respecto, procede la legítima defensa de terceros, depende de la interpretación de la acción en cuestión como una agresión contra un bien jurídico individual, lo que no es obvio en todos los casos. En caso que sea interpretación no sea plausible, entonces la acción solo se encuentra justificada dentro de los estrechos márgenes del estado de necesidad a favor de un bien jurídico colectivo.

Más clara es la respuesta a la oposición a la defensa por parte de un incapaz de consentir: ella no necesariamente transforma la defensa en ilícita. Más bien, como en estos casos opera el consentimiento del representante, su licitud depende de la posibilidad de establecer un consentimiento presunto del representante en las condiciones que ya hemos revisado⁸⁵. Como en general los casos de consentimiento del representante implican el establecimiento de un mandato con un contenido determinado —favorecer el interés del representado—, las consideraciones que guían la construcción de ese consentimiento presunto son al menos parcialmente independientes de preferencias particulares del representante. La legítima defensa puede, por ello, imponer-

⁸⁵ *Supra* §§ 971 ss.

se al agredido y a su representante, si el consentimiento presunto del representante (su verdadera voluntad, como voluntad que se encuentra obligado a tener conforme a los términos de su mandato) lleva a apreciar conformidad.

986. Es usual encontrar en la dogmática, por último, algunas reflexiones sobre supuestos en los cuales podría aceptarse una (al menos aparente) excepción a la no permisión de la defensa impuesta. En particular, se discute la procedencia de una defensa impuesta en aquellos casos en que la falta de voluntad de defensa deriva del efecto coactivo que la amenaza explícita o tácita de represalias podría significar⁸⁶. El tratamiento generalmente aceptado para este grupo de casos resulta convincente: si la amenaza o percepción de riesgo impide reconocer competencia de decisión en el afectado, rigen las reglas del consentimiento presunto. Este es, por cierto, uno de esos casos difíciles en los cuales verificación de incompetencia y decisión de intervenir coinciden al menos en los hechos. Es importante, sin embargo, que sea posible advertir un juicio de verificación de competencia al juzgar la acción del agente. Más allá de los casos en los cuales la oposición a la defensa debe ser interpretada antes como un levantamiento de toda obligación de intervenir, Jakobs reconoce una excepción en el caso en que el tercero se opone a la defensa para ser él mismo quien la realiza. Ello puede tener lugar para demostrar (o autoratificar) la hombría del agredido o por alguna suerte de placer que le produzca poder lesionar a otro, pero también son pensables motivos que culturalmente son vistos como aceptables (por ejemplo, por confiar en que el riesgo de fallo es mayor si el tercero ejecuta la acción)⁸⁷. De acuerdo con Jakobs, como el agredido no tiene un verdadero Derecho a lesionar (o punir) al agresor, sino solo a evitar la realización de esta agresión, no es competente para decidir quién ejerce la acción si este no quiere renunciar a la defensa. Por supuesto, en situaciones como las planteadas por Roxin en oposición a este argumento, en que la voluntad de defensa propia se vincula a una apreciación de mayor probabilidad de éxito de la defensa del agredido o de que este puede defenderse causando un daño menor al agredido, falta ya el requisito de necesidad de la acción defensiva del tercero.

3. Provocación en el caso de la legítima defensa de terceros

987. El modo en que se aplican las reglas de provocación en casos de intervención a favor de terceros solo se encuentra regulado a propósito de la legítima defensa de parientes en el Derecho chileno en el art. 10 CPCh. Conforme a esta regla, la legítima defensa de parientes procede siempre que se cumplan las circunstancias primera (agresión ilegítima) y segunda (neces-

⁸⁶ SEIER, *NJW*, 1987, 2479 s., y ROXIN, *AT*, § 16, nm. 118.

⁸⁷ Acertado ROXIN, *AT*, § 16, nm. 118.

sidad racional del medio) del art. 10, núm. 4, CPCh y que, en caso de haber sido provocada la agresión por el agredido, el agente no haya tenido participación en la provocación. Tanto en Chile como en España, en donde la disposición en cuestión tuvo vigencia en el viejo art. 8, núm. 5, CPE hasta la reforma del Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 8/1983, es usual interpretar esta regla como una declaración negativa: la legítima defensa de terceros no se encontraría limitada en caso de que el agredido haya provocado la agresión, a menos que el tercero tenga participación⁸⁸. Esta interpretación tiende a explicarse en base al mantenimiento del carácter de agresión antijurídica de la acción provocada⁸⁹. En Alemania, en cambio, pese a que la cuestión es apenas tratada⁹⁰, la interpretación que generalmente se hace de los cruces entre las reglas de provocación y la legítima defensa de terceros es exactamente la inversa⁹¹: a partir del reconocimiento casi unánime de la exclusión de la legítima defensa de terceros impuesta, esta es vista como un permiso derivado de un derecho de otro, por lo que su extensión no puede ser mayor (y, en principio, tampoco menor) que la extensión del permiso para el propio agredido⁹². Con ello, pese a que la agresión siga siendo antijurídica, el tercero solo puede intervenir en caso de que no haya *provocación suficiente* del agredido, pero en principio puede intervenir incluso si él ha provocado la agresión de un modo que no permita construir autoría mediata si el agredido se defiende. Es decir: si él es responsable de la situación en términos tales que la defensa propia del agredido implicaría punibilidad por autoría mediata de un instrumento justificado, tampoco pueda actuar en defensa de este sin hacerse punible en las mismas condiciones.

988. Las diferencias en la interpretación del cruce de la provocación con la legítima defensa de terceros, así como las diferencias en el Derecho positivo de las que hay que hacerse cargo en el caso chileno, demuestran la complejidad del problema. Para efectos de su tratamiento ordenado, ella admite dividirse en dos⁹³. El primer punto que es necesario aclarar afecta así a

⁸⁸ Así, por ejemplo, GARRIDO MONTT, *PG*, 135, y HERNÁNDEZ/COUSO, *Art. 10, núm. 5-6*, 228.

⁸⁹ Así, por ejemplo, GIMBERNAT, *Befreiung*, 74. En Chile, en cambio, la cuestión apenas es tematizada. Así, por ejemplo, POLITOFF/MATUS/RÁMIREZ, *PG*, 224, nota 142, se limitan a señalar que la regla en cuestión «es absurda». En sentido similar NOVOA, *Curso*, 351 s.

⁹⁰ Así, MITSCH, *GA*, 1986, 533, quien constata la ausencia de tratamiento sistemático exhaustivo del tema.

⁹¹ Acertado en la apreciación de esta inversión KUHLEN, *FS-Gimbernat*, 1099 ss. A favor de la dependencia de la extensión de la facultad de defensa del tercero de la hipotética facultad del agredido LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 259, y JAKOBS, *AT*, 12/49. Entre nosotros así, por ejemplo, BUSTOS, *PG*, 241.

⁹² Además, sobre la base de la teoría dualista de la legítima defensa tiende a sostenerse que la provocación es una cuestión puramente personal que no afecta a la necesidad de defensa de los bienes jurídicos individuales afectados ni del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, KASISKE, *Jura*, 2004, 832 ss., y Schönke/Schröder/PERRON, § 32, nms. 25 s. El argumento carece, por cierto, de todo poder de convicción.

⁹³ Así también MITSCH, *GA*, 1986, 534, y KASISKE, *Jura*, 2004, 838.

la confrontación entre la afirmación de que la legítima defensa que no puede ser ejercida por el agredido tampoco debe poder ser ejercida por un tercero y la afirmación de que a causa del mantenimiento del carácter antipartidario de la agresión pese a la provocación, el tercero siempre pueda defender al agredido. Se trata así de la determinación de la medida en que las limitaciones de la facultad de defensa del agredido afectan a un tercero. La segunda pregunta relevante se refiere, en cambio, a la interpretación por si el provocador a una agresión a un tercero puede defender a ese tercero frente al agresor por él provocado.

989. En el primer punto, el Derecho chileno y el Derecho español antes de la reforma de 1983 no dejan lugar a dudas: el hecho de la provocación suficiente del agredido no excluye de por sí la facultad de actuar en legítima defensa de este, a menos que el agente haya tenido participación en la provocación. Bajo la interpretación correcta del modo en que la provocación suficiente incide en el permiso de defensa, la eliminación del carácter de responsabilidad fuerte por la necesidad de defensa implica el paso de la legítima defensa al estado de necesidad defensivo: el agredido solo podía defenderse lícitamente frente a la agresión provocada si la acción de defensa ejecutada era el medio menos lesivo disponible —incluyendo la posibilidad de huir— para evitar la lesión que se seguiría de la realización de la agresión, a menos que los intereses afectados hayan sido sustancialmente preponderantes frente a los intereses resguardados. Ello implica que incluso en el Derecho alemán, la caracterización de que el tercero no puede intervenir a favor del provocador a causa de la dependencia de su facultad de intervenir de la extensión del permiso del agredido es falsa: en realidad, el tercero puede intervenir como agente en necesidad defensiva de terceros precisamente porque el permiso de intervención del que puede hacer uso es dependiente de la relación jurídica entre agredido y agresor⁹⁴.

La cláusula de tratamiento de la provocación en el Derecho chileno necesita, sin embargo, implicar algo más que esto, ya que de otro modo ella no tendría utilidad alguna. Las interpretaciones posibles de esta cláusula son, por ello, básicamente dos: o bien la regla en cuestión implica que el agente en necesidad puede actuar dentro de los márgenes de la *legítima defensa*

⁹⁴ Esto permite responder a la objeción de MITSCH, GA, 1986, 534, y KASINE, *Jura*, 2004, 555 en el sentido de que excluir la legítima defensa de terceros en caso de provocación del agredido pondría en duda la facultad de actuación de la policía y, en general, de cualquier tercero que quiera intervenir de un modo pacificador. En realidad, todos ellos pueden intervenir, con la excepción de que la ausencia del carácter de agresión ilegítima presupuesta por el concepto de provocación suficiente implica que deben sujetarse a los límites del estado de necesidad defensivo. Tampoco puede ser sostenida de modo convincente la «solución» propuesta por Mitsch, a saber, permitir sin limitaciones la legítima defensa, pero castigar por medio de la autoría mediata al provocador agredido. Ya la posibilidad de apreciar dolo en relación con el delito de homicidio, coacción o lesión que termine produciéndose parece excluida en la mayor parte de los casos.

plena pese a encontrarse el agredido en realidad en una situación de necesidad defensiva cuando este ha provocado suficientemente la agresión —esta interpretación pone el acento en este primer problema relativo a la provocación del agredido—, o la regla en cuestión puede ser interpretada como una regla de pura limitación relativa al caso de la provocación por el tercero, en el sentido de que el tercero provocador deje de poder intervenir en defensa de otro si tuvo participación en ella. Bajo esta interpretación, la regla no influye, en cambio, en nada en el juicio del caso de la provocación por parte del agredido.

La primera interpretación no es convincente: el efecto de paso de una situación de legítima defensa a estado de necesidad defensivo en la relación agresor-agredido se produce por causa de la menor responsabilidad por la situación de parte del agresor, por lo que la extensión del permiso de afectación de sus bienes jurídicos es menor. Precisamente porque se trata de un aspecto que influye en la extensión en que pueden ser afectados los bienes jurídicos del agresor, no hay ninguna razón para que la facultad de defensa del tercero sea mayor. Con ello, el primer problema se deja resolver de modo unitario en los tres ordenamientos jurídicos: en los casos de provocación del agredido, la facultad de defensa del tercero siempre tiene la misma extensión que aquella del agredido. La regla chilena y la antigua regla española no se oponen a esa conclusión, sino que de hecho son congruentes con ella.

990. De este modo, la cláusula chilena debe ser interpretada como regulando la situación de la *provocación del tercero* a la agresión, el último de los problemas que nos falta tematizar sobre los cruces entre las reglas de provocación y la legítima defensa y estado de necesidad de terceros. Un ejemplo tomado de Kasiske⁹⁵: mientras bebían en un bar, C le cuenta a B que su mujer y otro sujeto que se encuentra en el bar, A, tienen un romance. Cuando B se disponía a golpear en la cabeza a A con una botella, C golpea con una silla a B. ¿Se encuentran justificadas las lesiones causadas por C por aplicación de la legítima defensa de terceros?⁹⁶

La regla del CPCh dispone casi literalmente que en caso de que el tercero participe en la provocación —aquí participación debiera tener tanto el sentido de realizar individualmente la provocación o hacerlo colectivamente con el agredido u otro—, este no puede intervenir en legítima defensa del agredido. La pregunta central que puede hacerse a este respecto se refiere a la extensión de la limitación y a las condiciones de afirmación de la participación. Las dos preguntas se encuentran vinculadas: si participación es interpretado como aplicación del término técnico *participar* como intervenir auxiliariamente en un hecho ajeno, las razones de la restricción se encontra-

⁹⁵ KASISKE, *Jura*, 2004, 838.

⁹⁶ Vid. KUHLEN, *FS-Gimbernat*, 1113.

rían vinculadas a la restricción originaria del permiso de defensa del agredido. Pero este no puede ser el sentido de la expresión. La razón es sencilla: en la teoría del hecho punible se trata de la afirmación de la participación en la vulneración de una norma derivada de un tipo; aquí no puede afirmarse, al menos de entrada, que haya existido una vulneración de normas de esta clase sobre la que sujetar una teoría de la participación. Con ello, la pregunta por las razones por las que puede ser sensato restringir las facultades de defensa del tercero permanece abierta.

Esta pregunta es especialmente difícil porque en ella se enfrentan dos intereses valorativos por hipótesis inconciliables: por una parte, la restricción de la facultad de defensa del provocador implica la asunción de un riesgo de lesión del agredido que podría ser evitado; por otra parte, sin embargo, la concesión de una facultad plena de defensa implica la liberación de responsabilidad al provocador por la afectación de bienes jurídicamente protegidos en condiciones que esta necesidad fue, en algún sentido, ocasionada por él⁹⁷. Esto es, quien se centra en la protección del agredido tiene un argumento para sostener que las facultades de defensa del tercero no debieran restringirse o no debieran hacerlo mayormente⁹⁸; quien se centra en la responsabilidad por el resultado final —alguien va a resultar lesionado con probabilidad— tiene un argumento para no liberar de responsabilidad al tercero provocador.

El problema puede ser, sin embargo, solucionado diferenciando distintos casos. Al igual que en los otros casos de provocación intencional, la generación dolosa de una situación de legítima defensa para lesionar sin riesgo de sanción a otro parece inmediatamente no poder ser justificada. Pero ese resultado puede obtenerse en cualquier caso aplicando las categorías de la autoría mediata o reglas de exclusión extraordinaria de la aplicabilidad de una justificación: si el tercero en el momento 1 genera dolosamente una situación de justificación, este puede ser castigado como autor mediato de un instrumento justificado si el agredido se defiende lesionando típicamente al agresor; en caso de que el propio tercero mismo ejecute la acción defensiva necesaria, la inconveniencia de reconocer autoría mediata sobre una acción propia puede ser superada por aplicación del modelo de la excepción. El paso por la autoría mediata en el segundo caso se encuentra formalmente vedado en el Derecho chileno por la razón (acertada) de que la ex-

⁹⁷ Más lejos KASISKE, *Jura*, 2004, 838, quien se concentra explícitamente solo en el primer interés. Esto parece natural cuando uno asume que la acción se juzga al momento de su acaecimiento: si se tratara de darle un consejo al tercero, seguramente el único consejo moralmente defendible sería intervenir pese a todo. Pero la aplicación del Derecho incluye necesariamente un momento de calificación retrospectiva. Kasiske pretende, pese a ello, satisfacer este interés en la demostración retrospectiva de la responsabilidad del tercero por el resultado típico final por recurso a la figura de la autoría mediata.

⁹⁸ Así, por ejemplo, LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 260.

cepción se encuentra explicitada por el sistema: este declara expresamente que la justificación no es aplicable ante provocación del tercero, por lo que tampoco puede serlo la autoría mediata por instrumento justificado. Pero lo único que ello implica es que en ese caso la legítima defensa nunca tuvo aplicación, por lo que la acción típica del agente es inmediatamente antijurídica. La cláusula chilena permite de este modo superar más limpiamente que en los ordenamientos comparados el problema de la defensa necesaria ejecutada por un tercero después de que este haya provocado intencionalmente la agresión.

La situación es distinta, en cambio, en caso de provocación suficiente pero no intencional del tercero. En un ordenamiento jurídico que no restringe facultades de defensa del tercero pese a la provocación, el hecho de que este cargue con parte de la responsabilidad por el conflicto no necesariamente convierte la relación entre agresor y agredido en una relación de simple puesta en peligro competente. Esta es la dificultad que tiene una dogmática que se centra en el carácter accesorio de la legítima defensa de terceros: aquí no hay razones para restringir la facultad de defensa del agredido (a menos que por razones personales afectivas, la responsabilidad como culpabilidad del agresor sea menor), pero sí las hay para restringir las facultades del tercero. El Derecho chileno no tiene problemas, en cambio, en justificar esa restricción y, de hecho, la dependencia del art. 10, núm. 5, CPCh del art. 10, núm. 4, CPCh sugiere precisamente una interpretación de esta clase. Esto es, en caso de provocación suficiente del tercero, el permiso de defensa debiera restringirse a su respecto en los mismos términos en que se restringe el permiso de defensa del agredido cuando él realiza una provocación suficiente a la agresión: sus facultades pasan a estar fijadas por el estándar del estado de necesidad defensivo. La solución es valorativamente adecuada y plenamente concordante con el texto de la ley.

991. Con ello, los casos de provocación en legítima defensa de terceros se dejan resolver fácilmente en el Derecho chileno: si el agredido ha provocado suficientemente la agresión, el tercero tiene un permiso de defensa de la misma extensión que el agredido, a saber, estado de necesidad defensivo; si el tercero ha provocado suficientemente la agresión, sus facultades de defensa —pero no las del agredido— se reducen a su vez al estándar del estado de necesidad defensivo. Además, la lesión justificada provocada en este caso puede ser (en caso de haber dolo) castigada aplicando la figura de la autoría mediata por instrumento justificado o, en el caso chileno, por la no aplicabilidad de la justificación declarada por el propio texto de la ley. El Derecho penal pone aquí al provocador intencional en un dilema irresoluble, en el sentido de que la necesidad defender al agredido implica que siempre él va a cargar con la responsabilidad por el resultado final: si no interviene puede ser castigado como inductor al delito (o, de ser el caso, como autor mediato) y si interviene puede ser castigado como autor directo del delito realizado mediante la acción defensiva.

4. ¿Obligación de actuar en legítima defensa de terceros?

992. Las disposiciones que instituyen a la legítima defensa y al estado de necesidad justificante constituyen normas permisivas. Por ello, como tales, ellas no pueden ser fuente de obligaciones de ninguna clase. De las reglas sobre legítima defensa o estado de necesidad no puede deducirse así la existencia de una obligación (cuyo incumplimiento sea sancionable) de ejercer la acción típica permitida. Pese a ello, el establecimiento de la permisión de la intervención para superar un peligro de otro puede hacer aplicable a otras reglas que sí configuran obligaciones de intervenir a favor de otro.

993. El caso más obvio se presenta respecto a las relaciones entre omisión de socorro y estado de necesidad agresivo. Sistemáticamente considerado, puede incluso sostenerse *à la Hruschka* que allí donde se deje fundamentar un deber de tolerancia derivado del estado de necesidad agresivo, *debe* poder justificarse —de ser fenoménicamente aplicable— un deber de acción derivado del § 323c StGB⁹⁹. Por supuesto, el deber de tolerancia derivado del estado de necesidad agresivo afecta solo al destinatario de la acción, es decir, al sujeto a cuyo respecto el sacrificio de bienes era necesario para la superación de la necesidad ajena. Pero el deber vinculado a la omisión de socorro puede a su vez actualizarse en un tercero. Ejemplo: A ha sufrido un accidente y requiere de atención de urgencia o morirá. B, un hombre superficial que ama a su automóvil deportivo más que a nada en el mundo, se encuentra presente en la escena pero se niega a llevarlo al hospital. ¿Puede C coaccionarlo o derechamente tomar el automóvil y conducir a A al hospital? Esto no admite discusión: no es más que una aplicación de las reglas del estado de necesidad agresivo a favor de un tercero. ¿Se encuentra, sin embargo, C obligado a hacer esto, si puede asumirse que puede imponerse a B sin riesgo propio? No hay razones que hablen en contra la aplicabilidad de la omisión de socorro en una situación de esta clase.

994. La misma pregunta puede plantearse respecto a la legítima defensa o al estado de necesidad defensivo. Ejemplo: A ve como B ha sido sedado por adolescentes por medio de una sustancia narcótica. Los adolescentes se disponen a grabarle sus nombres con un cuchillo en su cuerpo y a causarle toda clase de heridas a A. B podría, sin embargo, imponerse fácilmente a los adolescente si se enfrentara con ellos. Es obvio que puede hacerlo en legítima defensa de terceros. ¿Pero se encuentra obligado a ello, en el sentido de que la falta de un riesgo elevado de resultar herido haría aplicable a la omisión de socorro en caso de que decida no intervenir?

⁹⁹ HRUSCHKA, *JuS*, 1979, 386, e *id.*, *AT*, 98 ss.

Argumentando en relación con las limitaciones a la facultad de actuación de las policías en el Derecho alemán¹⁰⁰, Engländer ha defendido la aplicación limitada de la omisión de socorro. Su argumento para reconocer limitaciones es relativamente sencillo: si bien no hay reglas que parezcan limitar la aplicación del § 323c StGB en un caso de esta especie, la policía tiene márgenes de discreción en la determinación de cuándo y cómo actúa a favor de un tercero, así como limitaciones de proporcionalidad que respetar, que hacen que su deber de intervención se encuentre limitado. No siempre que la policía pueda intervenir sin riesgo propio se encuentra un agente policial obligado a intervenir. Según Engländer, el privado no podría tener una obligación de intervención más intensa que la policía, por lo que limitaciones de esta clase debieran ser reconocidas¹⁰¹. Asimismo, en los casos en que la intervención requiere matar al agresor, sería posible reconocer algo así como una objeción de conciencia¹⁰². Por último, una objeción ulteriores es pensable en contra del reconocimiento de una obligación de actuar en legítima defensa: en el Derecho alemán, las obligaciones de auxilio a otro ciudadano frente a la perpetración de delitos se manifestarían en la aplicación del § 138 StGB (omisión de aviso o denuncia de un delito pronto a perpetrarse)¹⁰³. Esto es, el deber de evitación que un conciudadano sea afectado por un delito se limitaría a una obligación de advertencia a él o a la policía de que el delito va a tener lugar. Ninguno de estos argumentos resulta, sin embargo, realmente convincente.

En lo que dice relación con el argumento Engländer relativo a las limitaciones a la obligación de intervención de la policía, es posible apreciar una confusión entre reglas que limitan el permiso respectivo (proporcionalidad) y reglas relativas al contenido de la obligación (discreción). El primer tipo de reglas no tiene por qué tener influencia en la configuración de las obligaciones ciudadanas. Si se acepta que es obvio que la legítima de terceros no se encuentra sujeta a las mismas limitaciones en el ejercicio de la violencia que la intervención policial, no hay ninguna razón para que ello influya sobre una eventual obligación de auxilio. Por cierto, el margen de discrecionalidad (*Ermessen*) de la policía en la determinación del modo de cumplimiento de sus obligaciones influye sobre el contenido de sus deberes. Pero de nuevo, el estatuto sobre el que se juzgan las acciones de particulares (§ 323c StGB en el caso alemán) no tiene por qué ser el mismo que el de la policía. Al contrario: las obligaciones particulares son mucho más limitadas precisamente porque requieren de falta de peligro propio, además de que la acción a ejecutar sea necesaria y, por ello, lícita; en el caso de la policía no se aplica el mismo modo

¹⁰⁰ Al respecto *infra* §§ 399 ss.

¹⁰¹ ENGLÄNDER, *FS-Roxin* 2, 666 ss.

¹⁰² ENGLÄNDER, *FS-Roxin* 2, 669 s.

¹⁰³ Le agradezco a Luis Emilio Rojas por la referencia a esta disposición.

de estructuración de la obligación y de la facultad de actuación. El Derecho positivo solo admite una respuesta a este respecto: si un tercero tiene facultades de acción en legítima defensa o estado de necesidad defensivo y actuar no aplica asumir riesgos propios considerables (inexigibles, en el lenguaje del StGB), entonces la omisión de socorro es aplicable.

El reconocimiento de una objeción de conciencia de matar a otro parece razonable. Solo es problemático determinar si se acepta como expresión general de exculpación por no exigibilidad de la obligación de motivarse a actuar conforme al Derecho o si se lo trata como una reducción teleológica en el ámbito del tipo de la omisión de socorro.

Finalmente, no parecen haber razones para interpretar que el tipo del § 138 StGB (el que no tiene equivalente en el Derecho chileno o español) pueda reducir la aplicación del § 323c StGB allí donde aquel no resulte aplicable. Esto es, un tercero puede encontrarse, desde el punto de vista del § 138 StGB, en dos relaciones con el delito del cual va a ser víctima: puede ser que todavía pueda evitarlo por intervención de la policía o porque él directamente interviene —aquí se aplica el § 138 StGB, ya que la denuncia o aviso es «oportuna» (*rechtzeitig*)—, o puede ser que ya no pueda resistirlo. Si este es el caso, entonces el § 138 StGB simplemente no va a resultar aplicable por ser inoportuna la denuncia. En ese caso no hay aplicación de ambos tipos, por lo que no hay razón para considerar que el § 323c StGB no es aplicable. Distinto es el caso en que el tercero pueda alternativamente intervenir directamente o avisar a la policía o al afectado sobre la perpetración inminente de un delito. Si ese es el caso, no puede haber obligación de actuar en defensa del tercero por la sencilla razón de que la legítima defensa de terceros no va a resultar aplicable por subsidiariedad o necesidad.

5. Variaciones en requisitos generales

995. Más allá del tratamiento de las reglas de dependencia de la facultad de auxilio de un tercero de la voluntad de ser auxiliado del agredido o sujeto en necesidad y de los cruces con las reglas de provocación, la legítima defensa de terceros y el estado de necesidad a favor de un tercero presentan algunas variaciones ligeras en su apreciación respecto del caso «normal» de actuación estructuralmente egoísta que puede ser útil tener en consideración.

996. Al igual que la legítima defensa propia o el estado de necesidad en resguardo de intereses propios, la extensión de la facultad de auxiliar al otro se encuentra fijada ante todo por el requisito de necesidad. Su apreciación sigue las mismas reglas generales, con la advertencia de que una de las alternativas a considerar para determinar la menor lesividad del auxilio es la

posibilidad de resguardo del propio agredido: siempre que él se haya podido resguardar de un modo menos lesivo para los intereses del destinatario de la acción, entonces la acción no era necesaria¹⁰⁴.

997. Más allá de ciertas propuestas interpretativas particulares¹⁰⁵, no hay controles adicionales de proporcionalidad en la legítima defensa de terceros o el estado de necesidad justificante a favor de otro. La única diferencia se fija en el ámbito de causas de exención de responsabilidad penal (exculpación): allí el hecho de actuar altruistamente puede privar de la posibilidad de aplicar subsidiariamente causas de exculpación que tienen fundamentos personales. Esto es obvio, por ejemplo, en el caso del estado de necesidad exculpante en Alemania (§ 35 StGB), el que solo es aplicable ante peligro propio o de un tercero cercano al agente.

998. Los criterios de imputación de la legítima defensa (elemento subjetivo) de terceros no debieran sufrir variaciones respecto del caso normal. Pese a ello, el CPCh contiene una regla, aplicable solo a la defensa de terceros extraños, bajo la cual se excluye la aplicabilidad de la justificación cuando el tercero actúa motivado por resentimiento o algún motivo similar. Como hemos visto, se trata de una pura regla de exclusión cuyo sentido no trasciende prácticamente en nada a aquello que ya se encuentra establecido en el texto de la ley¹⁰⁶.

6. La aplicabilidad de las causas de justificación comunes a los agentes de policía

999. El último problema que nos interesa tematizar se refiere a una de las cuestiones más discutidas en la dogmática penal alemana de la Parte General. Se trata de la posibilidad de que agentes policiales aleguen legítima defensa para dar cuenta del carácter justificado de una actuación. La polémica tiene ante todo relevancia en los casos de uso de arma de fuego letal; el Derecho alemán establece una regulación que incorpora restricciones específicas de subsidiariedad absoluta y de proporcionalidad para el denominado «disparo letal de salvación» y restricciones generales de proporcionalidad respecto de la violencia policial en general¹⁰⁷. Si la legítima defensa (o el estado de necesidad defensivo) no tiene aplicación para la policía, entonces el uso de arma de fuego con carácter letal solo puede estar autorizado en aplicación de ese precepto. En cambio, en caso de que la legítima

¹⁰⁴ KUHLEN, *FS-Gimbernat*, 1102; MK-ERB, § 32, nm. 185; KASISKE, *Jura*, 2004, 836; LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 206; KREY/ESSER, *AT*, § 14, nm. 568, y KASISKE, *Jura*, 2004, 836.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, SEELMANN, *ZStW*, 1977, 36 ss. Cercano LESCH, *Notwehrrecht*, 66 ss., e íd., *FS-Dabs*, 113 ss., centrado, sin embargo, antes en consideraciones de subsidiariedad.

¹⁰⁶ Al respecto *supra* §§ 594 ss.

¹⁰⁷ MK-ERB, § 32, nm. 186, y LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 216.

defensa de terceros resulte aplicable a policías, el universo de casos que se encuentra justificados por definición debe aumentar. La violencia policial tiende a poder ser cubierto por pura subsunción por las reglas generales de legítima defensa de tercero. Con ello, la amplitud de la facultad de intervención lícita de la policía depende de si se acepta la concesión de efecto de exclusión de su ámbito de aplicación a las reglas especiales sobre uso de fuerza policial respecto de la legítima defensa. El problema es similar en España. La Ley 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece en su art. 5.2.d) una autorización/obligación de uso de arma de fuego en caso de riesgo para la vida o integridad física del policía o de un tercero, exigiendo respetar además principios generales que incluyen la proporcionalidad. La jurisprudencia y doctrina española ha tendido, por ello, a considerar que la justificación de la acción policial debe ser tratada como un caso de «cumplimiento de un deber» por referencia a la legislación extrapenal en cuestión¹⁰⁸. Como la violencia policial tiene un estándar de establecimiento de licitud autónomo en los dos contextos, la aplicación de la legítima defensa de terceros constituye *solo una posibilidad*; la no aplicabilidad no implica, en cambio, que los casos pertinentes no se encuentren de todo autorizados. En Chile, la cuestión es mucho más precaria. La única regla asimilable a una regulación del uso de fuerza policial se encuentra en el art. 410 del Código de Justicia Militar, el cual autoriza —sin sujetar a restricciones propias— el uso del arma de fuego en defensa propia o de un tercero. Pese a que no es formalmente imposible interpretar la regla en cuestión como el estatuto especial del uso de fuerza policial y sujetarlo a requisitos específicos razonables, ello sería obviamente una extensión *praeter legem*. Con apego al Derecho positivo, la pregunta chilena sobre justificación del policía debe ser distinguida de la pregunta alemana o española; mientras en estos, la pregunta crucial es por el efecto de desplazamiento («oclusivo») de la regla de justificación del todo o, al menos, en parte de su extensión; en el caso chileno la pregunta debe ser por la posibilidad de interpretar que, pese a que el art. 410 del Código de Justicia Militar explicita la aplicabilidad de la legítima defensa¹⁰⁹, ella se encuentra sujeta a limitaciones especiales.

1.000. Comencemos revisando la discusión alemana y española. En la dogmática alemana, la que cuenta con un importante cuerpo de Derecho po-

¹⁰⁸ TOMÁS-VALIENTE, *Efecto oclusivo*, 36 ss.; LUZÓN PEÑA, *Causas de atipicidad*, 40 s.; CUERDA RIEZU, *Concurso*, 232 ss.; BLANCO LOZANO, *PG*, 879 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*, 592 ss.; MARÍN DE ESPINOSA, *Antijuridicidad*, 142 s., y MIR PUIG, *PG*, 18/21. En la jurisprudencia, un caso crucial es la Sentencia del TS de 13 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2669); en ella hay declaración expresa del efecto de exclusión de la legítima defensa y de las diferencias de extensión entre ambas causas de justificación. La sentencia fue dictada, por cierto, antes de la entrada en vigor de la Ley 2/1986, lo que la hacía conflictiva. Desde entonces es indudable que la solución allí propuesta es concordante con el Derecho positivo.

¹⁰⁹ Similar NOVOA, *Curso*, 378 s.

licial y de desarrollo dogmático de este, se discute la fuente del juicio de licitud de la acción típica realizada por el policía¹¹⁰. Conforme a la denominada solución jurídico-penal (*strafrechtliche Lösung*), la acción debe poder ser calificada como lícita o ilícita de conformidad con las reglas de valoración propiamente penales, ya que precisamente se trata de juzgar si una acción merece ser penalmente castigada. Con ello, de ser posible apreciar una agresión ilegítima, el policía se encontraría justificado si actúa en legítima defensa de terceros y esa acción sería en sí lícita para el ordenamiento jurídico¹¹¹. La postura contraria (solución de derecho de policía; *polizeirechtliche Lösung*) defiende la aplicabilidad excluyente de causas de justificación tomadas de las autorizaciones del Derecho administrativo policial¹¹², pese a que en ocasiones las propias leyes policiales reserven la aplicabilidad de las causas de justificación generales¹¹³. Ello tiene relevancia ante todo en el juicio de licitud de homicidios realizados por la policía: solo bajo las condiciones del *finaler Rettungsschuss* —una regla que establece estrictas y específicas exigencias de proporcionalidad— podría justificarse un homicidio causado por un arma de fuego disparada por una policía. La postura probablemente dominante hoy en día¹¹⁴ (*teoría diferenciadora*) asume que el juicio de antijuricidad de la acción del policía tiene al menos dos valoraciones distintas: una se refiere al actuar autorizado del Estado en la afectación de derechos fundamentales del individuo y el otro se refiere a la calificación jurídico-penal, y por ello personal, del policía. Esta distinción podría trazarse de forma paralela a las diferentes consecuencias jurídicas que pueden seguirse del hecho: la aplicabilidad de la pena debiera juzgarse de acuerdo con las reglas intrapenales, mientras que la procedencia indemnización de perjuicios por parte del Estado y la procedencia de sanciones administrativas del policía debiera juzgarse conforme a reglas del Derecho público. Con ello, la pura aplicación de una causa de justificación general privaría del carácter de antijurídica a la acción personal del policía, pero no así a la intervención estatal. Además, tiende a declararse que la defensa propia del policía (con el argumento de que no es

¹¹⁰ Una exposición breve de la discusión puede encontrarse recientemente en BÉGUELIN, GA, 2013, 474 ss.

¹¹¹ Referencias a la defensa de esta postura en la jurisprudencia y literatura alemana pueden encontrarse en LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 218. En la literatura de manuales y comentarios, al menos tres textos especialmente influyentes defienden todavía esta postura: ROXIN, AT, § 15, nms. 112 s.; Schönke/Schröder/PERRON, § 32, nm. 42b s., y KÜHL, AT, § 7, nm. 153. También el manual para estudiantes más popular (WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, § 8, nm. 289) muestra su preferencia por esta postura.

¹¹² AMELUNG, JuS, 1986, 331 s.; NK-KINDHÄUSER, § 32, nm. 84 y 142 ss.; JAKOBS, AT, 12/42, y LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 220.

¹¹³ Sobre las distintas formulaciones utilizadas por los Estados particulares alemanes para dar cuenta de la aplicabilidad, o falta de ella, de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante *vid.* BÉGUELIN, GA, 2013, 477 s., y LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 217.

¹¹⁴ MK-ERB, § 32, nms. 189 ss.; MATT/RENIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 41; *id.*, *Nothilfe*, 228 ss., y FRISTER, AT, 16/36.

más que un ciudadano en uniforme y tiene, por ello, los mismos derechos) sería en sí lícita si se encuentra cubierta por una causa de justificación general y en casos en que actúe como privado¹¹⁵.

1.001. Pese a ser originalmente dominante, la solución jurídico-penal ha perdido buena parte de su respaldo¹¹⁶ y no resulta convincente. El argumento central en su contra es sistemático-institucional: el objetivo de la creación de una regulación especial de la policía es sujetar a una institución a su propia lógica derivada de sus propias características —diferencia de poder y de responsabilidad con los privados, relevancia simbólica del actuar policial, etc.¹¹⁷—. Esta es la razón que explica la existencia de regulación especial sobre uso de fuerza policial y la sujeción a principios propios de acción. Esta necesidad institucional se vería frustrada si la regulación general fuera declarada sin más aplicable al juicio sobre el uso de violencia típica por parte de la policía¹¹⁸. En defensa de la postura en cuestión tiende a señalarse que es extraño que la policía tenga mayores restricciones en el uso de la violencia y, en particular, de armas de fuego que los privados y que ello constituiría una privación de derechos, al no tratarse más que de otros «ciudadanos en uniforme». Por supuesto, esto no es completamente cierto: la regulación del porte y uso de armas de fuego es, en general, más restrictiva con privados (quienes generalmente no pueden portar armas) que con la policía. Que su uso defensivo sea menos restrictivo no es, en cambio, extraño; se trata de una consecuencia de la diferencia de poder, de medios a disposición de defensa y de la frecuencia de uso que hay en uno u otro caso¹¹⁹.

Institucionalmente preferible parece ser, por ello, la denominada solución de Derecho público o de derecho de policía: el uso de violencia policial típica solo podría encontrarse justificado en aplicación de la legislación especial en cuestión. Pero al menos en Alemania, la solución no parece generalmente aplicable por la sencilla razón de que las leyes estatales particulares de policía contienen «reservas de aplicabilidad de derechos generales de necesidad»¹²⁰. Con ello, la postura o bien parece ir contra el Derecho positivo¹²¹ o bien parece ser solo aplicable a los pocos Estados federados cuya regulación excluye la aplicación de causas generales de justificación. Ella no

¹¹⁵ SK-GÜNTHER, § 32, nms. 14 y 17; AMELUNG, *JuS*, 1986, 332 s., y KINDHÄUSER, § 32, nm. 144. En contra JAKOBS, *AT*, 12/42.

¹¹⁶ Así también BÉGUELIN, *GA*, 2014, 474 ss.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, FRISTER, *AT*, 16/35, y JAKOBS, *AT*, 12/41 s.

¹¹⁸ Similar AMELUNG, *JuS*, 1986, 331 s., y BÉGUELIN, *GA*, 2013, 475.

¹¹⁹ AMELUNG, *JuS*, 1986, 331 s. Argumentos ulteriores pueden encontrarse en BÉGUELIN, *GA*, 2013, 475.

¹²⁰ MK-ERB, § 32, nm. 194; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 41, y ROXIN, *AT*, § 15, nm. 109.

¹²¹ Esto es asumido explícitamente por JAKOBS, *AT*, 12/43, y LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 220.

parece, así, poder tratar la regulación estatal más que como un error institucional que, dependiendo del apego que se tenga al Derecho positivo, debe o no ser tomado en cuenta.

Estas deficiencias sustentan la preferencia mayoritaria por la teoría diferenciadora. El gran punto a su favor es precisamente que esta permite una interpretación unitaria, al concederle un efecto de eliminación de la antijuridicidad en la calificación personal de la conducta a las reservas de aplicabilidad de causas de justificación generales, pero no así en la determinación del carácter lícito de la acción estatal en cuanto tal¹²². La postura en cuestión tiende a ser criticada, sin embargo, por implicar una calificación contradictoria de la posición del destinatario de la acción del policía: este se encontraría obligado a tolerar la acción por aplicación del § 32 StGB y, sin embargo, podría defenderse por tratarse de una acción estatal que afecta de modo ilícito sus derechos¹²³. Pero esto no es así: la posibilidad de defenderse depende exclusivamente de la aplicabilidad de la legítima defensa del afectado por la acción típica. Si el policía se encuentra cubierto por legítima defensa o estado de necesidad, entonces no puede proceder resistencia lícita del afectado. La solución puede mantener su consistencia. La única razón por la que ella es preferible, sin embargo, frente a la solución de Derecho público, es la incompatibilidad de esta con el Derecho positivo en los Estados que tienen reservas de aplicabilidad de cláusulas generales. Por ello, la teoría diferenciadora solo es aplicable en esos Estados. Tanto en los demás Estados alemanes como en España, debe considerarse correcta —por las razones institucionales reseñadas— a la *solución de Derecho público*.

1.002. En Chile, como hemos visto, la cuestión es distinta. La regulación del uso de la violencia policial tiene un grado de indeterminación toda-

¹²² BÉGUELIN, GA, 2013, 476 s. A partir de la distinción entre un juicio personal y un juicio institucional, Béguelin (481 ss.) ha intentado mostrar que la aplicación de los criterios de exclusión de la legítima defensa privada por subsidiariedad frente a la acción estatal llevan, pese a la asunción de la corrección de la teoría diferenciadora, a un amplio recorte a la posibilidad de aplicar legítima defensa al policía; en ocasiones, su intervención contra las reglas de intervención policial sería constitutiva de una afectación del principio de subsidiariedad y, con ello, no podría estar justificada por legítima defensa. El argumento resulta convincente en ciertas clases de casos, los que, sin embargo, no parecen tener la extensión que Béguelin les asigna. Así, por ejemplo, el policía que interviene pese a una decisión institucional de no intervenir, efectivamente no puede hacer uso de la legítima defensa de terceros por subsidiariedad. Pero la situación más relevante se da en casos en que las reglas de proporcionalidad relativas al ejercicio de violencia policial excluyen su licitud. El policía que dispara infringiendo su deber pero poniendo término a una agresión, ¿afecta la primacía de la acción estatal? Béguelin parece sugerir que sí bajo el simple argumento de que «el policía no puede estar en mejor posición que cualquier ciudadano», pero tanto el reconocimiento de esta frase —¡obviamente la relación de la policía con la violencia es especial, distinta, a la de cualquier ciudadano!— como la afirmación de que hay afectación de la primacía de los órganos estatales cuando ellos infringen las reglas que les permiten actuar, son completamente contraintuitivas.

¹²³ LK-RÖNNAU/HOHN, § 32, nm. 219. En contra MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER, § 32, nm. 41, por aplicación de la categoría de Günther de causa de exclusión del injusto penal.

vía más amplio que el de la legítima defensa común. El art. 410 del Código de Justicia Militar ciertamente tiene la forma de una autorización independiente: este declara que el uso del arma de fuego se encuentra autorizado si servía a la defensa inmediata del policía o de un tercero al que por razón de su cargo deba prestar protección o auxilio. La indeterminación de la regla es de dos clases: esta no regula con precisión, por una parte, las condiciones de aplicación de la autorización —simplemente remite al deber de prestar auxilio pero no especifica cuándo ello tiene lugar— y, ante todo, no determina el modo de uso correcto del arma de fuego. Esta es, sin embargo, la función crucial de las regulaciones especiales del uso de armas de fuego y, en general, de violencia por parte de la policía. Con mayor o menor determinación, las reglas en cuestión disponen los límites en el uso del arma pese a su necesidad para impedir la realización de un peligro que no deba ser soportado. Al no establecer ni condiciones ni limitaciones de esta clase, la regla chilena es todavía más indeterminada que la legislación general. Por ello, la generación de una dogmática paralela —inventando una regulación inexistente de Derecho público— no puede justificarse. Sí pueden justificarse, sin embargo, particularidades en la valoración de la situación. Así, la mayor experiencia y habilidad en el enfrentamiento con peligro permiten apreciar con mayor rigor el requisito de la necesidad de la acción de defensa. En el resto, las reglas son equivalentes. Esto incluye la aceptación de la máxima de que el agredido no debe soportar peligros injustificables al menos en los casos en que no se trata del policía.

UNIDAD 7

LA CULPABILIDAD

Competencias

- Analiza los rasgos principales de la culpabilidad, la neurociencia y la interculturalidad.

PRIMERA LECTURA:

Portilla Contreras, G. (2014). Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. Bernal del Castillo, J. (Directores). Roca; Roca de Agapito, L. y Gonzales Tascón, M. M. (Coordinadores) Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados (pp. 231-252). Barcelona, España. Atlier Libros Jurídicos.

El trabajo se sitúa exclusivamente en el seno del primer discurso, esto es, en la construcción de un sistema que posibilite la convivencia de modelos jurídicos penales culturalmente diferentes, con un referente común: el respeto de los derechos fundamentales

DELITO Y MINORÍAS EN PAÍSES MULTICULTURALES

ESTUDIOS JURÍDICOS Y CRIMINOLÓGICOS COMPARADOS

Jesús Bernal Del Castillo
(Director)

Luis Roca de Agapito
María Marta González Tascón
(Coordinadores)



Vicerrectorado de Investigación
y Campus de Excelencia Internacional
Universidad de Oviedo



GOBIERNO DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez
(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Profesor de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2014 Jesús Bernal Del Castillo (director), Luis Roca de Agapito y María Marta González Tascón (coordinadores)

© 2014 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-15690-46-7

Depósito legal: B-9951-2014

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

DERECHO PENAL INTERCULTURAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA COMUNITARIA

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

Esther Pomares Cintas

Titular acreditada de Derecho Penal. Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Según los nuevos criterios de la CNEAI,¹ este trabajo conjunto no merece, por lo general, valor investigador. Somos conscientes de este criterio, pero sus efectos disuasorios (no sabemos si alcanzarán también al lector) han sido recompensados por el puro placer de investigar, de dedicarle tiempo y esfuerzo a una materia tan compleja como la construcción de un sistema de derecho penal intercultural. Esta contribución «altruista» no sólo ha requerido manejar el discurso sobre el mismo y su diversa problemática, sino también la labor de recopilar primero, y sistematizar después, la extensa y heterogénea jurisprudencia —de varios países— que ha contribuido al reconocimiento y autonomía de la denominada «Justicia Comunitaria», una potestad jurisdiccional especial, culturalmente condicionada, que convive con el sistema jurídico general en el marco de la unidad del Estado. Su efectiva existencia no es sino fruto del ejercicio del derecho a la diversidad cultural de comunidades o pueblos autóctonos, que se identifican por sus usos y prácticas tradicionales, estructuras institucio-

1. Resolución de 15 de noviembre de 2013, de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora.

nales, incluidas las relativas al modo de impartir justicia. En fin, un sistema de Derecho penal Intercultural apenas conocido en el entorno cerrado y ensimismado de la Unión Europea, que invita a reflexionar desde otros puntos de vista diferentes del modelo occidental de justicia penal.

Plantear, como objeto de estudio, el Derecho Penal Intercultural provoca una serie de incógnitas: ¿Puede aspirarse a la construcción de un proyecto de emancipación del ser humano que tenga en cuenta, en régimen de igualdad, la complejidad de las diferencias culturales? ¿Es factible un derecho penal intercultural, esto es, un sistema que reconozca reglas y procedimientos culturales distintos del canon occidental de justicia? Estas interrogantes giran en torno a dos grandes cuestiones: ¿Existe un canon universal que pueda interpretarse como atributo de todas las culturas?, ¿Es posible armonizar el paradigma de los derechos fundamentales con el relativismo cultural?

Lo más probable es que jamás encontremos una respuesta uniforme a esas interrogantes. El objetivo será desentrañar, primero, las claves del discurso,² y elaborar, posteriormente, las pautas que permitan resolver los conflictos que en cada caso se planteen.

En este sentido, no se puede asimilar en un mismo plano axiológico dos discursos diferentes, aunque presenten un denominador común: la identidad/diversidad cultural, como derecho humano internacionalmente reconocido, o el conflicto de culturas dentro del marco de la unidad del Estado. No es lo mismo reflexionar sobre cómo reconocer, de modo que sea compatible con los derechos fundamentales, las aspiraciones de los pueblos y comunidades culturales a asumir el control de sus propias instituciones y modos de impartir justicia, con arreglo a prácticas y usos tradicionales culturalmente distintos del sistema de justicia general, que afrontar cómo valorar, en el plano penal, ciertas prácticas o tradiciones culturales que el sistema occidental considera delictivas por afectar a derechos fundamentales.³

Este trabajo se sitúa exclusivamente en el seno del primer discurso, esto es, la construcción de un sistema que posibilite la convivencia de modelos jurídico-penales culturalmente diferentes, con un referente común: el respeto de los derechos fundamentales.

2. Cfr. J. BUTLER, «Reescenificación de lo universal: hegemonía y límites del formalismo». En, *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura económica. Buenos Aires, 2004, p. 48.

3. Cfr. R. ESCUDERO ALDAY, «Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo». En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47; C. A. BECERRA BECERRA, «La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa», *Revista El Otro Derecho*, 35, 2006, pp. 213 ss.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REFERENTES UNIVERSALES Y LA INTROMISIÓN, EN SU NOMBRE, EN ÁMBITOS SOBERANOS

Como se ha señalado, el referente que legitimaría la construcción de un Derecho Penal intercultural lo constituyen los Derechos Fundamentales. La cuestión reside entonces en determinar cuál es el *valor* universal desde el que comparar a los demás; y, con ello, ¿quién se arroga la potestad de definir esas bases morales y los medios adecuados para el establecimiento de la ética universal?⁴ ¿quién decide cuándo se produce un acto que conmueve esas bases?⁵ en definitiva, ¿quién o qué es moralmente «superior» sin caer en el absolutismo decisionista *schmittiano*?⁶

En realidad, parece que no hay que indagar sobre cuáles son los valores esenciales que integran hoy el universalismo: la Estrategia de Seguridad Nacional (*National Security Strategy*) de Estados Unidos señala, como principios *universales* a los que debe aspirar la humanidad, la libertad, la dignidad humana, la democracia y el libre mercado, ya que sólo ellos pueden garantizar los derechos humanos y la libertad política y económica.⁷ Esta declaración ha servido para decidir, en cada momento, quién se aleja de esos valores,⁸ y por tanto, ha servido para legitimar la intervención coactiva, la «guerra justa» dirigida a la defensa e imposición de ese modelo.⁹

Cabe recordar que la construcción teórica de los derechos fundamentales tiene los pies de barro, se basa en una estructura viciada en su origen.¹⁰ La primera Decla-

4. Cfr. O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 252-256; P. BARCELONA, *Alzata con pugno. Dentro la crisi della sinistra*, Città Apperta, Troina, 2002, p. 110.

5. Cfr. P. SINGER, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, 2003, p. 137. En este sentido, se pregunta U. BECK por qué unas determinadas identidades culturales, y no otras, se dramatizan como imágenes estatales de enemigo. Advierte, además, que éstas constituyen una nueva fuente de legitimidad del Estado (nacional) moderno. Cfr. «De vecino a judío». En, *La democracia y sus enemigos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, pp. 149-150.

6. Vid. G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 253 ss.

7. Cfr. NSS, septiembre, 2002, Epígrafe V.

8. Cfr. NSS, septiembre, 2002, Epígrafe V.

9. Cfr. SCHMITT, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum*, 1979, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 102-109. Cfr. al respecto, S. ZIZEK, *Bienvenido al desierto de lo real*, Ed. Akal, Madrid, 2005, p. 47.

10. L. FERRAJOLI recuerda que, en un principio, los derechos fueron proclamados iguales y universales en abstracto, aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los indios hacia Occidente, de modo que servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por los Estados nacionales. Hoy, señala el autor, la situación se ha invertido, «la reciprocidad y la universalidad de aquellos derechos ha sido negada, los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados». Por esa razón, afirma, de su efectiva universalización dependerá, en el futuro, la credibilidad de los «valores de Occidente». Cfr. «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona». En, (H. Silveira Gorski, coord.), *Identidades comunitarias y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 248-249. Sobre el rol ficticio de la teoría de los derechos humanos, cfr. M. ATIENZA, *Marx y los Derechos humanos*. Ed. Mezquita, Madrid, 1983.

ración de Derechos, la *Virginia Bill of Rights* de 1776, precedente de la Declaración francesa de 1789, asumió el derecho natural de las personas al goce de la vida, propiedad, felicidad, igualdad, libertad, seguridad, resistencia frente a la opresión, a la democracia, libertad religiosa, de expresión, etc. Cuesta creer que este catálogo de derechos fuera reconocido y elaborado por los mismos poseedores de esclavos, que podían dedicarse a las actividades legislativas gracias al trabajo de aquéllos.¹¹

A su vez, la Declaración de Derechos Humanos de 1789 surgió como consecuencia de un sinfín de proyectos preparatorios inconciliables, tras múltiples negociaciones, siendo su resultado una asociación de fragmentos inconexos. En esa Declaración se sacraliza como derechos naturales inherentes al hombre y al ciudadano: la igualdad de derechos, la asociación política, la soberanía, el principio de legalidad, la libertad de pensamiento (incluso religioso), la libertad y seguridad personal, el derecho a la propiedad. No obstante, esa Declaración fue posteriormente reformada, y no en una única ocasión: en 1793 —siendo el nuevo canon la felicidad común, consagrándose también, como derechos naturales, la presunción de inocencia, la prohibición de la esclavitud, la resistencia a la opresión y la insurrección como derecho del pueblo frente al gobierno—, 1795, 1848, 1946, 1948 y 1950. En definitiva, textos inacabados, contradictorios, sucesivos y cambiantes se transformaron en el referente del universalismo actual.¹²

La discusión reinante en el presente se suscita, inicialmente, entre dos grandes tradiciones: la reilustrada universalista y la posmoderna relativista.¹³ Nos encontramos, como plantea F. JULLIEN, ante una encrucijada: o bien partimos de un universalismo que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo, u optamos por un relativismo indolente que condena a las culturas que se distancian del modelo occidental a una reclusión identitaria en el círculo de sus valores específicos.¹⁴

La mejor representación del ideal universalista aparece en la obra de KANT —*Sobre la paz perpetua*. La propuesta que realiza se basa en la formación de gobiernos democráticos, la instauración de una federación de Estados libres y la constitución de un Derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), entendiéndose por tal «un derecho público de la humanidad», que es un «complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella».¹⁵ Respalda así una noción de Derecho que pudiera llegar a ser una organización de la humanidad y que, por lo tanto, coincidiría con la idea ética suprema, al modo en que KELSEN propuso un sistema jurídico internacional que fuera concebido como la fuente suprema de toda formación y constitución jurídica nacional.

11. Cfr. O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, cit., p. 181.

12. Cfr. F. JULLIEN, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*, Ed. Siruela, Madrid, 2010, p. 151.

13. Cfr. G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., pp. 256 ss.

14. F. JULLIEN, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*, cit., p. 145.

15. Cfr. *Sobre la paz perpetua*, Trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 2002, p. 30.

KANT insistía en la idea de construir y pertenecer a una misma Constitución civil que garantice la omisión de la guerra y, en definitiva, la seguridad de no regresar al estado de naturaleza.¹⁶ Una Constitución que considera a personas y Estados, en sus relaciones externas, como ciudadanos de un estado universal de la humanidad (*ius cosmopolitanum*).

3. ¿ES FACTIBLE UN DERECHO PENAL INTERCULTURAL BAJO EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

La vocación universalista del reconocimiento de los derechos fundamentales, de las garantías penales y procesales entendidas según el sistema de justicia de corte occidental, se ha presentado como un obstáculo para la construcción (y defensa) de un Derecho penal Intercultural fundamentado en la convivencia de modelos de justicia que discurren conforme a procedimientos, estructuras institucionales y reglas alejados culturalmente del modelo oficial. Como mantiene O. HÖFFE, ello podría significar, en última instancia, mantener a esos colectivos culturales bajo nuevas formas de sometimiento.¹⁷

No obstante, esa conclusión precipitada censuraría la posibilidad de comprender las bases de un discurso que apuesta, en el marco del reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano, por el *diálogo intercultural*, una clave alternativa interpretativa del paradigma de los derechos fundamentales, que descansa sobre un plano de igualdad axiológica de culturas.¹⁸ Negar esta posibilidad, desconocer, o no querer comprender, desde una cosmovisión diferente, otros sistemas culturales de justicia, derivará en prohibiciones o asimilaciones culturales contrarias a la idea de diversidad cultural¹⁹ como elemento «indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional

16. Cfr. Op. cit., p. 15, nota 3. En la versión kantiana, los pueblos, en cuanto Estados, funcionan como individuos que, en el estado de naturaleza (es decir, independientes de leyes externas), se perjudican unos a otros por su mera coexistencia; de este modo, cada uno, en aras de su seguridad, puede y debe exigir del otro que entre con él en una Constitución semejante a la Constitución civil, en la que se pueda garantizar a cada uno su derecho. Cfr. *Sobre la paz perpetua*, cit., p. 21; cfr. J. HABERMAS, «La idea Kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años». En, *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 163-164.

17. Cfr. *Derecho intercultural*, cit., p. 156. Es decir, que la especialidad de la diferencia «se lleve a tal punto que genere una especie de «apartheid»». Cfr. J. BLANCO BLANCO, «Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia», Revista Diálogos de Saberes, nº 24, 2006, p. 56.

18. Vid. en esta línea, E. BORJA JIMÉNEZ, «Derecho indígena sancionador y derechos humanos». En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. Es admirable la investigación que viene realizando este autor, desde hace años, en el seno de las comunidades indígenas, lo que hace comprensible su más que justificado planteamiento. Cfr. *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; también, «Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena», En, *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

19. Véase, en este sentido, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012.

e internacional».²⁰ En definitiva, se puede hablar de un Derecho intercultural desde un prisma teórico que subraye la «importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos»,²¹ y viceversa. El reconocimiento de la diversidad cultural también puede ser garante de los derechos fundamentales. Se asientan así las bases de un planteamiento jurídico intercultural que, a continuación, desarrollaremos.

En primer lugar, se analizará el marco jurídico internacional sobre el que cabría sustentar la construcción de un Derecho penal Intercultural, y con ello, las bases que posibilitarían el reconocimiento de otros sistemas que no se ajustan, en puridad, a las categorías occidentales de la justicia penal.

3.1. Marco jurídico internacional: el reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano y el compromiso de respeto de los derechos fundamentales

La expresión «*identidad cultural*» debe entenderse como el conjunto único e irremplazable de valores o factores de diferente índole por el cual una persona, «individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad» (art. 2 b. Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007). Ese conjunto de referencias culturales engloba los modos de vida, usos tradicionales, creencias, estructuras institucionales, costumbres, sistemas jurídicos o modos de impartir justicia, que identifican y definen a los pueblos o comunidades como grupo social; en este sentido, cabe incluir también los métodos a los que «recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros» [art. 9.1 Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169 OIT, en adelante)].²²

Pues bien, la importancia de la diversidad/identidad cultural es tal que su salvaguarda se erige en un «imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana» porque se encuentra ligado intrínsecamente a ella [art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002)].

20. Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005. Así se pronuncia también la Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007, bajo el convencimiento de que «las violaciones de los derechos culturales provocan tensiones y conflictos de identidad que son unas de las causas principales de la violencia, de las guerras y del terrorismo».

21. Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005.

22. En vigor desde el 5 de septiembre 1991, el Convenio fue ratificado por España el 15 febrero 2007.

Por ello, forma parte integrante de los derechos humanos, en la medida en que son «expresión y exigencia de la dignidad humana» (Considerando 2, arts. 1 y 2 b. Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007).

Los instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre esta materia²³ se dirigen a una misma finalidad: promover el respeto de la identidad cultural de los pueblos o comunidades, en la diversidad de sus modos de expresión, dentro del marco de los Estados en los que viven.²⁴ Con arreglo a lo dispuesto en ellos, el reconocimiento de la diversidad cultural comporta, en primer lugar, afirmar el derecho de los pueblos, comunidades culturales, y sus integrantes, a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas (sistemas jurídicos), y a practicar y promover sus propias tradiciones y costumbres.²⁵ Y ello conduce, como contrapartida, al compromiso estatal de garantizar su ejercicio a través de una doble vía:

- La obligación de establecer mecanismos eficaces para prevenir todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos o comunidades culturales «de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica».²⁶ Se requiere garantizar a los pueblos y a las personas que los integran el derecho a no ser sometidos a una asimilación o integración forzada —cualquiera que sea la forma.²⁷ En este sentido, el art. 9.2 Convenio 169 OIT señala que «*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*».
- La obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para la protección del ejercicio de sus derechos y el respeto de su integridad (Arts. 2, 5 Convenio 169 OIT).

Ahora bien, como derecho humano internacionalmente proclamado, el reconocimiento de la diversidad/identidad cultural no se concibe en términos absolutos: el ejercicio de este derecho ha de significar también el compromiso

23. Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales (México D.F., 1982); Convenio de la OIT, núm.169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007.

24. Convenio 169 OIT (Preámbulo).

25. Vid. art. 8.2 Convenio 169 OIT; arts. 5, 11.1, 34 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007; art. 3 Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007.

26. Art. 8, a) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

27. Art. 8.1, también apartado d), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; «cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad» (Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales; 1982).

de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales.²⁸ Esto es, las costumbres, usos tradicionales, procedimientos e instituciones propias de las comunidades culturales deben ser compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, así lo dispone el art. 8.2 Convenio 169 OIT. Asimismo, aunque no era necesario recordarlo, es éste un condicionamiento de legitimidad de los métodos a los que la comunidad cultural recurre para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9. 1, Convenio 169 OIT).²⁹

3.2. Condiciones para el reconocimiento del sistema de Justicia comunitaria en el marco del derecho a la diversidad cultural

Partiendo del marco del derecho a la diversidad cultural definido por los instrumentos internacionales, algunos países han reconocido a los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales propias, es decir, la potestad de establecer normas, reglas, procedimientos y sanciones, con arreglo a su cosmovisión o sistema de valores.

Es cierto que las *comunidades indígenas* que se encuentran en países independientes son grupos culturales que han sido destacados, de modo específico, tanto por el Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007. Su identidad cultural se vincula al «*hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*» [art. 1 b) Convenio 169 OIT].

Esta mención particular a las comunidades indígenas se corresponde con la que se plasma en los textos constitucionales (entre otros) de las Repúblicas de Colombia,³⁰ Bolivia³¹ y Guatemala.³² Sus fuentes legales y jurisprudenciales han

28. Art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); en el mismo sentido, Art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005); arts. 34, 46. 2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2007). Art. 1, letras c, d, Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales (2007).

29. Sobre la interpretación y alcance de esta limitación, y los conflictos que se plantean, véase más adelante, en el último apartado de este trabajo.

30. Colombia ratificó el Convenio 169 OIT, el 7 agosto 1991 (Ley 21, de 1991).

31. Bolivia ratificó el Convenio 169 OIT, el 11 diciembre 1991 (Ley n° 1257).

32. Guatemala ratificó el Convenio 169 OIT, el 5 junio 1996 (Decreto Legislativo 9-96, de 5 marzo 1996).

sido destacadas y analizadas en este trabajo por su importante contribución a la construcción de un sistema jurídico-penal intercultural, a partir del reconocimiento de la autonomía de la potestad jurisdiccional de aquellas comunidades (Justicia comunitaria).

En efecto, en la situación actual de estos países, los pueblos indígenas reúnen claramente las características destacadas en el Documento de la OIT. Tienen un medio cultural ancestralmente definido —cuya existencia es anterior a la invasión colonial en nombre de la conquista cristiana impulsada por la Corona castellana—, y autoridades propias. No sólo sus territorios son *entidades* territoriales, también se les reconoce el derecho a gobernarse según sus usos y costumbres;³³ además, las respectivas Constituciones políticas les atribuyen potestad jurisdiccional, como sistema jurídico independiente, y en igualdad de jerarquía respecto de la jurisdicción ordinaria o general (sistema jurídico nacional).³⁴

Téngase en cuenta que el modelo de Justicia comunitaria indígena, frente al sistema jurídico nacional de corte occidental, se basa en un *conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de naturaleza consuetudinaria, en armonía con el sistema de valores que identifica a la comunidad*.³⁵ Ahora bien, la adecuación a los derechos fundamentales no es el único límite al que se debe sujetar la potestad jurisdiccional de las comunidades indígenas. Para garantizar la convivencia de las distintas jurisdicciones (no sólo coexistencia), también es imprescindible establecer las reglas o procedimientos que permiten solucionar las situaciones de conflicto de intereses de las respectivas culturas.

En suma, quedarían por resolver varias cuestiones. En primer término, respecto del enjuiciamiento en materia penal, ¿cuándo son competentes las autoridades de las comunidades indígenas con potestad jurisdiccional? ¿cuál es el alcance material de dicha jurisdicción especial?, ¿engloba cualquier infracción? Y, en segundo término, ¿cómo se interpreta la necesidad de que sus procedimientos, prácticas y métodos sancionadores *sean compatibles* con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, teniendo en cuenta que la diversidad/identidad cultural es un derecho humano internacionalmente reconocido?, ¿cómo esos modelos nacionales de reconocimiento de la diversidad

33. Concretamente, se reconoce la competencia de las autoridades indígenas para prohibir a pastores evangélicos la entrada en su comunidad, en la medida en que la intromisión de terceros podría afectar a los procesos de autogobierno y cohesión social, o amenazar el derecho a la subsistencia de la propia comunidad. Cfr. C. BOTERO MARINO, «Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso de Colombia». En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 157. Véase, al respecto la interesante Sentencia de Unificación, 510/1998, Corte Constitucional colombiana.

34. Arts. 246, 286, 287, 330 Constitución de Colombia de 1991; arts. 2, 30. I, 30 II, numerales 2 y 5, arts. 179, 190.I, 192 Constitución de Bolivia de 2009, también arts. 4 a., 7 y 12 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, nº 073, de 29 de diciembre de 2010; arts. 58, 66 Constitución de Guatemala de 1985.

35. Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala, de 29 enero 2013. Vid. Art. 28 Código de procedimiento penal de Bolivia.

cultural han superado las aparentes contradicciones entre tradiciones, sistema de justicia de base consuetudinaria, y derechos fundamentales?

3.2.1. Criterios de resolución de conflictos de jurisdicciones en materia penal

Como se ha señalado, la construcción de un sistema jurídico-penal intercultural basado en la convivencia, en el marco de la unidad del Estado, de modelos de justicia penal que discurren con arreglo a normas y procedimientos culturalmente diferentes —la jurisdicción comunitaria, de naturaleza consuetudinaria, y la justicia ordinaria, de corte occidental— debe proveer reglas dirigidas a la resolución de los conflictos que se pueden plantear entre ellos. Una deficiente comprensión de esta problemática podría poner en tela de juicio, de un lado, la propia autodeterminación de las comunidades indígenas como tales, o, de otro, la protección de determinados bienes jurídicos esenciales en los supuestos en los que la jurisdicción comunitaria indígena no acreditara la posibilidad cierta de garantizarlos.

En la delimitación del alcance de la justicia comunitaria, ha desempeñado un papel clave la interpretación jurisprudencial de la normativa constitucional de los países que reconocen autonomía a la jurisdicción indígena. En efecto, los Tribunales han ido supliendo el vacío legal existente sobre la forma de coordinación entre la jurisdicción indígena (como jurisdicción especial) y la jurisdicción ordinaria, y los procedimientos adecuados para la solución de conflictos que puedan surgir de la aplicación del derecho estatal y el indígena.³⁶ No obstante, cabe subrayar que, desde 2010, Bolivia ha regulado esta materia a través de la *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, n° 073, de 29 de diciembre de 2010.

Pues bien, según estas fuentes legales y jurisprudenciales, son tres los criterios competenciales que se entiende que han de concurrir para definir el ámbito de la jurisdicción de las comunidades indígenas: (a) territorial, (b) personal, y (c) material o institucional. Asimismo, a la hora de interpretar y resolver el conflicto de que se trate, se ha partido también de un criterio rector previo: el principio de mayor autonomía, esto es, *a mayor conservación de la identidad cultural, de los usos y costumbres de la comunidad, mayor autonomía*.³⁷

Planteamiento que se encuentra en sintonía con el art. 1.2 Convenio 169 OIT, que señala que «La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá consti-

36. Véase, en este sentido, Sentencias de 6 noviembre 2012, 7 octubre 2004, 29 enero 2013, de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala; Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana. Cfr. E. SOLANO GONZÁLEZ, «La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana» (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/11.pdf>), p. 160; H. LONDOÑO BERRÍO, «El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia», *Derecho penal y pluralidad cultural*, Anuario de Derecho Penal, 2006, pp. 174 y ss.

37. Véanse, por ejemplo, Sentencias de Tutela, 254/1994, 349/1996, 496/1996, 514/2009, 236/2012; Sentencia de Constitucionalidad 882/2011, Corte constitucional colombiana.

derarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio».

3.2.1.1. El criterio territorial

En primer lugar, la jurisdicción comunitaria será competente para juzgar los ilícitos cometidos en el ámbito geográfico o territorial de la comunidad de que se trate;³⁸ como se señala en el ordenamiento boliviano, las autoridades indígenas conocerán de «las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena (...)», «siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia»,³⁹ que analizaremos a continuación.

3.2.1.2. El criterio personal

El ámbito personal de vigencia de la jurisdicción comunitaria se ha delimitado a partir del principio que hace corresponder el grado de autonomía con el grado de conservación de la identidad cultural. La jurisdicción indígena se fundamenta, pues, en un «vínculo particular» de las personas que son miembros de la comunidad.⁴⁰

En virtud de este criterio, el fuero comunitario será aplicable a los miembros de la comunidad —sean «denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos»—,⁴¹ siempre que estén integrados en ella, porque hayan interiorizado los valores que la identifican y vivan según sus usos y costumbres.⁴² De acuerdo con este planteamiento, la potestad jurisdiccional comunitaria puede extenderse también respecto de delitos realizados en el ámbito cultural de la comunidad, que no tiene por qué corresponderse con sus límites geográficos o territoriales: puede juzgarse en la comunidad hechos cometidos fuera de ella pero contra miembros de la misma.⁴³

En síntesis, si el comportamiento del indígena puede ser constitutivo de delito tanto en la comunidad como en el sistema jurídico nacional, debe valorarse su conciencia étnica, el grado de integración cultural,⁴⁴ o en su caso, de

38. *Vid.* Sentencias de Tutela, 496/1996, 667A/1998, Corte Constitucional colombiana.

39. Art. 11 Ley de Deslinde Jurisdiccional, nº 073, de 29 de diciembre de 2010. Véase el art. 191 Constitución boliviana, y la Sentencia Corte Constitucional Plurinacional 0037/2013.

40. Art. 191. I. Constitución boliviana; Sentencia de Unificación, 383/2003, Corte constitucional colombiana.

41. Art. 191. II. 1 Constitución boliviana; art. 9 Ley de Deslinde Jurisdiccional.

42. *Vid.* Sentencias de Tutela, 496/1996, 617/2010, Sentencia de Constitucionalidad, 370/2002, Corte constitucional colombiana.

43. Sentencia de Tutela, 1238/2004, Corte Constitucional colombiana.

44. Esto es, si es «fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento», extremo que se ha de acreditar a través de dictámenes periciales de antropólogos forenses (Sentencia de Tutela, 496/1996, Corte Constitucional colombiana, Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012). Sobre la importancia del Peritaje cultural en esta materia, O. MARRUQUÍN GUERRA, *El peritaje cultural indígena como forma*

aislamiento respecto de los valores comunitarios por influencia de los valores occidentales hegemónicos, para determinar qué sistema de justicia debe juzgarlo. Por tanto, aun cuando la conducta delictiva haya sido realizada en el interior de la comunidad, es posible que el asunto deba ser conocido por la jurisdicción ordinaria si el imputado ha asimilado la cultura mayoritaria (esto es, si se acredita, en el caso concreto, falta de identidad cultural).

Ejemplo: en la Sentencia de Tutela, 496/1996, el Tribunal Constitucional colombiano consideró que *«no es dable reconocerle a Guainas Finscuc el derecho al fuero indígena (...), pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los «riesgos» que se derivan de su acción, es decir, que, como miembro del territorio colombiano, goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República»*.

3.2.1.3. El criterio material

Por último, los ordenamientos jurídicos que analizamos han limitado la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas en virtud de otros criterios ajenos al territorial o personal. El criterio material se orienta más a la necesidad de garantizar la protección de determinados intereses o bienes jurídicos que se consideran esenciales para el sistema constitucional.

Sólo el ordenamiento jurídico boliviano ha regulado expresamente el ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena y lo ha hecho desde un doble prisma. En primer lugar, le atribuye el conocimiento de «los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación» (art. 10. I. *Ley de Deslinde Jurisdiccional*). Por otro lado, ha sustraído expresamente a su conocimiento determinadas figuras delictivas, en función de su importancia, que serán de la exclusiva competencia del sistema de justicia nacional o jurisdicción ordinaria.

Así, el art. 10. II. *Ley de Deslinde Jurisdiccional* declara que *«El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias: a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de*

del pluralismo jurídico indígena en Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. Sobre el criterio relativo al grado de «aculturización» del indígena, véase un planteamiento crítico en H. LONDOÑO BERRÍO, «El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia», cit., pp. 183 y ss.

narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio».

En Colombia, en cambio, la interpretación del criterio material se encuentra a expensas de los planteamientos jurisprudenciales que se han ido pergeñando a medida en que resolvía el problema del caso concreto. Así, la doctrina del Tribunal constitucional ha introducido un componente adicional, extraño al principio rector de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, *dirigido a limitar la competencia material de la jurisdicción comunitaria*. Nos referimos al relativo a la «nocividad social» de la conducta en cuestión, cuyo umbral se construye no sólo en torno a la importancia para el sistema constitucional de los bienes jurídicos o derechos que entran en conflicto —por ejemplo, la autonomía de la jurisdicción indígena como manifestación del derecho a la diversidad cultural, por un lado, y los derechos constitucionales del menor víctima de un delito de abuso sexual, por otro—, sino también en función de la certeza de la ausencia de garantías mínimas de protección del interés o bien afectado por el delito por parte del derecho indígena, así, *«la inexistencia de reglas específicas e instituciones consolidadas para llevar a cabo el proceso y castigar al agresor en caso de ser ballado culpable»*.⁴⁵

Ejemplo: en un supuesto de abusos sexuales sobre una niña de 14 años, siendo el autor y víctima integrantes de la misma comunidad indígena, la Sentencia de Tutela, 002/2012, del Tribunal Constitucional colombiano declara que, *«aunque los bienes en conflicto son de la mayor importancia para el régimen constitucional y la afectación de los mismos debe considerarse grave en caso de producirse, la ausencia de certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor lleva a dar prevalencia a la protección de la autonomía de la comunidad (...)»*.

En consecuencia, cuando la justicia comunitaria no ofrezca garantías de protección de un valor esencial para el sistema jurídico nacional, se entenderá que prevalecerá el interés en cuestión sobre el derecho a la diversidad cultural,⁴⁶ y, por lo tanto, el asunto será excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena.

3.2.2. Los Derechos Fundamentales como límite de la autonomía de la Justicia comunitaria

La construcción de un sistema penal de Justicia comunitaria, que ha de convivir con el sistema jurídico nacional, quedaría incompleta si no garantizara también el respeto de los derechos fundamentales.

45. Sentencias de Tutela, 002/2012, 552/2003, Corte constitucional colombiana. Esto ocurriría si la jurisdicción indígena previera procedimientos de conciliación ante comportamientos de violencia contra niños, adolescentes y mujeres, vía de resolución que prohíbe expresamente el ordenamiento boliviano, en el art. 5. IV. Ley de Deslinde Jurisdiccional.

46. Sentencia de Tutela, 254/1994, Corte Constitucional colombiana.

En este sentido, recordemos que los arts. 8.2 y 9.1 Convenio 169 OIT disponen que el ejercicio del derecho a la diversidad/identidad cultural no se puede concebir en términos absolutos, sino que se supedita a su compatibilidad con los «derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

Como cabía esperar, esta limitación ha sido expresamente asumida en los ordenamientos jurídicos que reconocen la autonomía del fuero indígena: las reglas, prácticas y procedimientos que rigen las funciones jurisdiccionales de las comunidades indígenas deben respetar los derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución.⁴⁷ Este referente universal constituye, por tanto, una vía de integración del derecho indígena dentro del contexto del sistema nacional.⁴⁸

Resta, pues, afrontar la cuestión probablemente más controvertida que surge del reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano: el entendimiento conceptual del conflicto con los derechos fundamentales, primero, y los criterios adecuados para su resolución, en segundo lugar. En otras palabras: cómo interpretar, en el contexto de un Derecho penal Intercultural, el significado y alcance del respeto de los derechos fundamentales como límite del ejercicio de la potestad sancionadora que se atribuye a las autoridades indígenas, de tal modo que no se vacíe de contenido el citado derecho a la diversidad cultural, constitucional e internacionalmente proclamado.

Por de pronto, no podemos abordar este conflicto desde una única perspectiva valorativa: los derechos fundamentales entendidos según el canon *occidental*.

Si valoramos el sistema comunitario indígena con arreglo al estándar occidental de justicia, probablemente, las reglas, procedimientos y sanciones culturalmente vinculados al mismo no se ajustarían a las categorías occidentales de los derechos fundamentales. El lenguaje empleado es, desde uno y otro prisma, distinto. En el derecho indígena no se habla expresamente de «derechos fundamentales» sino de valores como la integridad, la armonía, el equilibrio, la reconciliación, la restitución, el dinamismo, la oralidad y celeridad.⁴⁹ Es una justicia consuetudinaria fundamentada en un derecho no escrito y, como tal, carente del principio de legalidad concebido desde el modelo de normas escritas. Su sistema sancionatorio, aunque con frecuencia recurre a métodos de resolución de conflictos restaurativos —mediación, trabajos comunitarios, resarcimiento y reparación del daño—, suele coincidir, en líneas generales, con el de las sociedades estrictamente penales de carácter disciplinario; es decir, se basa en la estigmatización del infractor como factor de prevención general de comportamientos delictivos, buscando disuadir a los demás miembros de la comunidad,

47. Vid. art. 246 Constitución colombiana, art. 190. II Constitución boliviana, refrendado en el art. 28 de su Código de procedimiento penal; véase también la jurisprudencia guatemalteca, que, en cumplimiento de los mandatos internacionales, suple el silencio de la Constitución sobre este extremo -Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012.

48. Sentencia de Tutela, 139/1996, Corte Constitucional colombiana.

49. Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 29 enero 2013.

pero también con fines de prevención especial.⁵⁰ Asimismo, se contempla la exclusión física del espacio (expulsión de la comunidad),⁵¹ y castigos corporales como forma de redención.⁵² No se caracteriza, en cambio, por imponer penas privativas de libertad, no es la pena por excelencia como lo es en el derecho penal de corte occidental.⁵³

En consecuencia, partir de la referencia a los derechos fundamentales según el canon occidental,⁵⁴ en abstracto, como criterio de resolución del conflicto, convertiría en papel mojado el reconocimiento de la diversidad cultural,⁵⁵ ésta «no tendría más que un significado retórico».⁵⁶ Sería un entendimiento insatisfactorio del conflicto, contrario a aquello que los instrumentos internacionales pretenden evitar, porque, a la postre, significa subrayar la prevalencia axiológica de aquel modelo, «la imposición del modo occidental de interpretar la justicia»,⁵⁷ es decir, una forma de asimilación de los grupos o comunidades culturales, bajo el pretexto de los derechos fundamentales. Esta visión unilateral del conflicto atentaría también contra el trato igualitario para las diferentes culturas que el Estado ha reconocido.⁵⁸

Pues bien, defender un Derecho Intercultural, desde el principio de respeto a la diversidad cultural y la igualdad de culturas, requiere el esfuerzo de adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales,

50. Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana.

51. Es el castigo más grave, se aplica a quienes reinciden en la infracción y a los que no aceptan la autoridad del cabildo o resguardo (Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana).

52. Cfr. H. CAPUSIRI, *Justicia Comunitaria*, Ed. Kipus, Cochabamba, 2009, pp. 64-65. *Vid.* Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 7 octubre 2004.

53. Resulta por ello llamativo el art. 10.2 Convenio 169 OIT, que señala que, cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, «deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento».

54. Como sostiene J. SILVA SÁNCHEZ, la «vigencia objetiva de los derechos humanos fundamentales». Cfr. «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal», En, *Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de Conferencias y artículos, nº 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 26; del mismo autor, «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», *Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, nº 5/2011, p. 314. En esta línea, C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson. Madrid, 2010, p. 207.

55. En esa dirección, Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana. Véase también, Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013.

56. Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana, Sentencia Corte

57. Sentencias de Tutela, 523/1997, 009/2007, Corte Constitucional colombiana, Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012, Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013. En esta línea, E. BORJA JIMÉNEZ, «Derecho indígena sancionador y derechos humanos», cit., pp. 187 ss. Cfr. J. BLANCO BLANCO, «Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia», *Revista Diálogos de Saberes*, nº 24, 2006, pp. 53-54, 56, 64 y ss.

58. Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana; Sentencias de la Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 1422/2012, 1714/2012, 0037/2013, 0358/2013; Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012. *Vid.* arts. 1, 70 Constitución colombiana, arts. 1, 179. II, Constitución boliviana, art. 4. e. Ley boliviana de Deslinde Jurisdiccional; art. 66 Constitución guatemalteca.

como referente universal, a la especificidad cultural de la comunidad de que se trate: se introduce así el *diálogo intercultural* como criterio hermenéutico más complejo y amplio. Las claves de este planteamiento las encontramos, sobre todo, en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de Friburgo de la UNESCO, sobre Derechos culturales (2007).

Es cierto que el art. 8.2 Convenio 169 OIT dispone que el derecho de las comunidades culturales a conservar sus instituciones propias se supedita, en un primer plano, a su compatibilidad con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional. Ahora bien, el Convenio, consciente de la posible situación de conflicto de derechos que esta cláusula puede provocar, es decir, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, y las que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar su identidad cultural, ordena establecer, «*siempre que sea necesario*», «*procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio*» (art. 8.2). Asimismo, con arreglo al principio fundamental declarado en el art. 1.e. Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales, «*La realización efectiva de un derecho humano implica tomar en consideración su adecuación cultural (...)*». En esta línea, la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002) apuesta por el *diálogo intercultural*, bajo la convicción de ser la mejor garantía de paz, rechazando categóricamente la tesis que auguraba un choque inevitable entre culturas y civilizaciones.⁵⁹

En suma, si lo que se pretende es que el sistema de justicia comunitaria reconozca los derechos fundamentales como lindes de su competencia penal, si lo que se pretende es interpretar la compatibilidad, o no, de sus prácticas, reglas, procedimientos y sanciones con los derechos fundamentales, habría que reformular el significado de este referente universal bajo el criterio de *adecuación cultural*,⁶⁰ y en plano de *igualdad* entre culturas,⁶¹ sin caer en la supremacía axiológica de una sobre otra. Estas son las premisas de un diálogo intercultural dirigido a propiciar un consenso que defina los referentes mínimos irrenunciables, de modo que ni los derechos fundamentales ni el derecho a la diversidad cultural queden vaciados de contenido. Así se logra que el reconocimiento de la diversidad cultural también sea garantía de los derechos fundamentales, como lo debe ser el sistema jurídico-penal general.

59. Como señala la Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012, el diálogo intercultural atiende a «necesidades básicas de convivencia en armonía, respeto y progreso de los diferentes pueblos que conforman Guatemala».

60. Los derechos fundamentales deben interpretarse en contextos inter e intraculturales, es decir, de acuerdo a pautas inter e intraculturales de interpretación, y deben estar sometidos al control de constitucionalidad desde una perspectiva también intercultural (Sentencias de la Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia, 0108/2013, 1422/2012). Vid. también, Sentencias de Constitucionalidad, 139/1996, 370/2002, Corte Constitucional colombiana.

61. Vid. Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana; Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0300/2012. El art. 179. II. Constitución boliviana, y el art. 4. e. Ley boliviana de Deslinde Jurisdiccional, subrayan el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica.

En consecuencia, el planteamiento de un Derecho penal Intercultural basado en esas premisas ni se inclina por un universalismo puro, que dejaría sin contenido el derecho a la diversidad cultural, pero tampoco por un relativismo cultural incondicional, sin referentes éticos mínimos que se consideran universales.⁶²

La discusión gira, por tanto, en torno a esos mínimos que deben consensuarse como referentes universales,⁶³ el umbral mínimo que sitúe el filtro entre lo tolerable y lo intolerable.

Los ordenamientos jurídicos que analizamos entienden que la convivencia de sistemas jurídico-penales culturalmente distintos requiere respetar aquellos mínimos que se conciben intrínsecamente ligados a la dignidad humana.⁶⁴ Éstos se traducen en los siguientes derechos y garantías: el derecho a la vida, el respeto de las garantías derivadas del derecho a un debido proceso,⁶⁵ la prohibición de la esclavitud, de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,⁶⁶ la prohibición de las penas de destierro (o la expulsión del territorio del Estado del indígena infractor), prisión perpetua y confiscación.⁶⁷

Por las mismas razones que se han puesto de relieve, el diálogo intercultural debe presidir también el entendimiento del contenido, significado y alcance de esos mínimos universales, es decir, de las garantías básicas que cabe exigir al ejercicio de la jurisdicción indígena de modo que se pueda acomodar al respeto del umbral que se ha declarado irrenunciable.

En efecto, a la luz de los principios de interculturalidad y de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas,⁶⁸ los referentes mínimos universales señalados no pueden seguir las mismas pautas de interpretación ni pueden

62. Corroborando este planteamiento, Sentencias de Tutela, 349/1996, 523/1997, Sentencia de Constitucionalidad, 063/2010, Corte Constitucional colombiana.

63. Véase el planteamiento del problema, H. LONDOÑO BERRÍO, «El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia», cit., pp. 189, 190, 199 y ss.

64. Sentencias de Tutela, 349/1996, 253/1997, 523/1997, y Sentencia de Constitucionalidad, 882/2011, Corte Constitucional colombiana. En esta dirección, E. BORJA JIMÉNEZ, «Derecho indígena sancionador y derechos humanos», cit., p. 210.

65. Sentencias de Tutela, 254/1994, 349/1996, Sentencia de Unificación, 510/1998, Corte Constitucional colombiana; Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 1422/2012. *Vid.* art. 190. II. Constitución de Bolivia.

66. El art. 5. V. Ley boliviana de Deslinde Jurisdiccional prohíbe expresamente el linchamiento, y el art. 6, la pena de muerte.

67. Expresamente, art. 34 Constitución colombiana. El art. 5. III. Ley boliviana de Deslinde Jurisdiccional prohíbe la sanción de confiscación de tierras y la expulsión de personas vulnerables por incumplimiento de obligaciones o prestaciones comunales. Se ha prestado especial atención a los supuestos en los que la sanción de expulsión del ámbito de la comunidad a la que pertenece el infractor conlleva consecuencias extremas que se extienden a su familia, en la medida en que se verían expuestos a una situación de indigencia y de absoluto despojo, limitando gravemente sus posibilidades de subsistencia. Tal situación equivaldría materialmente a una confiscación de bienes, y, por tanto, estaría constitucionalmente prohibida (*vid.* Sentencia de Tutela, 254/1994, Corte Constitucional colombiana).

68. El principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, necesario para lograr la supervivencia cultural como identidad, también se traduce en la minimización de las restricciones a las indispensables; es decir, del catálogo de restricciones posibles, ha de elegir-

contener formalmente los mismos elementos configurativos propios del modelo occidental de justicia.⁶⁹ Atender al derecho a la diversidad cultural requiere introducir criterios de adecuación o contextualización cultural a la hora de concretar el contenido de los mínimos irrenunciables, sin afectar, por ello, a lo que es sustancial al derecho fundamental de que se trate.⁷⁰

En el marco de este debate nos ocuparemos del núcleo esencial probablemente más controvertido: la interpretación del derecho a un debido proceso y la prohibición de penas degradantes, desde los principios de adecuación cultural y minimización de las restricciones a las indispensables.

Veamos, en primer lugar, los criterios que emplean los Tribunales para valorar lo que cabe exigir a la Justicia comunitaria en relación con las garantías derivadas del derecho a un debido proceso, como el derecho de defensa, los principios de legalidad del procedimiento y en materia de delitos y penas, o la proporcionalidad de las sanciones.

Como hemos explicado, el alcance de las garantías derivadas del derecho a un proceso justo no se puede medir desde la exclusiva vigencia de la cosmovisión occidental: estamos valorando, bajo el prisma de la diversidad cultural, una justicia consuetudinaria, y, como tal, carente formalmente del principio de legalidad en materia procesal y penal.

«Aunque parecería extraña a la mentalidad de los Embera-chamí una noción como la de «debido proceso», es pertinente aludir a ella (...), pues consta en el estudio antropológico (...) que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta».⁷¹

Se hace imprescindible, pues, recurrir a una operación hermenéutica más amplia, con la finalidad de posibilitar adecuar esta modalidad de justicia a las garantías del derecho a un debido proceso.⁷² A tal fin, se exigirá que el ejercicio de la potestad jurisdiccional indígena se sustancie conforme a reglas previsibles, que existan «con anterioridad al juzgamiento de las conductas», previsibilidad

se aquella que sea menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. *Vid.* Sentencia de Tutela, 349/1996, Sentencia de Constitucionalidad, 139/1996, Corte Constitucional colombiana.

69. *Vid.* Sentencias Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 1422/2012, 0037/2013, 0358/2013.

70. *Vid.* Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

71. Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana; también, Sentencias, 523/1997, 009/2007.

72. La interpretación prevalente es aquella que «mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros», Sentencias de Constitucionalidad, 127/2003, y de Unificación, 510/1998, Corte Constitucional colombiana. Sobre este criterio, H. LONDOÑO BERRÍO, «El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia», cit., pp. 199 y ss.

que debe alcanzar a las conductas sancionables, procedimiento y sanciones aplicables;⁷³ con ello se subraya también *el derecho a la defensa* de las personas sujetas a dicha jurisdicción,⁷⁴ siendo «las autoridades indígenas (...) el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad», condición que es inherente al debido proceso.⁷⁵ En definitiva, se trata de señalar unos referentes mínimos, las premisas necesarias para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades y evitar actos arbitrarios y desproporcionados.⁷⁶

Partiendo de estos compromisos básicos, se considerará vulnerado el derecho a un debido proceso por parte de la justicia comunitaria cuando se imponen sanciones no previstas de antemano por el derecho propio de la comunidad;⁷⁷ o bien, por falta de previsión del hecho sancionable, o por prescindir de los mecanismos institucionales correspondientes que ponen en cuestión la imparcialidad del enjuiciamiento.⁷⁸

Más compleja aún es la tarea de valorar la prohibición de penas degradantes aplicada en el contexto del sistema sancionador comunitario. Quizá lo más preocupante, en el marco del reconocimiento de la potestad sancionadora de la comunidad indígena, está relacionado con la posible contradicción entre la previsión de penas corporales (como el fuste o flagelación) o de significado similar (como el cepe o método mecánico de inmovilización corporal) y la proscripción de penas inhumanas o degradantes.

Sin duda, para las categorías occidentales de justicia, penas corporales como la del fuste, o el cepe, constituyen un trato degradante. Sin embargo, las dudas surgen precisamente a partir del criterio interpretativo que nos ofrece la adecuación cultural del método sancionador, porque, probablemente, a partir de su significado cultural, sanciones como el fuste o el cepe cobren un sentido distinto del que cabría deducir del sistema occidental, acorde con la particular cosmovisión axiológica de la comunidad que las aplica.⁷⁹

El principio de adecuación cultural, junto a otros criterios que barajan los Tribunales en esta materia, como la duración de la condena, sus efectos en la

73. Véase, Sentencia de Tutela, 349/1996, también, 254/1994, 523/1997; Sentencia de Unificación, 510/1998, Corte Constitucional colombiana.

74. Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana; Sentencia Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia, 0037/2013; Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012.

75. Sentencia de Tutela, 728/2002, Corte Constitucional colombiana.

76. Sentencia Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia, 0037/2013; Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 29 enero 2013.

77. Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana. Véanse otros supuestos de vulneración del derecho a un debido proceso en las Sentencias 48/2002, 811/2004.

78. Sentencias Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia, 1422/2012, 0358/2013.

79. El respectivo significado cultural de los métodos sancionadores comunitarios es puesto de relieve por los dicrámenes periciales antropológicos, véase, por ejemplo, el incorporado en la Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

integridad física y moral del condenado, el sexo, edad o condiciones de salud, serán relevantes para determinar si los mencionados métodos sancionadores vulneran, o no, la prohibición de imponer penas inhumanas o degradantes.⁸⁰ En virtud de esta operación hermenéutica, la doctrina jurisprudencial de los sistemas jurídicos interculturales que analizamos ha mantenido interpretaciones restrictivas de este referente mínimo universal,⁸¹ y, en escasas ocasiones, ha optado por considerar que tales métodos atentaban contra la dignidad.

Ejemplos:

- En relación con el fuste, la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, 523/1997, se apoyó en informes periciales antropológicos sobre la tradición de la comunidad indígena (Comunidad Páez). En ellos se afirma que el fuste, consistente en la flagelación corporal con un «perrero de arriar ganado», «aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador».⁸² En virtud del criterio de adecuación cultural, el Tribunal sostiene que este método sancionador no podría considerarse una pena degradante que «humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno», porque es una práctica cuyo fin no es exponer al miembro de la comunidad al «escarmiento» público, sino buscar que recupere su lugar en ella. Además, señala la Sentencia, «es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción».
- Por su parte, la Sentencia de Tutela, 349/1996, de la Corte Constitucional colombiana, se ha pronunciado sobre el castigo del cepo (método de inmovilización mecánica del infractor) aplicado en la comunidad indígena Embera-chamí. Se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. A pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características desvirtúan, según la Sentencia, el que sea calificada de degradante o inhumana.

80. Sentencia de Tutela, 253/1997, Corte Constitucional colombiana.

81. Sentencias de Tutela, 523/1997, 1294/2005, Corte Constitucional colombiana. Véase C. BOTERO MARINO, «Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso de Colombia», cit., p. 165. Contrario a esta perspectiva hermenéutica, J. SILVA SÁNCHEZ defiende un mínimo común de la política criminal que sería absolutamente indisponible frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas, como la prohibición de las penas corporales. Cfr. «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal», cit., p. 27; del mismo autor, «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», cit., p. 314. En esta dirección, E. VITALE, «Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica», En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 6.

82. Véase también, Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala, de 7 octubre 2004.

Sin embargo, sin negar la especial complejidad que reviste la materia, se ha señalado que este planteamiento jurisprudencial cierra la puerta a la crítica externa.⁸³ Ahora bien, en este punto hay que reconocer que nos movemos en un terreno valorativo singularmente impreciso,⁸⁴ pues el prisma axiológico del canon occidental de justicia tampoco nos sirve para medir el umbral mínimo de la prohibición de penas inhumanas o degradantes en sistemas de justicia culturalmente diferentes. Piénsese que el modelo occidental hegemónico ha legitimado —no considera inhumana— la pena de muerte,⁸⁵ y también la pena de prisión, la sanción que le caracteriza por excelencia, que no sólo priva de libertad de movimientos. El Tribunal constitucional español (Sentencia de 27 junio 1990) ha señalado que la reclusión en un centro penitenciario comporta «un régimen especial limitativo de los derechos fundamentales de los reclusos, de manera que lo que podría representar una vulneración de los derechos fundamentales de un ciudadano en libertad no se considera como tal tratándose de un recluso»; permite así que los derechos fundamentales del preso sea objeto de limitaciones, más allá de la libertad ambulatoria: el «sentido de la pena» privativa de libertad, al que se refiere textualmente el art. 25.2 Constitución española, también implica sufrimiento, en la medida en que afecta a otros derechos fundamentales, sufrimiento que se ve agravado por la duración de la pena y su cumplimiento de modo continuado. En consecuencia, se reconoce que la pena de prisión suele ir acompañada de sufrimiento y humillación, pero no se considera que este método sancionador contradiga, en sí mismo, la prohibición de penas inhumanas o degradantes (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 abril 2011).⁸⁶

Así entendido, ¿es el modelo sancionador occidental un sistema de referencia desde el que medir la prohibición de penas degradantes? ¿Con qué autoridad, sino desde la hegemonía axiológica, sirve este modelo como referente para el sistema de Justicia comunitaria?

Es ilustrativo y sugerente, en este contexto, el planteamiento comparativo de sistemas sancionadores que muestra el siguiente informe antropológico contenido en la Sentencia de Tutela, 349/1996, de la Corte Constitucional colombiana:

83. Cfr. E. VITALE, «Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica», cit., p. 6.

84. Al respecto, véase G. PORTILLA CONTRERAS, «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes», En, (C. Monereo Atienza/J.L. Monereo Pérez, Dirs.), *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2012, pp. 81 ss.

85. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 abril 2005.

86. La misma línea mantiene el Tribunal Constitucional español, que aún no se ha pronunciado sobre lo evidente: la modalidad de vida de los departamentos especiales, dentro del cumplimiento de la pena de prisión en régimen cerrado, se encuadra, como mínimo, en el concepto de trato inhumano, por elevar la dosis de sufrimiento y sensación de envejecimiento más allá de la que se considera aparejada a la pena de prisión. Cfr. G. PORTILLA CONTRERAS, «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes», cit. pp. 81, 84.

El estudio antropológico incluye la apreciación de los miembros de la comunidad indígena Embera-chamí sobre la diferencia entre este tipo de castigos (cepo) y la pena de prisión del sistema occidental: «En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero no se ve a la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso (...), corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto —12 o 24 horas—, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo —nocturno— que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavcito, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro».

UNIDAD 8

PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Competencias

- Identifica los fundamentos del castigo en las formas de participación preejecutivas.

PRIMERA LECTURA:

Serrano Gonzales de Murillo, J. L. (2018). Fundamentos del castigo de las formas de participación preejecutivas; en Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 605-628). Madrid, España. Editorial Dykinson

La distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución es relativa y circunstancial y que ciertas formas de participación entrañan un grado de peligro ya intolerable, si se dirigen a la lesión de los bienes jurídicos esenciales.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dinjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN PREEJECUTIVAS

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURIELLO

Catedrático de Derecho penal

Universidad de Extremadura

Sumario: I. Introducción. II. La conspiración. III. La proposición. IV. La provocación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En tanto que suponen una excepción al principio de accesoriadad de la participación, que, en conexión con el de impunidad de los meros actos preparatorios, conllevaría la impunidad de toda participación anterior al hecho principal, requiere fundamentación la relevancia penal de formas de participar preparatorias, sin siquiera comienzo de ejecución del hecho principal: conspiración, proposición y provocación para delinquir. Porque, ¿acaso prohibir la preparación de la participación no representa una intromisión inadmisibles en la libertad de los ciudadanos, siendo así que en ellas aún no se ha producido un principio de ejecución, y por tanto infringe el principio del hecho? ¿Por qué se opta por no castigar los actos materiales de preparación de la ejecución, como acopiar información o instrumentos comisivos, y sí en cambio, en algunos casos, la preparación de la participación de otros sujetos? ¿Qué distingue adquirir un arma, o informarse sobre las costumbres de la víctima, de comunicarse con otro para sumarle al proyecto delictivo? ¿Acaso castigar las formas preparatorias no dificulta el desistimiento preejecutivo?¹ Estas fundadas preguntas evidencian que en esta materia se pone de manifiesto como en pocas la tensión entre la necesidad político-criminal de prevención de ataques a bienes jurídicos en fase muy temprana, y las garantías constitucionales.

Sirvan estas breves consideraciones al respecto como contribución al homenaje que al prof. Morillas Cueva le dedican tantos de sus colegas, que tanto le aprecian.

¹ Argumento poco convincente, dado que también aquí cabe, por analogía, el desistimiento, si bien con las limitaciones derivadas de la implicación de varios en un proyecto criminal, que dan cuenta del aspecto de que además de retirar la propia aportación se debe intentar neutralizar las ajenas.

En origen estas tres formas preparatorias se justifican por la necesidad de castigar la participación de una pluralidad de personas, aún no llevada a la práctica, en relación con los delitos que atentan contra el sistema político (en particular, rebelión y sedición), en los que esperar, para reprimirlos, al comienzo de ejecución ya supondría intervenir demasiado tarde, puesto que para entonces habría quedado comprometido el propio orden institucional.² Este género de delitos, a la vez, facilita una pista sobre su auténtico fundamento de punición, que remite a empresas delictivas de gran envergadura, las cuales no pueden afrontar personas individualmente, sino que requieren la intervención de varios,³ ya que en caso contrario serían irrealizables, y ello explica la necesidad de la intervención penal —por expresarla con un término en boga— proactiva.

Lo cierto es que la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución es relativa y circunstancial⁴ y que ciertas formas de participación entrañan un grado de peligro ya intolerable, si se dirigen a la lesión de los bienes jurídicos esenciales. Por eso, para satisfacer esa necesidad preventiva y como reacción alternativa a la pena se ha planteado la medida de seguridad, como se prevé en el CP italiano facultativamente para la conspiración y la inducción, tanto aceptada como no aceptada.⁵ A ello se ha objetado que de este modo se estaría castigando la mera voluntad criminal y se trataría de una medida predelictual.⁶

El Derecho penal vigente en España, tras declarar en el art. 15 CP que “son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”, dando a entender que en una enumeración exhaustiva, sin embargo, luego de regular la tentativa, se regula la punición de determinados actos de preparar la participación en que aún no se ha comenzado ni siquiera la fase de tentativa. Por tanto, pese a su apariencia, el ámbito de la punibilidad del art. 15 no es omnicompreensivo, sino que este precepto aclara que no sólo se castiga el delito consumado, sino además la tentativa, ambos con carácter general; y con los

2 Paralelamente, los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal, o a organización terrorista, representan otro modo de enfrentarse al fenómeno de la delincuencia de cierta envergadura, que requiere necesariamente la implicación de varios, y hacerlo incluso antes de comenzar la ejecución de delitos concretos. La ventaja numérica sobre la víctima, en la ejecución, puede ser otro factor que tener en cuenta.

3 Salvo el supuesto de la proposición, si, siguiendo la tesis jurisprudencial, y doctrinal mayoritaria, se interpreta como comprensiva de la inducción fracasada de quien no va a ejecutar.

4 Del Rosal Blasco, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, 1986 p. 258. Por no hablar de los casos de conspiración elevados a delitos consumados, como el de concertarse los postores en una subasta o concurso con la intención de alterar el precio del remate, del art. 264 CP.

5 Art. 115 CP italiano. Así también Ferrer Samiá, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1946, p. 79.

6 Del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 262. Asimismo, Orts Berenguer (“Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, *CPCr* 1982, p. 493) ha señalado que se trataría de castigar la puesta en peligro, no de prevenir la lesión.

preceptos subsiguientes, que excepcionalmente ese ámbito ha de completarse con la punición de determinados actos preparatorios, consistentes en propiciar la participación de ciertas formas. Pero no siendo éstos tipos independientes, sino el germen de delitos ni siquiera comenzados a ejecutar, su punición resulta excepcional y *sui generis*, y por tanto no cabe aplicar sobre estas figuras a su vez la tentativa ni las formas de participación en ellas.

En el CP de 1944 se seguía el sistema de punición general de los actos preparatorios de la participación en los delitos dolosos,⁷ en relación con el cual se sostuvo la inconstitucionalidad, en tanto que su injusto no entraña todavía una ataque a la libertad ajena, valor supremo del ordenamiento constitucional.⁸ El CP vigente sigue, con mejor criterio, un sistema de *numerus clausus*, respondiendo a la idea de que la punición debe ser excepcional, con respecto a bienes jurídicos de gran importancia y en que estos actos preparatorios representan un peligro especial de lesión.⁹

A partir de aquí, la selección constituye una opción de política criminal, que le compete al legislador; pero hay que exigirle precisión técnica, razonabilidad de la selección y acierto técnico en su expresión. La verdad es que no siempre la selección legislativa está justificada, bien debido a la escasa gravedad de los delitos, o a que se remite a tipos a su vez constitutivos de actos preparatorios de otros delitos, o con respecto a delitos de peligro abstracto. El sistema de punición actual consiste en su punición fragmentaria y no autónoma, refiriéndola, bien a delitos concretos, bien a preceptos concretos, bien a títulos o capítulos completos, en principio en función de la importancia del bien jurídico protegido, pero en la práctica de un modo que no resulta coherente con esa idea general, ya que se presentan los problemas de que a veces los capítulos o títulos comprenden conductas de muy diversa gravedad (ej., el art. 151, que al referirse a los "delitos de los artículos anteriores" abarca asimismo las lesiones leves), omisiones clamorosas con respecto a la protección de ciertos bienes jurídicos (integridad moral) o referencias no unívocas (robo, estafa).¹⁰ Por ello se ha propuesto establecer un nuevo sistema que castigue los actos preparatorios tipo a tipo, con una selección más cuidadosa y razonable de los bienes protegidos, así como de sólo las formas más graves de atentar contra ellos; o bien preverla con carácter general sólo para los delitos graves o para delitos que sobrepasen cierta pena.¹¹

7 Amplia exposición de los distintos enfoques de Derecho comparado en Barber Burusco, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 2 ss.

8 Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 1984, p. 601; Del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 270.

9 No se hará mención específica de la apología del art. 18, párrafo 2, puesto que el propio legislador la considera como una simple "forma de provocación".

10 Barber Burusco, *op. cit.*, pp. 92 ss.

11 Fuentes Osorio, "Formas de anticipación de la tutela penal", *RECPC*, 8/2008, pp. 16 ss.

Sobre el fundamento general de la punición excepcional de los actos preparatorios se han propuesto distintas teorías, afines a las de la fundamentación de la tentativa, con las que comparten la finalidad de explicar por qué se castiga sin lesión del bien jurídico: la teoría objetiva, o del peligro; la teoría subjetiva, o del propósito; y la teoría de la impresión.¹² O bien se ha considerado que constituyen meras resoluciones manifestadas, pero a la vez actos preparatorios, pues aunque preferentemente adoptan la forma verbal, tienden a facilitar la ejecución ulterior del delito.¹³ La teoría sobre el fundamento común más difundida es la que lo sitúa en que, al involucrar a otros, se pone en marcha un curso causal peligroso sobre el que se pierde el control, puesto que la posibilidad de, al menos, comienzo de ejecución ya no depende sólo del sujeto individual. A ello se ha replicado que no siempre será así,¹⁴ que la punición resulta contraria a la libertad de expresión, porque con ella el mero lanzar una idea se convierte en delictivo, en tanto que alguien pueda recogerla y ponerla en práctica;¹⁵ y que, con la lógica del argumento de la pérdida de control, también habría que castigar más gravemente la tentativa en que intervienen varios.¹⁶

En este estudio se procederá de forma inductiva, estudiando por separado las tres formas preparatorias del Derecho español, en busca de elementos comunes. A efectos de su análisis, cabe distinguir entre formas pre-ejecutivas de la autoría: conspiración y la modalidad de proposición en que el sujeto va a coejecutar, y formas preejecutivas de la participación (inducción), respecto de las proposiciones y provocación.¹⁷ Tras este análisis, podrá comprobarse si se puede concluir que todas responden a un fundamento común, lo que permitiría posteriormente una consideración global y sistemática, de

12 Rebollo Vargas, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, 1997, pp. 21 ss.

13 Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 487.

14 Rodríguez Mourullo, "La punición de los actos preparatorios", *ADPC*, 1968, pp. 292 ss.

15 Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 491.

16 Martínez Escamilla, *El desistimiento en Derecho penal*, 1994, pp. 152 ss. Si bien este contraargumento hay que relativizarlo, pues no es la misma la situación una vez iniciada la ejecución que antes: en cuanto existe comienzo de ejecución, al autor de un hecho en que coejecutan varios no le falta el control, debido a la propia ejecución; el control del hecho es necesario para afirmar la (co)autoría; el control se desprende, con respecto a la consumación, de la trascendencia de la propia contribución. En cambio, antes del comienzo del hecho, al autor o inductor le falta el control sobre lo que van a hacer los demás y por tanto no puede evitar el riesgo de que al menos comience la ejecución. Una vez que ha comenzado, el coautor sí tiene el control sobre que el hecho llegue a la consumación, mientras que al inductor le falta el control, porque no toma parte en la ejecución con una contribución esencial.

17 Fuentes Osorio, J. L., *op. cit.*, p. 16. No está castigado en España el ofrecerse para cometer un delito, como sí lo está en Alemania con respecto a los delitos graves (§ 30.2, primer grupo de casos), que por tanto queda como mera "tentativa" de conspiración (si la otra parte también ha de ejecutar) o inducción a la proposición (si no es así). Si lo estaría, en cambio, la aceptación del ofrecimiento anteriormente mencionado (§ 30.2, segundo grupo de casos), que en la regulación española daría lugar a la responsabilidad por conspiración para ambas partes si ambos resultasen ser ejecutores.

donde se derivarían criterios para trazar los límites de la responsabilidad en los tres casos.

Pero hay otras cuestiones que se resuelven mejor en un estudio conjunto de las tres formas, como p. ej. la cuestión concursal o la de la determinación de la pena.

En materia de concurso, resulta útil basarse en la excepcionalidad de la punición y en que en estas figuras aún no ha surgido ningún hecho principal. En el caso de la proposición, p. ej., cabe plantear cómo se responde por la proposición a varios, para intervenir en un solo delito. Ciertamente se trata de varios hechos de instigación, que si se dirigieran a metas distintas darían lugar a varios delitos. Pero puesto que sólo se instiga a un hecho, el proponente no futuro autor no puede ser de peor condición que el proponente futuro autor, ya que este solo respondería por una conspiración a un delito. Luego, asimismo, el proponente no futuro autor a varios individuos para cometer un hecho sólo responde por una proposición. Tal parece ser el sentido del tenor literal: "invita a otra u. otras personas a ejecutarlo [el delito]". Conclusión congruente con la de que el provocador sólo responde por una provocación, precisamente debido a que por definición requiere una pluralidad de destinatarios de la instigación, del mismo modo que la conspiración requiere que haya "dos o más" sujetos.

Pero también cabe plantear, en las tres formas preparatorias, los casos referidos al proyecto de varios delitos. Planteándolo con el ejemplo de la conspiración para varios delitos: esta ha de entenderse como una sola figura de conspiración (relativa al más grave de los delitos acordados), y no una pluralidad de conspiraciones, puesto que lo que se castiga es el concierto de voluntades, no la ejecución ni siquiera parcial, y sólo hay un concierto. Por tanto, se trata de un concurso de calificaciones o de leyes; no hay varios delitos de preparación de la participación, que se imbricaran en concurso ideal¹⁸ Ahora bien, tanto en el caso de la invitación a personas determinadas como en la provocación masiva, si se da lugar a los hechos principales por parte de los ejecutores, habrá que apreciar tantas inducciones como hechos cometidos, si bien inducciones en unidad de acción (concurso ideal). A ello no se opone que en la provocación, se aluda a la "perpetración de un delito". Es un modo de hablar, identificable con la que se empleaba con anterioridad: de "cualquier" delito, refiriéndose a que sólo cabía la provocación a delitos determinados.

Asimismo, una consideración global permite evaluar si el marco penal previsto para la preparación intentada resulta adecuado. Lo cual cabe du-

18 Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 500.

darlo, de entrada, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, dado que el marco preceptuado coincide con el de la tentativa, incluyendo la acabada, marco amplísimo, comprensivo de dos grados.

No siempre ha sido así. En CP 1928 se preveía la pena inferior a la de la tentativa. Sólo en el CP de 1944 (art. 529) se establece la equiparación actual, incluso expresamente. La doctrina oscila entre subrayar que no resulta proporcionado que la proposición esté castigada con igual pena que la tentativa, porque es una forma accesorio de ataque al bien jurídico, en que aún ha de intervenir el ejecutor para comenzar con la lesión;¹⁹ y apuntar a la inconstitucionalidad de este marco penal, por infracción de los principios de igualdad y de proporcionalidad.²⁰

Podría considerarse que tiene cierto sentido no seguir descendiendo con respecto a los marcos de partida, los del delito consumado, puesto que de lo contrario los marcos resultantes serían irrisorios. Sin embargo, además de criterios de proporcionalidad, también desde la perspectiva político-criminal esta equiparación penal de la preparación a la tentativa implica la renuncia a establecer cualquier disuasión adicional que inhiba de comenzar, e incluso de llevar a término, la ejecución del hecho, puesto que la pena en que se ha incurrido p. ej. como conspirador ya abarca incluso la pena de la tentativa acabada. Se hace operar así, en el umbral de la tentativa, un mecanismo antitético al del aliciente político-criminal del desistimiento: mientras que en el desistimiento se incentiva el abandono o desactivación de la tentativa, en este caso se articula una tentación a llevar a cabo la ejecución del hecho sin incurrir en coste punitivo adicional.²¹

Y no se olviden los posibles agravios comparativos entre los distintos implicados: el conspirador sin valor suficiente para poner en práctica, en cuanto simplemente se aparta del resto de los conjurados, no obstante haberse plegado personalmente al efecto inhibitorio de la norma de prohibición, responderá con la misma pena que aquel otro que ha llegado hasta culminar la ejecución, de nuevo con infracción del principio de proporcionalidad. Cabe esperar de la racionalidad del aplicador del Derecho que tenga en cuenta todas estas circunstancias para discriminar entre los distintos supuestos, pero sorprende que una ley penal que suele ir tan excesivamente lejos en

¹⁹ Rodríguez Mourullo, *ADPCP* 1968, p. 297; Del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 268; Alcácer Guirao, "La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal", *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 700; Barber Burusco, *op. cit.*, pp. 274 s.

²⁰ Del Rosal Blasco, *op. cit.*, pp. 273 s., 268.

²¹ En cambio, en tipos delictivos con tinte político en que el efecto disuasorio quiere marcarse especialmente para la ejecución al menos comenzada, como el de dar muerte al Rey, la Reina el Príncipe o la Princesa de Asturias, para la tentativa simplemente se prevé la atenuación facultativa de la pena en un grado (art. 485.3), mientras que las formas preparatorias siguen las reglas generales (marco obligatoriamente inferior en uno o dos grados, art. 488).

la determinación de la pena que apenas deja margen a la individualización judicial, en este caso deje abierto un margen tan excesivamente amplio.

Ciertamente, a diferencia de la pena de la tentativa, en que se prevén reglas de determinación (peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado) para guiar a quien ha de aplicar la norma en un marco penal que abarca nada menos que dos grados, el marco penal de los actos preparatorios, siendo coincidente con el de la tentativa, y por lo tanto igual de amplio, carece de criterios de estrechamiento de ese marco.

Por eso, se ha propuesto *de lege ferenda* reducir la pena con respecto a la de la tentativa, bien previendo la pena inferior en dos o tres grados con respecto al delito consumado, con lo cual habría un resto de solapamiento con el marco de la tentativa, reservada para preparaciones de delitos especialmente graves, o la inferior en tres o cuatro grados, donde no se produciría tal solapamiento. Barber Burusco propone reducir en todo caso la pena en dos grados, sin dejarlo al arbitrio judicial, así como trasladar en la medida de lo posible los criterios de la tentativa, si bien adaptándolos. Así, mientras que el del grado de ejecución lo encuentra escasamente aplicable;²² el del peligro inherente al intento sugiere identificarlo con la idoneidad,²³ no del intento, porque no lo hay todavía, sino del hecho constitutivo del acto preparatorio, de su mayor o menor viabilidad.²⁴

Entiendo que, a fin de paliar la falta de proporcionalidad, y salvar la coherencia del sistema, ha de proponerse que en todos los casos para las formas preparatorias se aplique la pena inferior en dos grados, teniendo en cuenta, analógicamente con el criterio fijado para la tentativa, que el "grado de ejecución alcanzado" siempre será menor que el de cualquier tentativa por muy inacabada que esté. Con esta reducción del marco no se incurriría en interpretación *contra legem*, puesto que su lógica es irreprochable. Resultaría absurdo, por ejemplo en una proposición, tener abierta la posibilidad de aplicar al proponente la pena inferior en un solo grado, y en cambio si se ha comenzado la ejecución, y no se ha acabado, poder aplicarle la pena inferior en dos grados; a pesar de haber dado lugar a actos ejecutivos. Asimismo, podría plantearse considerar en la proposición y la provocación el haber conseguido convencer al instigado, en el sentido de aceptación formal de la instigación; o, en la conspiración, que si bien algunos conjurados no hayan dado comienzo a la ejecución, otros sí lo hayan hecho.

22. Barber Burusco, *op. cit.*, p. 282.

23. Barber Burusco, *op. cit.*, pp. 276 ss.

24. Por tanto, el peligro al que ha de aludirse, entonces, no es el directo al bien jurídico, sino indirectamente el de que se llegue al menos al comienzo de ejecución del hecho.

II. LA CONSPIRACIÓN

Tradicionalmente se ha concebido la conspiración como germen de coautoría, como una especie de coautoría anticipada. De manera que, de entre quienes se conjuran, sólo se considera conspirador a quien se compromete a ejecutar en concepto de autor, no al que se limita a inducir a otros²⁵ o se reserva el papel de cómplice.²⁶ Si se admitiera como conspirador al cómplice potencial, se le castigaría más que como cómplices en la tentativa, fase ulterior, en que ya existe comienzo de ejecución. En cambio se ha defendido aisladamente que también cabe incluir a los cooperadores necesarios potenciales, puesto que también ejecutarían.²⁷

Empero, la tesis de la coautoría anticipada no aporta el fundamento de punición de la conspiración, sino sólo una referencia acerca de la extensión de la responsabilidad, que debe únicamente abarcar a quienes se comprometen a ser autores.

En efecto, no se entiende que el mero exteriorizar conjuntamente la decisión de ser coautores pueda fundamentar la punición. Tomando en serio el principio del hecho, el conspirador no ha de responder por lo que tiene intención de realizar en común con los demás, sino en función de lo que ya ha realizado, pues la asunción del papel de coautor sólo cobra sentido autónomo al comenzar la ejecución, y no ya con el mero acuerdo, en tanto que sólo con la ejecución cabe la imputación recíproca de las distintas aportaciones.²⁸ Lo contrario infringiría el principio del hecho: a nadie se le puede hacer responder por lo que piense o declare que va a hacer, sino por lo ya ejecutado; en este caso: el surgimiento o refuerzo de las decisiones de los demás derivadas de su manifestada voluntad de intervenir. Se adquiere la condición de conspirador por la importancia de lo aportado a

²⁵ Quién puede responder por proposición, según la concepción actualmente mayoritaria.

²⁶ Así, STS de 25 de junio de 1993. Lo relativiza la STS 17 enero 1986. En la actualidad: Cuello Contreras, *El Derecho penal español, FG*, vol. 2,2, pp. 319 ss., con bibliografía en p. 323; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 165 s.; Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, I, 1997, p. 151; Ruiz Antón, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, pp. 123 ss. Pero no se olvide la dificultad de distinguir entre autores y cómplices en lo que no pasa de ser un mero proyecto delictivo, por comparación con el puesto en práctica. Como argumento adicional, hay que recordar que si no se castiga la complicidad con el hecho principal no iniciado, tampoco puede estarlo el mero acto de acordar una complicidad futura.

²⁷ Díaz y García-Conlledo, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, 1995, p. 1523; Barber Burusco, op. cit., p. 69.

²⁸ Serrano González de Murillo, "Fundamento y alcance de la responsabilidad por conspiración", *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, pp. 1073, 1079; amplia crítica a la tesis de la coautoría anticipada, con más argumentos, en pp. 1074-1084. En efecto, a diferencia del propinquo y del provocador, cuyo papel de inductor como tal se ha desplegado en su totalidad, y que si no responden como partícipes es sólo por el principio de accesoria, si bien su "parte" está completamente ejecutada, si se entiende que lo esencial del conspirador es que ha resuelto ser coautor, como todavía no ha realizado nada como coautor, sostenerlo se opondría al principio del hecho.

la configuración del plan y sobre todo a la aceptación por todos como de necesaria ejecución, que constituye el "resultado típico" de esta fase preparatoria, a lo que ciertamente ha de sumarse la intención trascendente de consumir el hecho. Por tanto, el fundamento del castigo de la conspiración debe buscarse al margen de la forma de intervención que se va a poner en práctica. "Ninguna forma de intervención puede cimentarse sobre la mera intención no desplegada, por mucho que haya sido objeto de comunicación a otros."²⁹

Para hallar el fundamento de punición, más bien, hay que responder a la pregunta de qué hace destacar a la resolución delictiva conspiratoria o plural sobre la resolución delictiva individual, sobre todo si se tiene en cuenta que el autor individual no depende de la intervención de otros y puede actuar más libremente, lo que invitaría a la conclusión inversa.

Desde esta perspectiva, cabe responder p. ej. que no se encuentra en la conspiración fundamento de punición alguno.³⁰

O bien que sí se encuentra. Así, se ha sostenido que su fundamento reside en el mayor peligro de la resolución conjunta, derivado de que se pone en marcha un proceso causal, consistente en el proceder futuro de los demás confabulados, ya no dominable.³¹ Pero con ello se olvida que el acuerdo con otros no pone en marcha ningún proceso causal, proceso que sólo lo podrían desplegar las voluntades libres de esos otros, exactamente igual que en la inducción,³² y se incurre en contradicción con el fundamento de la responsabilidad por la coautoría efectiva, que reside justamente en lo contrario, en mantener el dominio del hecho. El mero ser coautor no supone desencadenar un proceso incontrolable para cada sujeto; lo único capaz de desplegar ese efecto es la influencia que se haya ejercido previamente en los demás.

También se ha hecho residir el fundamento en la mayor dificultad para desistir de una resolución conjunta, por la presión motivacional hacia el mantenimiento de la palabra empeñada, o por la sugestión del grupo. Sin embargo, la asunción de un mayor grado de compromiso con la ejecución

29 Serrano González de Murillo, *op. cit.*, p. 1082.

30 Rebollo Vargas, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, 1997, p. 40.

31 Así, Barber Burusco, *op. cit.*, p. 15. Ahora bien, con ello se explica en qué consiste el peligro, pero no por qué es mayor que el del autor individual, en que la preparación es siempre impune. Enlazando con esta teoría, y en crítica a la de la coautoría anticipada, Alcácer Guirao (*op. cit.*, p. 707) señala que, si lo decisivo es generar un peligro que escapa al control, nada aporta el que se pretenda intervenir luego en concepto de coautor; es más, de ser así el coautor sí conservaría parte del control, dado lo imprescindible de su aportación.

32 Incluso es de peor condición el cooperador necesario (no coautor potencial) que ya ha realizado su aportación, no utilizada aún por el autor para la ejecución suya.

no alcanza a fundamentar el castigo de la conspiración, en tanto que consiste en la mera actitud del sujeto,³³ y si acaso incidiría en la regulación de los requisitos del desistimiento, donde la necesidad de desactivar una iniciativa más peligrosa paradójicamente quedaría compensada por la mayor dificultad de desistir.

Con carácter general, frente a resoluciones puestas de manifiesto, aun cuando hayan conducido a acuerdos conjuntos, sólo tiene sentido la tipificación penal en los casos de delitos contra el orden público y la Constitución, en que esperar al comienzo de ejecución de la conjura sería demasiado tarde, puesto que con la posible subversión del orden constituido ya no cabría remediar la rebelión o sedición, y para el resto de los delitos, la alarma social que generaría una resolución conjunta conocida sólo cabe contrarrestarla con medidas de vigilancia policial. Ahora bien, en un sistema como el del CP español, que establece la responsabilidad por conspiración, afortunadamente sujeta el sistema de *numerus clausus*, todavía cabe encontrar algún resto de racionalidad en esa punición.

En efecto, la conminación penal dirigida a un acto de pactar un acuerdo delictivo conjunto, sólo puede fundamentarse en la medida en que tal exteriorización de la resolución propia surte determinados efectos en la conducta ajena,³⁴ en tanto que con la propia disposición a la decisión delictiva se ha ejercido influencia en la voluntad de los demás, hasta el punto de hacer cuajar la resolución delictiva conjunta. E inversamente, la decisión de actuar de cada uno se basa al mismo tiempo en la adopción de la resolución delictiva conjunta.

Olmedo³⁵ ha negado cualquier papel a la inducción recíproca en la conspiración, considerando que la inducción precisamente requiere que quien determina al hecho no esté resuelto a cometer el delito. Pero con ello presupone un requisito negativo no descrito en la ley. También cabe llamar inducción a la recíproca, porque en ella precisamente la conformidad de A en cometer el hecho determina al hecho a B, y viceversa. Que, iniciada la ejecución, este aspecto de la inducción quede desplazada por la autoría conjunta no es sino una consecuencia de las reglas del concurso aparente aplicadas a dos formas de intervención en el hecho.

³³ Debate más en profundidad con las fundamentaciones de la conspiración en Serrano González de Murillo, *op. cit.*, pp. 1084-1090.

³⁴ Cuello Contreras, en una primera etapa (*La conspiración para cometer delito*, 1978, pp. 23-24); hace residir el fundamento en la ruptura de inhibiciones que se produce en una decisión conjunta, robustecimiento recíproco de la resolución criminal y mayor peligro; en que los conspiradores resuelven hacer colectivamente lo que no harían por separado.

³⁵ Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1996, p. 802.

Por su parte, los argumentos de Gómez Rivero³⁶ en contra de la teoría de la inducción recíproca no la invalidan, sino que la refuerzan. El primero aduce que el acuerdo no siempre tiene su origen en que los otros estén conformes, sino en la imposibilidad material de ejecutar el hecho individualmente, por ejemplo debido a su envergadura. Pero entonces, precisamente el que otros estén dispuestos a participar es lo que determina al hecho, en el que de lo contrario no se participaría. El segundo argumento reza que, en la conspiración, representa un supuesto de voluntad de actuar condicionada el que cada conspirador esté resuelto a la ejecución siempre que los otros también lo estén, lo que en algunos casos sólo determina el refuerzo de la voluntad de actuar. Pero si la voluntad está condicionada, de nuevo el que los otros acuerden representa la condición para que cada uno se resuelva a ejecutar, luego la conformidad de los otros es el aspecto determinante de la resolución: es inducción recíproca.

Cada conspirador toma su decisión por el hecho de que otros estén dispuestos a ejecutar, y con la resolución propia se transforma la predisposición ajena en resolución. El pacto, la resolución delictiva conjunta a la que se llega, representa el equivalente en este acto preparatorio plurisubjetivo al resultado típico en los delitos de resultado. La propia implicación de otros es precisamente la razón de que cada uno se sume al acuerdo, pues sin esa implicación ninguno de los conspiradores se habría sumado a la iniciativa. Por ello, el abandono del plan *individual* seriamente resuelto, a pesar del gran peligro que entre tanto haya creado para el objeto del bien jurídico, no pasa de ser asunto interno del sujeto, mientras que el desistimiento de la *conspiración*, en la medida en que la propia contribución al acuerdo ha propiciado la resolución de otros, requiere desactivar lo previamente activado.³⁷

Entiendo que lo decisivo para fundamentar el castigo es haber actuado los conjurados, en cuanto tales, como inductores de los demás coautores futuros.³⁸ Cada uno de los conspiradores determina que el proyecto concreto que quizá se hubiera incubado en la mente de los demás –o no se convierte en algo tangible, ya sea por las ideas para la ejecución que aportan los demás conspiradores, ya por el hecho de que la participación prometida de los demás le incite a uno a tomar parte. Si la coautoría se caracteriza por la incardinación de las aportaciones de cada uno en el plan conjunto, y por lo esencial de tales aportaciones a la ejecución efectiva, en ausencia todavía de ejecución, lo único que queda de la coautoría comprometida es el acuerdo

36 "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", *La Ley* 1996, p. 1695; *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 288.

37 Serrano González de Murillo, *op. cit.*, p. 1093.

38 En contra, Rebollo Vargas, *op. cit.*, p. 40, aduciendo que la voluntad de algunos de los confabulados puede anteceder al acuerdo, al que simplemente se suman.

sobre el plan conjunto y sobre el hecho de tomar parte todos ellos. Justo lo que puede fundamentar una inducción intentada recíproca.

En cambio, una vez iniciada la ejecución, traspasado el umbral de la tentativa, el elemento de inducción mutua pasa a un segundo plano, desplazado por el de participación en la realización conjunta del hecho en concepto de coautores y la imputación recíproca de las distintas aportaciones.³⁹

El que, en lugar de ofrecerse como coautor, se limite a instigar a otros, sin intención de ligarse mediante acuerdo en la realización del hecho futuro, puede responder no obstante por proposición, figura que no requiere el compromiso de intervenir personalmente en la realización, sino sólo el estar decidido a que el hecho se cometa y enrolar en él a otros.

En cambio, el que se compromete a ser cooperador necesario o cómplice sólo responde a través del principio de accesoriidad; es decir, una vez que comienza la ejecución, por participación en la tentativa.

III. LA PROPOSICIÓN

La proposición la concibe en la actualidad el Tribunal Supremo como inducción fracasada,⁴⁰ punible incluso si no es aceptada. De este modo se preconiza como razón de su castigo la realización completa de la inducción a otro a ejecutar el hecho, tomando partido en las dos principales cuestiones que se plantean en este ámbito: si el proponente ha de tener el propósito de ejecutar conjuntamente, sosteniendo que no es preciso, y si ha de conseguir efectivamente convencer al destinatario, o basta con un intento serio encaminado a ello, preconizando esta segunda opción.⁴¹

Coincide en esto con los autores del Proyecto Alternativo de StGB, para los que la inducción frustrada representa la única forma preparatoria merecedora de punición, por ser la única en que el sujeto pierde el control sobre la posible ejecución,⁴² lo que no ocurre en otras de las modalidades previstas en el Derecho positivo alemán, como el aceptar el ofrecimiento para cometer un delito.

En cambio, un sector doctrinal español, ya sin respaldo jurisprudencial, sostiene que la proposición no constituye inducción fallida, sino coautoría

39 STS 5 diciembre 1983 y 1 de octubre de 1990: en cuanto se inicia la ejecución, la responsabilidad por ésta absorbe a la conspiración. Al respecto en seguida *infra*.

40 Con aprobación de Alcácer Guirao (*op. cit.*, pp. 693 ss.); también Cuello Contreras, *La conspiración...*, pp. 175 s.

41 A favor de inducción fallida, en tráfico de drogas, para un caso de propuesta de transporte: STS 7 dic. 1996.

42 Roxin, *LK*, 30/8.

no aceptada.⁴³ Por tanto, para su relevancia penal hace falta que el proponente esté resuelto a ejecutar también, y obviamente que el invitado no acepte, pues si lo hace se dará ya la conspiración; además, tanto uno como otro deben ser autores (potenciales) idóneos, en los supuestos de delitos especiales, pues de lo contrario no sería posible la coautoría futura.⁴⁴ Para esta concepción, se trata por tanto de una fase previa a la conspiración, en que, estando resuelto algún sujeto, no llega a cerrarse el acuerdo por alguno de los otros,⁴⁵ mientras que el instigador no candidato a coautor realizaría un acto de preparación de la participación atípico.

Para negar que la proposición acoja a la mera inducción fracasada del no resuelto a ejecutar conjuntamente, se ha argumentado que en ella no se llega a producir el comienzo de ejecución que se presupone a la responsabilidad mínima por inducción; que, partiendo de que en la proposición el proponente sí quiere participar, en cambio el inductor no tiene voluntad de intervenir personalmente en la ejecución; y que en la proposición no tiene por qué tratarse de una influencia directa, como sí en la inducción.⁴⁶

La argumentación ha sido desarrollada por Olmedo,⁴⁷ quien se opone globalmente a castigar el pre-estadio de la inducción, teniendo que cuenta la impunidad de los actos preparatorios de la cooperación necesaria y de la complicidad, así "como de la autoría misma", y que a su juicio resulta valorativamente incoherente mantener el castigo de la inducción fracasada y en cambio la impunidad de la preparación material de la autoría o de la cooperación necesaria, cuya punibilidad, cuando son eficaces, está equiparada;⁴⁸ la inducción frustrada resulta impune en la regulación de las formas imperfectas de la participación, puesto que la inducción no representa una especie de autoría intelectual o moral, sino una forma de participación accesoria, y por tanto no susceptible de tentativa.⁴⁹

43 Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 51 ss.; Cuello Contreras, *El DP español*, 2009, pp. 319 ss., lamentando entonces la laguna de punición de la mera inducción fallida. Cf. más bibliografía contraria a la inducción fallida en Olmedo Cardenete, *op. cit.*, p. 807, nota 291. Mira Benavent, *op. cit.*, p. 151, descarta que la inducción frustrada esté recogida, ni en el CP actual ni en el anterior, en la proposición.

44 Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, 1992, pp. 563 s.; Ocampo Moreno, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, p. 52.

45 Rebollo Vargas, *ibidem*, en sintonía con Gómez Benítez, *op. cit.*, pp. 564 s.

46 Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 505.

47 *La inducción como forma de participación accesoria*, 1996, pp. 826 s.

48 Sin embargo, en la inducción fracasada, el inductor ya ha consumado su papel de inductor, no ha realizado una mera preparación de la inducción. La comparación con la autoría no es certera; si la comparación con la cooperación, pues el cooperador que ha realizado ya su aportación completa no responde si el hecho principal no se inicia, al menos.

49 Olmedo, *op. cit.*, p. 788.

Hay que dar la razón a Olmedo en que, partiendo del solo principio de accesoriadad de la participación, en tanto no haya principio de ejecución no surge responsabilidad del inductor (partícipe), y que la regla general establecá que no existen estadios anteriores de responsabilidad por participación. Pero tampoco se responde por los actos preparatorios, por regla general, y sin embargo se castigan con pena de tentativa la conspiración, proposición y provocación para delinquir. La cuestión es si, al margen de esto, que es evidente, resulta legítimo introducir una excepción en el caso de la inducción, para castigarla aun antes de dar lugar al principio de ejecución, en atención al peligro incontrolable creado. Que el inductor haya hecho todo lo que corresponde a su papel, es decir, que lo haya "consumado", hablaría a favor de admitir la punición, en tanto que la norma que prohíbe inducir se ha infringido por completo. Cuestión distinta es si tiene sentido que la otra forma de participación que representa un aporte causal imprescindible, la cooperación necesaria, por razones de coherencia también debería estar tipificada, o si existe una razón que abone la presencia solo de inducción. Puede que falte la coherencia, pero no olvidemos que las normas preparatorias de la participación son excepcionales. O bien cabe pensar que las tres formas preparatorias, incluida la conspiración (como intentamos demostrar), en realidad contienen formas de inducción.

En contra de la necesidad de que el proponente tenga que ser coejecutor potencial, hay que aducir que en ese planteamiento se le castigaría por lo que piensa hacer, no por lo que realmente hace, que es enrolar a otro; precisamente el mismo argumento que debe llevar a rechazar la conspiración como autoría anticipada.⁵⁰ El posible aspecto de manifestar la voluntad de ejecutar conjuntamente el hecho, por parte del proponente, no alcanza a fundamentar su punibilidad, sino que simplemente contribuye a reforzar el aspecto de inducción: quien se sume se sentirá incitado por el hecho de que haya ya alguien dispuesto a tomar parte, el reclutador. Pero aquí lo decisivo es el reclutar a un tercero, es decir, hacer surgir su resolución delictiva, para la cual no se requiere la intervención futura del proponente.

Quien más detenidamente ha fundamentado el entendimiento de la proposición como inducción sin comienzo de ejecución ha sido Alcácer Guirao.⁵¹ Y la conceptúa como tentativa de inducción, o bien incluso como inducción consumada,⁵² si se tiene en cuenta que con ella se alcanza el re-

⁵⁰ Serrano González de Murillo, *op. cit.*, p. 1080.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 693 ss.

⁵² Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 698. Cabe considerar, pues, que la ejecución debatida sea conjunta (en coautoría; la proposición puede ser una forma de gestarse la conspiración, el acuerdo de la futura ejecución en coautoría, como se consideraba anteriormente); o bien puede intervenir después como cooperador necesario o cómplice (p. 706: casos en que ese papel será absorbido por

sultado propio de la inducción, puesto que el inductor habrá hecho todo lo necesario para que el autor ejecute; que éste lo lleve a efecto o no, entrañaría la terminación o agotamiento de la inducción, y dependerá también de factores ya no dominables por el inductor, ni imputables a él. Su argumento principal invoca que si la inducción *de lege lata* está equiparada en gravedad a la autoría, es lógico que igual que se castiga la tentativa de autoría también se castigue la tentativa de inducción (la proposición y la provocación).⁵³ Si el merecimiento de pena de la inducción preajetiva es, por comparación, el mayor, y consiguientemente debe estar castigada, pero no puede encuadrarse ni en la conspiración ni en la provocación masiva, sólo queda integrarla en la proposición. Hay que considerar, pues, que la descripción típica de la proposición se refiere, no —o no sólo— a una propuesta de coautoría, sino también a la pura instigación del que no va a ser autor, del que no va a ejecutar, sino que sólo instiga. Desde la perspectiva del principio de legalidad, el texto legal exige que el proponente esté resuelto a “cometer” el delito, no a “ejecutarlo”, y cometer cometen todos los que son considerados autores (también los inductores).⁵⁴

En contra, se ha esgrimido el argumento gramatical⁵⁵ de que si esa resolución de cometer el hecho se refiere a la propia intervención como inductor, la redacción sería absurdamente autorreferencial: “el que ha resuelto inducir a un delito, induce a otro u otros a ejecutarlo.” Pero obviamente los partidarios de la tesis de la inducción fracasada aluden a que el proponente ha de estar “resuelto a que *sea cometido*”, no el hecho de la propia instigación, sino el hecho principal. Bien es verdad, y esto permitiría conciliar hasta cierto punto los dos planteamientos, que quien ha resuelto la inducción, puesto que ésta requiere un doble dolo, ha resuelto asimismo que se cometa el hecho principal. Pero también cabe presentarlo del modo inverso: si lo que se tipifica es la inducción fracasada, no se explica en su descripción el inciso “el que ha resuelto cometer un delito”, ya que este es un requisito connatural de toda inducción, cuya mención resultaría redundante: se trata de un aspecto del característico doble dolo, el referido a que el sujeto partícipe está resuelto a que se cometa el hecho principal. Obviamente si no se está resuelto a ello, no cabe imaginar inducción penalmente relevante. Más

el de inductor), o a desarrollar exclusivamente por el inducido como autor único, resulta secundario. Lo decisivo en todo caso es el aspecto de inducción.

53 Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 699. A lo que cabe replicar que por qué no castigar entonces la cooperación necesaria sin comienzo de ejecución. Pero se resentirían en este caso los principios de intervención mínima y de fragmentariedad.

54 Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2004, pp. 342 ss. También a favor de que el proponente no tiene por qué ser coautor, Barber Burusco, *op. cit.*, pp. 215 ss.; Silva Sánchez, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 151.

55 Gómez Rivero, *La inducción...*, pp. 296 s.; si bien en definitiva partidaria, a pesar de la defectuosa redacción del precepto, de incluir en la proposición la inducción fracasada.

sentido tiene desde luego la expresión si se interpreta como relativa al dolo de aquel autor que busca colaboradores, y ello encajaría mejor con el verbo "invitar"; normalmente se invita a otros a sumarse a lo que uno va a hacer,⁵⁶ pero de todos modos, la argumentación gramatical nunca lleva demasiado lejos, tampoco aquí, puesto que ambos sentidos son posibles.

No hace falta, pues, que el inductor sea además coautor anticipado, ya que la coautoría anticipada no es más grave que la inducción frustrada, sino incluso menos grave, porque el futuro coautor tiene algo de control sobre el hecho, lo que no ocurre con el mero proponente.⁵⁷ El fundamento de punición reside, para Alcácer, en que con la proposición se crea *ex novo* una situación de riesgo, al hacer surgir en otro la decisión de lesionar un bien jurídico, y se supera la fase de lo permitido cuando se deja en manos de este otro la gestión del riesgo, disminuyéndose así la posibilidad de que lo controle el instigador. Por eso no es necesario que el proponente vaya a ser ejecutor, ya que entonces sí conservaría control sobre el hecho, y ni siquiera una intervención ulterior como cómplice.

Ahora bien, de la pérdida de control como fundamento aquí se derivaría que si, aun haciendo todo lo posible, no se ha convencido al inducido, no se ha generado el riesgo representado por la implicación de terceros, ya no controlable, con lo que asimismo aumentaría la posibilidad de lesión del bien jurídico.⁵⁸ Con este argumento se dejaría de tener en cuenta que, una vez sembrada la semilla, ésta puede germinar en cualquier momento ulterior, aspecto no controlable por el sembrador.

Lo que nos sitúa en puertas de la siguiente cuestión, la de si debe castigarse el mero intentar enrolar a otro, o bien debe haberse conseguido la aceptación de éste. Para quienes sostienen que proponente debe ser candidato a coautor, la efectiva aceptación está conceptualmente excluida, ya que si se diera resultaría de preferente aplicación la conspiración, en tanto que con la aceptación se daría el acuerdo para la coautoría, y no quedaría espacio para la preparación. La cuestión sólo tiene sentido, pues, para los partidarios de que el proponente no necesita ser coautor, y sólo para los casos en que no va a serlo.

Lo que no puede hacerse, como razona el TS contradiciendo su planteamiento inicial, es fundamentar que la propuesta no hace falta que sea aceptada por la otra parte, en que de darse la aceptación ello llevaría a casti-

56. Por expresarlo coloquialmente, no se trata de la invitación del proverbial Capitán Araña, que manda las tropas a África y él se queda en España.

57. Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 702.

58. Mira Benavent, *op. cit.*, pp. 140 ss., 142.

gar, en su lugar, por conspiración.⁵⁹ Obviamente, este razonamiento resulta incongruente con la premisa del TS de que el proponente no necesita ser ejecutor.⁶⁰ Por tanto, requeriría aún explicación, desde su punto de partida, por qué en el caso de proponente sin propósito de ser autor no haría falta que la propuesta fuera aceptada.

Ciertamente, si el proponente también se propone ejecutar, la aceptación por parte del instigado, siempre que su papel vaya a ser el de coautor, convierte a la proposición en conspiración, y responden ambos.⁶¹ Si, en cambio, el papel del enrolado va a ser de simple partícipe, aun cuando acepte la propuesta y se comprometa, no se pasa de la proposición, y sólo responde el proponente.⁶²

A favor de la necesidad conceptual de aceptación se ha razonado que, por analogía con la conspiración, en que se requiere el acuerdo de los conspiradores, que refuerce efectivamente la decisión de los demás respectivamente, no bastando la mera deliberación e intento de captación de voluntades; también en la proposición debe ser necesario haber convencido al destinatario, no bastando con haberlo intentado en vano. No se puede prolongar *ad infinitum* la cadena; si ya se está castigando un acto preparatorio de un hecho principal, no se puede castigar la ejecución incompleta de un acto preparatorio.⁶³

Para esta tesis, la inducción se frustra cuando no se alcanza cualquiera de los dos resultados a que se dirige el dolo del inductor: convencer al inducido o que éste ejecute el hecho, es decir, si no se convence al inducido para que ejecute (o bien ya estaba decidido al hecho), o si éste (al menos) no comienza la ejecución. Y si el instigado da comienzo a la ejecución, no se puede considerar frustrada a la ejecución como forma de incitación al delito, en tanto que éste ha comenzado, y la responsabilidad del inductor queda fuera de duda, puesto que por el principio de accesoriidad de la participación, el inductor respondería por inducción a la tentativa.⁶⁴

59. SsTS 25 febrero 2003 y 17 noviembre 2005.

60. Alcácer Guirao, p. 710.

61. Así, STS 1 octubre 1992.

62. O cabe mantener que sólo hay proposición cuando se pretende enrolar a otro en concepto de autor, no de partícipe. Así parece indicarlo la STS 1 octubre 1992; Ocampo Moreno, *op. cit.*, pp. 51 s. Lo que implicaría un concepto restringido de "invitar a otros a ejecutarlo": restringido a la ejecución en concepto de autor. Pero ¿acaso no pueden intervenir ejecutivamente el cómplice y el cooperador necesario?

63. Con lo que se confunde *no exitosa* con *incompleta*.

64. Para Mira Benavent ("¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", *EPC* 1999-2000, p. 114), la inducción frustrada no da lugar a responsabilidad penal, puesto que es una forma intentada de participación, salvo que la ley prevea una causa de extensión de la pena a determinados actos preparatorios, como ocurre con el párrafo 30 StGB o el art. 115 del CP italiano.

En contra del requisito conceptual de la aceptación se ha aducido que “invitar” no presupone que la invitación tenga éxito, sino sólo que se ha invitado. Un intento infructuoso de convencer también constituye “invitar”, concepto que no requiere efecto alguno de la acción. Puesto que ese efecto de convencer no es dominable por el proponente, debe bastar la expectativa racional en el proponente de que el invitado asumirá la realización del delito, que es a donde llega su ámbito de dominio. La proposición constituye una figura de acción, no de resultado. Exigir el éxito primario de la invitación supondría una menor intervención punitiva, pero no encaja con la previsión del legislador. Y con la tesis contraria la preparación quedaría para muy pocos supuestos, casi sin aplicación, porque lo normal será que el convencido al menos dé comienzo a la ejecución.⁶⁵

Cuestión distinta es la de los requisitos que ha de reunir la inducción constitutiva de preparación, incluso la no aceptada, para merecer pena. Así, ha de requerirse que la invitación llegue a conocimiento del invitado y sea entendida por éste, con las instrucciones esenciales. Puede considerarse que el rechazo inmediato no posee el mínimo de relevancia penal, porque ahí ya no existe un mínimo de confianza racional en que el invitado vaya a aceptar la propuesta, y por tanto no se pierde el control sobre si se ha de lesionar el bien jurídico, ni se da el merecimiento de pena.⁶⁶ La proposición debe ir dirigida a uno o a varios, pero en cualquier caso a personas determinadas. Debe requerirse la idoneidad de la comunicación para llegar a su destinatario, la idoneidad para determinar al destinatario y la idoneidad del inducido para lesionar el bien jurídico.⁶⁷

Y ha de tratarse de proposición para intervenir en concepto de autor, no de partícipe, a ser autor de una acción típica y antijurídica, también en comisión por omisión o como autor mediato. Así, hay que considerar que “invitar” a ejecutar el delito significa que el invitado habrá de ser autor, no sim-

⁶⁵ Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 710. Si bien no parece coincidir con el tratamiento de la conspiración, que requiere el acuerdo conjunto.

⁶⁶ Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 712; Barber Burusco, *op. cit.*, p. 286; Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 186; Del Rosal Blasco, *op. cit.*, pp. 133, 309 s.; Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 95 s. En contra, considerando que la interceptación de la comunicación, —el que no llegue el destinatario— no impide la responsabilidad del proponente, puesto que este ya se ha realizado la totalidad del desvalor de acción del proponente, Gómez Rivero, *op. cit.*, pp. 309 s.; *cfr.* bibliografía en Rebollo Vargas, *op. cit.*, nota 192.

⁶⁷ Alcácer Guirao, *op. cit.*, pp. 714 ss. En términos similares para la tentativa de inducción del StGB, Jakobs (*Derecho Penal. Parte General*, 1997, p. 930), puesto que hace residir el fundamento de punición en que debe tener lugar la vulneración de la norma; sostiene que no basta con que el acto comunicativo de instigación haya comenzado (tentativa inacabada de inducción), sino que ha de haber llegado a un punto en que el destinatario haya comprendido lo que se le está requiriendo, aunque no es necesario que acepte la ejecución. Bien es verdad que el tenor literal del § 30 StGB facilita esta interpretación al establecer: “Quien *intentare* inducir a otro a cometer un delito grave...”

ple partícipe, pues el partícipe no "ejecuta".⁶⁸ Pero puesto que el concepto de ejecución es ambiguo y puede abarcar la intervención de cooperadores, más bien ha de recurrirse para fundamentar esa misma tesis a que, por el principio de accesoriadad de la participación, la única inducción castigada es la inducción al autor (la inducción al hecho principal), no al partícipe. Es decir, que no puede responder el inductor fracasado donde no lo haría el inductor con éxito.

La tesis de que la aceptación no constituye un requisito de la relevancia típica de la proposición se ve reforzada por el criterio de interpretación sistemático: en el CP español, los supuestos de proposición específicamente tipificados, como los de cohecho activo y pasivo, corrupción privada activa y pasiva y el ofrecerse para no tomar parte en un concurso o subasta públicos o tentar a postores para que no tomen parte. En ninguno de ellos se requiere para la "consumación" la aceptación por la otra parte respectiva. No parece que estas figuras concretas contengan elemento alguno que las singularice con respecto a la proposición genérica, luego el tratamiento específico en principio podría generalizarse.

En suma, resulta más convincente la tesis de la proposición como inducción fallida, que no requiere la aceptación de la propuesta por el destinatario. En este último aspecto sería fácilmente aclarable la voluntad del legislador con un tenor literal inequívoco, y deseable que se llevara a efecto, en un ámbito como éste, en que se está ampliando excepcionalmente la punibilidad a actos preparatorios.

IV. LA PROVOCACIÓN

Finalmente, la provocación es, de las tres figuras reguladas, la que muestra de forma más abierta su naturaleza de inducción. Bien es verdad que en ella falta el requisito de dirigirse la instigación a persona determinada, lo que en cierto sentido disminuye su eficacia motivadora, pero esta carencia se suple con el hecho de que la probabilidad de ejecución del hecho aumenta por la pluralidad de destinatarios de la instigación.⁶⁹

Históricamente, la provocación aparece vinculada a la legislación sobre prensa e imprenta, es decir, a la incitación masiva dirigida a destinatario indeterminado y seguramente desconocido. Han quedado superados los planteamientos de la provocación como delito con bien jurídico propio,

68. Olmedo Cardenete, *op. cit.*, p. 811.

69. Idea que trata de impugnar Rodríguez Mourullo ("La punición de los actos preparatorios", p. 293) argumentando que puede entrañar mayor peligro el facilitar un instrumento a otro, sin comienzo de ejecución, y esto no está castigado.

consistente en la paz social o el ordenamiento jurídico en su totalidad;⁷⁰ en realidad, se trata de un forma de intervención dependiente de los delitos a los que se provoca, sobre todo tras el restablecimiento del sistema de *numerus clausus* de su punición en el actual CP. Con ello se descarta la posibilidad de formas de participación, o de formas imperfectas, en la provocación.

El fundamento de su castigo reside en la peligrosidad que desata para el bien jurídico del delito al que se provoca, derivada de la implicación de muy numerosas personas en la empresa criminal, lo que inmediatamente remite, de nuevo, a delitos relativos al orden público.

Sin embargo, en la jurisprudencia y cierto sector doctrinal se entendía que la provocación acogía asimismo, en su tenor literal del CP anterior a 1995, a la inducción (directa) frustrada, cuando se realizaba *directamente* sobre la persona invitada a delinquir.⁷¹ Esta interpretación encontraba apoyo en que la redacción del anterior art. 4 III CP abarcaba todas las posibilidades de inducción, tanto directa como a través de medios de comunicación: “la provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito.” Puesto que, ya entonces como ahora, se establecía que la provocación seguida de ejecución se castigaría como inducción, *a contrario sensu* se deducía que la provocación no seguida de ejecución abarcaba precisamente a la inducción frustrada.

Sin embargo, hay razones muy convincentes en contra de este planteamiento. Así, Mira Benavent⁷² rechaza el argumento *a contrario*, entendiendo que el que se disponga que la provocación seguida de ejecución se considere para su castigo equivalente a la inducción, lo que constituye una auténtica ficción jurídica, no supone que la provocación no seguida de ejecución tenga que castigarse como inducción frustrada, puesto que lo único que se considera equiparable es la inducción (con ejecución) y la provocación (con ejecución). Para Mira, la provocación, pese a su tenor literal, sobre la base de argumentos históricos y gramaticales, sólo se refería a la provocación a una pluralidad indiferenciada de personas, no abarcando a

70 Cuello Contreras, *La conspiración...*, p. 153; acerca de la naturaleza jurídica, ampliamente Del Rosal Blasco, *op. cit.*, pp. 85 ss. Al respecto, Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 62 ss.

71 Así, SsTS de 21 de marzo de 1986 y de 22 de septiembre de 1987. *Cfr.* Del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 169, para quien en el anterior CP la proposición, en cuanto inducción anticipada, se solapaba con la provocación, y por tanto la figura de la proposición resultaba superflua (180 s.), sobre todo teniendo en cuenta que la invitación (proposición) presenta menor intensidad que la incitación (provocación), hasta el punto de que aquella simplemente entrañaría complicidad psíquica, no inducción, y un adelantamiento inadmisibles de la punición. Crítica de Gimbernat a la supresión de la posibilidad de acoger la inducción frustrada en sede de la provocación, en el prólogo a su edición del *Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, 3ª ed., 1997. La actual concepción jurisprudencial y de parte de la doctrina sobre la provocación permite subsanar esta laguna, al incluir la inducción frustrada en la proposición.

72 *Op. cit.*, pp. 125 ss.

la inducción privada. El efecto jurídico expreso de castigar como inducción sólo tiene sentido, a su juicio, si se refiere a los supuestos de inducción a una multitud, en que al seguir la ejecución no se daría el elemento, esencial en la inducción, de que la instigación ha de dirigirse a persona determinada. Por tanto, la extensión de esta consecuencia jurídica, la de equiparar en pena a la inducción, sólo tiene sentido para la instigación a una multitud, y no en otro caso.⁷³ Y dos figuras tan heterogéneas, las provocaciones públicas y las privadas, no podían estar acogidas en el mismo precepto; luego sólo estaban reguladas las provocaciones públicas.⁷⁴

En cambio, en el actual CP la provocación se circunscribe a "cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión, o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito" (art. 18 CP). También ahora si a la provocación sigue la perpetración del delito, se castigará como inducción; luego la provocación no seguida de perpetración constituye inducción frustrada, pero sólo cuando se realiza en los términos de la provocación, es decir, a través de medios de difusión o ante una concurrencia de personas, no en cambio cuando se trata de una invitación a personas concretas⁷⁵ no seguida de ejecución.

Aisladamente se ha seguido defendiendo que la inducción frustrada, también la directa, encuentra acogida en la provocación, tratando de superar el tenor literal actual tachándolo de redacción "verdaderamente lamentable", y encontrando carente de sentido que no se castigue asimismo la tentativa de cooperación o de complicidad,⁷⁶ o se sostiene⁷⁷ que en el CP actual la provocación sigue acogiendo a la inducción frustrada (es decir, la no aceptada, o la aceptada pero no seguida de ejecución), entendiéndose que el tenor literal de aquella no se opone a esta posibilidad, puesto que la alusión a cualquier otro medio "de eficacia semejante", puede considerarse equivalente a la expresión del anterior CP: "u otro medio de posible eficacia". Esta propuesta es difícilmente compatible con el texto legal, que precisa "cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad", lo que circunscribe la provocación a los supuestos de difusión masiva de la insti-

73 Mira Benavent, *op. cit.*, p. 138.

74 Mira Benavent, *op. cit.*, p. 145. Y dado que en aquel momento se entendía que la inducción frustrada no estaba castigada, partiendo de que la proposición sólo incluía al proponente dispuesto a coejecutar, ello con mayor razón se puede sostener ahora, cuando la provocación sin duda se refiere sólo a la incitación por medios masivos; Mira Benavent concluye que, en la regulación actual, la provocación ya no recoge los casos de inducción directa no seguida de ejecución.

75 Interpersonal, en los términos de Mira Benavent, *op. cit.*, p. 129, y Olmedo Cardenete, *op. cit.*, pp. 816 ss.

76 Bacigalupo, en Conde-Pumpido, (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, 1997, p. 559.

77 Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 91 ss.; Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 186.

gación. En efecto, no puede considerarse que en la expresión "cualquier otro medio de eficacia semejante" (a efectos de la incitación) a la imprenta, radiodifusión, "que facilite la publicidad", o "ante una concurrencia de personas" quepa interpretarlo de modo distinto a que la incitación ha de ir dirigida a una multitud de personas, la mayoría desconocidas. Medio de eficacia semejante ha de entenderse como medio de comunicación interpersonal "semejante a medios con *eficacia comunicativa suficiente para alcanzar a pluralidad* indeterminada de destinatarios"; y no medio "semejante en cuanto a la eficacia *para incitar* que tienen esos medios de difusión masivos". Esta segunda interpretación, muy forzada, permitiría concluir que cabe la incitación interpersonal. Pero no explicaría la enumeración precisamente de medios de difusión masiva, ejemplificación que sólo tiene sentido en tanto que conduce al concepto general: para la provocación se requieren medios de comunicarse que alcanzan a una multitud más o menos indeterminada.

Por otra parte, resulta controvertido si el castigo de la provocación presupone algún tipo de eficacia instigadora. Así, se ha sostenido que en la provocación debe requerirse el haber convencido a alguno de los múltiples destinatarios, no bastando con haber sembrado "a voleo" la instigación. Sin embargo, si el fundamento reside en la pérdida de control sobre la ejecución por el provocador, ante una multitud indiferenciada tal pérdida se produce antes de que la provocación haya convencido a ningún provocado concreto.

La idea de que la provocación ha de haber resultado eficaz se lleva al extremo al requerir que, para castigar la provocación como *inducción con comienzo de ejecución*, ha de haberse producido la incitación a la "perpetración de un delito", como se desprende del precepto (art. 18.2, segundo párrafo),⁷⁸ lo que se interpreta como necesidad de consumación.⁷⁹ Sin embargo, esta parece una interpretación exclusivamente gramatical, que nunca es determinante ni está libre de equivocidad; pues siendo como es la provocación una forma de inducción colectiva, no se entiende por qué no ha de bastar con el comienzo de ejecución del hecho principal, es decir, con la tentativa, según requiere la doctrina de la accesoriedad de la participación, en tanto que ya con la tentativa existe hecho principal del que puede depender la participación.⁸⁰ No tiene sentido que, iniciada la ejecución por uno de los provocados ("perpetrada" la tentativa del delito), se siga castigando

⁷⁸ "Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción".

⁷⁹ Mir Puig, *op. cit.*, p. 343.

⁸⁰ Así, Orts Berenguer, *op. cit.*, pp. 508 s.; desde que existe comienzo de ejecución acaba la fase preparatoria y cobran vida las formas de participación accesorias del hecho principal; aquí, la inducción. Asimismo, Del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 349; Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 82 s.

por provocación, en lugar de por inducción a la tentativa; y en cambio si se llega a la consumación, se castigue por inducción al hecho consumado.⁸¹

Con mejor criterio, se ha defendido que la provocación se consuma con sólo el acceso del mensaje a la multitud indiferenciada, por cuanto a partir de ese momento el provocador pierde el control sobre la ejecución,⁸² en la medida en que al tratarse de una multitud no puede saber cuántos accederán a la incitación y cuántos adoptarán la resolución delictiva, además de que no podrá identificarlos para poder desactivarlos en su caso. El peligro se genera pues en el mismo momento de la difusión y acceso al mensaje de una generalidad de personas, sin necesidad de que alguna de ellas adopte en firme la resolución delictiva. Lo que el legislador trata de evitar, en suma, es la difusión masiva de la instigación, que genere un peligro en términos estadísticos, ya no controlable.

V. CONCLUSIONES

Con carácter general, frente a conductas preparatorias de la participación, sólo tiene sentido la tipificación penal en los casos de delitos contra el orden público y la Constitución, en que esperar al comienzo de ejecución el proyecto delictivo supondría intervenir demasiado tarde, puesto que con la posible subversión del orden constituido ya no cabría remediar la rebelión o sedición. Para el resto de los delitos, la alarma social que generaría un proyecto delictivo conjunto, o que aspira a serlo, sólo cabe contrarrestarla mediante medidas de vigilancia policial. Ahora bien, en un sistema como el del CP español, que establece la responsabilidad por conspiración, afortunadamente sujeta el sistema de *numerus clausus*, todavía cabe encontrar algún resto de racionalidad común en el castigo de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

En casos de ausencia de comienzo de ejecución del hecho principal, al conspirador se le castiga, no por haber realizado actos preparatorios de la coautoría, puesto que al cerrar el acuerdo delictivo no se pasa de exteriorizar el propósito de uno mismo, sino en tanto que su decisión hace surgir o refuerza la decisión de los demás en un hecho que requiere ejecución conjunta. Al proponente, porque hace todo lo posible para que surja la resolución delictiva en otro. Y al provocador porque con una inducción a destinatario no determinado, pero sí masivo, crea un peligro intolerable de que

81 Bien es verdad que en delitos comunes no habría diferencia de pena entre la provocación y la inducción a la tentativa, pero ése no sería el caso en los delitos especiales, en que la calificación de provocación paradójicamente no permitiría la atenuación facultativa de la pena para el partícipe (art. 65.3).

82 Rodríguez Mourullo, *ADPCP*, 1968, pp. 292 s.

surjan resoluciones delictivas. Proposición y provocación consisten en la inducción a otro para ser autor, no seguida de comienzo de ejecución; ni en una ni en otra es necesario que el "inductor" pretenda ser además coautor, aspecto que de por sí únicamente supone un propósito subjetivo. Lo esencial de las tres descansa en la activación o reforzamiento de la decisión de otros, ya no controlable, para la puesta en práctica de un proyecto delictivo.

Con todo, un sistema así delineado no guarda la coherencia en el castigo comparado de la intervención en la preparación y la intervención en la fase ejecutiva. En efecto, en cuanto a la mayoría de las formas de participación, dado el principio de accesoria, ésta sólo tiene trascendencia jurídica una vez iniciada la ejecución del hecho principal, aun cuando se trate de conductas materiales que implican la *ejecución completa* de la propia conducta de participación, y no el mero propósito de desplegarla. En cambio, con respecto a la autoría (conspiración) y la inducción (vía proposición y provocación) castiga con igual pena el intervenir en la preparación —a pesar de no entrañar aún *ningún acto ejecutivo*—, que intervenir en la tentativa, incluso en la acabada, con infracción del principio de proporcionalidad. El sistema de *numerus clausus* simplemente atenúa los efectos de semejante incongruencia.

UNIDAD 9

EXTINCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Competencias

- Identifica los rasgos principales de la extinción de la acción y de la ejecución de la sanción penal.

PRIMERA LECTURA:

Raguès I Valles, R. (2018). Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (pp. 553-573). Madrid, España. Editorial Dykinson.

Este trabajo se propone analizar de qué manera la regulación vigente de esta causa de extinción de la responsabilidad criminal debe trasladarse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una cuestión que, obviamente, no pudo abordarse en el trabajo del profesor Lorenzo Morillas Cuevas en su libro de la prescripción de los delitos y de las penas.

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LOPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Díjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

PRESCRIPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Catedrático de Derecho penal.
Universitat Pompeu Fabra¹

Sumario: I. Introducción. II. Plazos aplicables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1. ¿Identidad o diferenciación entre los plazos aplicables? 2. La regla de los delitos conexos. 3. Conclusiones. III. Momento de inicio del cómputo. IV. La interrupción del plazo de prescripción. 1. Criterios generales. 2. Interrupción de la prescripción en caso de organizaciones criminales. V. Interrupción en caso de transformaciones societarias. VI. Prescripción y consecuencias accesorias del art. 129 CP.

I. INTRODUCCIÓN

En el ya lejano año 1980 *Lorenzo Morillas* publicó un libro titulado *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, por aquel entonces la primera monografía sobre la materia en lengua española y una obra muy influyente en todos los trabajos que se han publicado posteriormente sobre el mismo tema. En las décadas siguientes la prescripción penal no ha dejado de estar a menudo de actualidad, unas veces debido a polémicas decisiones judiciales y otras a resultas de las diversas reformas legislativas que han afectado a su regulación. Durante este tiempo la discusión académica se ha enriquecido con la aparición de numerosas monografías y artículos sobre la materia, que se han beneficiado mucho de aquella contribución inicial del homenajeadó. Como reconocimiento al profesor *Morillas* por su brillante y fructífera trayectoria académica y, en especial, por sus importantes aportaciones en materia de prescripción, este trabajo se propone analizar *de qué manera la regulación vigente de esta causa de extinción de la responsabilidad criminal debe trasladarse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, una cuestión que, obviamente, no pudo abordarse en aquella obra de hace casi cuarenta años

¹ La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación "La transformación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el moderno Derecho penal económico y de la empresa" (DER2017-82232-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Abreviaturas empleadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *BOE*: Boletín Oficial del Estado; *CP*: Código Penal; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *DLL*: Diario La Ley; *LECrim*: Ley de Enjuiciamiento Criminal; *LH*: Libro homenaje.

pues, como es sabido, la sanción penal de tales entidades no se introduciría en el Código Penal español hasta 2010.

Pese al tiempo transcurrido desde la reforma que introdujo esta nueva modalidad de responsabilidad colectiva, la presente cuestión no parece que haya merecido todavía especial atención académica ni judicial y sólo la Fiscalía General del Estado le ha dedicado unas breves páginas en su Circular 1/2011². El escaso interés académico probablemente se explique porque los debates hasta la fecha se han centrado sobre todo en las cuestiones de fundamento, como la propia conveniencia de la responsabilidad de las personas jurídicas y sus bases dogmáticas, *sin que se haya descendido todavía a los incontables problemas interpretativos que suscita la aplicación a esta clase de responsabilidad de preceptos legales pensados en su génesis para la delincuencia de personas físicas*. Por su parte, y en lo que aquí se alcanza, la falta de atención judicial seguramente se justifique porque, entre los relativamente pocos casos de empresas investigadas hasta ahora, todavía no se ha planteado la posibilidad de que la responsabilidad penal de una de estas entidades haya quedado extinguida por prescripción, una causa de exención de la responsabilidad criminal cuya apreciación necesita, por razones obvias, que transcurran períodos prolongados de tiempo desde la comisión del delito o desde el inicio del procedimiento.

Sea como fuere, que la cuestión planteada acabe llegando a los tribunales es, probablemente, sólo una cuestión de tiempo, por lo que parece oportuno empezar a anticipar posibles problemas y soluciones para cuando ello acabe sucediendo. Además, como podrá observarse en las páginas que siguen, el análisis de esta materia –en apariencia muy modesta– obliga a profundizar en los grandes dilemas planteados acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las entidades colectivas y, en tal medida, puede ser un terreno propicio para valorar los pros y los contras de las consecuencias que derivan de las principales propuestas doctrinales defendidas hasta la fecha acerca de las bases teóricas de dicha responsabilidad.

II. PLAZOS APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La primera cuestión que conviene analizar es la relativa a qué plazos son aplicables a las infracciones penales cometidas por las personas jurídicas. De modo general, el art. 131 del Código Penal establece los plazos que rigen para cada delito en función de la gravedad de las penas que las respectivas

² Publicada, entre otros lugares, en *ADPCP*, LXIV, 2011, p. 397 ss. Las concretas referencias a la prescripción pueden localizarse en pp. 442-443.

infracciones tienen previstas, pero no dispone nada específicamente respecto de la presente materia. Por su parte, el art. 33.7 CP establece que *todas las penas eventualmente imponibles a las personas jurídicas merecerán siempre la consideración de penas graves*, lo que, interpretado a la luz del art. 13.1 CP (“son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave”), parece determinar la aplicación de un plazo mínimo de cinco años de prescripción para exigir responsabilidad a las personas jurídicas (art. 131.1 CP) y de diez años para la prescripción de las penas impuestas a tales entidades en sentencia judicial firme (art. 133.1 CP)³.

A la luz de los citados preceptos procede seguidamente analizar si la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica deben regirse por un mismo plazo, o si cabe aplicarles plazos distintos (*infra* 1). A tal efecto conviene analizar también la posible incidencia que en semejante cuestión puede tener la regla específica para los delitos conexos prevista en la legislación procesal vigente (*infra* 2). Como se verá a continuación, para el análisis de todas estas cuestiones parece resultar determinante qué perspectiva se acoja en el debate sobre la naturaleza de la imputación a las entidades colectivas, básicamente si se opta por el modelo de la transferencia o si se prefiere el basado en la responsabilidad por el hecho propio⁴.

1. ¿Identidad o diferenciación entre los plazos aplicables?

¿Cabe la posibilidad de que la responsabilidad de la persona jurídica prescriba antes o después de que lo haga la responsabilidad de la persona física que ha cometido un delito actuando en nombre o por cuenta de aquella y en su benefi-

3 Tal conclusión se justifica, en el caso de los delitos, porque el art. 131 CP dispone que prescriben a los cinco años “los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año”; y, en cuanto a la prescripción de la pena, el art. 133 señala que “las penas impuestas por sentencia firme prescriben (...) a los 10, las restantes penas graves”.

4 Para una perspectiva sobre dichos modelos cfr., entre muchos otros y con referencias adicionales, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en ID. (dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 21. En palabras de este autor: “existen, básicamente, dos modelos dogmáticos para fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: un modelo de responsabilidad por atribución y otro de responsabilidad por un hecho propio. Una regulación legal se adscribe a uno u otro modelo en función de que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produzca por una mera transferencia (adicional) a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide —o, en su caso, en niveles inferiores— de su entramado organizativo (*Zurechnungsmodell*) o bien por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal (modelo de la *originäre Verbandshaftung*)”. También sobre la cuestión de los dos grandes modelos acerca del fundamento de esta forma de responsabilidad BAJO FERNÁNDEZ, M., en ID. / FEIJOO SÁNCHEZ / GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 28-29.

cio? ¿O ambas responsabilidades deben extinguirse exactamente al mismo tiempo? Ante el aparente silencio que la ley ofrece para responder a dichas preguntas parece que caben *dos grandes opciones* interpretativas:

a) La primera pasa por considerar que el delito de la persona física y el de la persona jurídica *deben regirse forzosamente por un único e idéntico plazo de prescripción*, a saber, el aplicable al delito de la primera⁵. Esta es, desde luego, la tesis que mejor encaja con las concepciones de esta forma de responsabilidad basadas en el *modelo de la transferencia o de la heterorresponsabilidad*, es decir, aquellas que se limitan a trasladar a la entidad colectiva la responsabilidad en la que pueda haber incurrido su agente⁶. Dado que, según este modelo, la gravedad del delito de la persona jurídica viene exclusivamente determinada por la gravedad del hecho delictivo de la persona física, es perfectamente lógico que ambas responsabilidades se rijan por un mismo plazo de prescripción:

Existe, además, un argumento sistemático adicional que parece avalar también este punto de vista. Se trata, concretamente, de lo dispuesto en el art. 14 bis LECrim, un enunciado que establece que, cuando “*el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica*”. Según este argumento, si para determinar la competencia jurisdiccional rige un único criterio, que viene dado por la pena del delito de la persona física, lo mismo debería sostenerse *mutatis mutandis* respecto del plazo de prescripción. Con todo, conviene tener presente que, mientras a efectos procesales determinar en un mismo procedimiento el delito por el que responden la persona física y la jurídica parece poco menos que imprescindible para

5 Un planteamiento de esta naturaleza, en materia de prescripción, parece acogerlo MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, *DLL*, 7920 (2012), ap. V, cuando afirma que “una cosa es la pena en que se concreta la responsabilidad penal de la persona jurídica como consecuencia de los «delitos cometidos» por determinadas personas físicas dentro de las previsiones del art. 31 bis 1, y otra es la establecida para tales delitos. No hay un nuevo delito del que la persona jurídica sea responsable penalmente, sino una particular responsabilidad penal por el único delito cometido: el de la persona física”.

6 En palabras de DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal”, *GPC*, 103 (2011), p. 45, “históricamente, el sistema de responsabilidad por transferencia es el primero que surge, concretamente, en el ámbito del Derecho anglosajón, y está basado en una ancestral doctrina del *common-law*, según la cual los señores son absolutamente responsables de todas las acciones ilícitas y dañinas de sus sirvientes”. Sobre el modelo de la heterorresponsabilidad, cfr. asimismo ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., en ID. / AYALA GÓMEZ (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, n.º marg. 1373; o PÉREZ, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.) / DE LA MATA BARRANCO (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 28-30.

conjurar el riesgo de resoluciones abiertamente contradictorias, además de por evidentes razones de economía procesal, tal necesidad no se suscita de modo tan imperioso en lo que atañe a los plazos de prescripción, un ámbito en el que *a priori* no parecerían presentarse graves inconvenientes prácticos si se sostuviera que los plazos aplicables pueden ser distintos.

Sin embargo, un problema grave para que esta tesis se imponga en el Derecho vigente viene dado por el hecho de que, como ya se ha expuesto anteriormente, el art. 33.7 CP determina que todas las penas aplicables a personas jurídicas merecerán siempre la consideración de graves⁷. En aquellos supuestos en los que también merezca dicha calificación la pena del delito de la persona física, tal previsión legal no comporta ninguna dificultad interpretativa, pero sí que se presentarán evidentes dificultades en aquellos casos en los que el delito de la persona física sea leve, o la pena impuesta leve o menos grave, pues en tales supuestos la propia ley parece querer impedir la aplicación a entidades colectivas del plazo de prescripción propio de delitos o penas que no sean graves. En consecuencia, la presente opción interpretativa encuentra un evidente problema para imponerse en la *lex lata*⁸.

b) Un segundo punto de vista posible pasa por entender que, si bien la responsabilidad de las personas jurídicas requiere de la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física, *se trata en realidad de infracciones distintas* (o de distintas situaciones desvaloradas, si se rechaza la capacidad infractora de tales entidades), como demuestra, sin ir más lejos, la disparidad de sanciones o la posibilidad de grados muy distintos de, por así decirlo, implicación subjetiva en el hecho entre uno y otro responsable. Así, por ejemplo, es perfectamente imaginable que la persona física cometa un delito con dolo directo de primer grado cuya realización haya sido posible, en cambio, gracias a una gestión meramente negligente por parte de la persona jurídica de su modelo de prevención de delitos, es decir, lo que *mutatis mutandis* vendría a ser una actuación imprudente. Desde esta perspectiva, y dado que la gravedad de las respectivas infracciones puede ser muy diversa, parece proporcionado que cada infracción se rija por su propio plazo de prescripción.

Esta es la interpretación de la que parte la Fiscalía General del Estado en su Circular de 2011, en la que, entremezclando razonamientos relativos a la prescripción del delito y a la prescripción de la pena, literalmente afirma:

7. Para salvar dicho problema MANZANARES-SAMANIEGO, *DLL*, 7920 (2012), ap. V, señala que la citada previsión se aplica a efectos de la prescripción de la pena impuesta, no de la responsabilidad criminal.

8. A la misma conclusión llega NEIRA PENA, A.M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 115 (nota 29).

“(…) las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley”⁹.

Esta segunda opción interpretativa encaja mucho mejor, desde luego, con aquellas concepciones de la responsabilidad penal de la persona jurídica que consideran que tal responsabilidad se basa en un defecto propio imputable a la entidad colectiva, que es el punto de vista que defiende una parte importante de la doctrina en España, así como la Sala Segunda del Tribunal Supremo en alguna resolución¹⁰. Es decir, a los *modelos de responsabilidad por el hecho propio o de autorresponsabilidad*. Sin embargo, en materia de prescripción esta tesis encuentra también un evidente problema en el hecho de que, como ya se ha expuesto, según el art. 33.7 CP las penas imponibles a las personas jurídicas deban merecer siempre la consideración de graves¹¹. Ciertamente, tales dificultades no son tan insalvables como las que afectan a la teoría de la transferencia, por cuanto, para este segundo planteamiento no es un problema insuperable que las responsabilidades de uno y otro sujeto se rijan de acuerdo con plazos distintos de prescripción. Sin embargo, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad no

9 Esta posición parece refrendarse implícitamente en las breves consideraciones que dedica a la materia FERJOO SÁNCHEZ, B.J., en *Tratado*, pp. 297-298 (nota 1). También señala este autor que “resulta difícil imaginarse supuestos de prescripción de la pena”, si bien no se aclara si el grado de dificultad se considera similar al propio de la prescripción de la pena de las personas físicas.

10 En la doctrina cabe citar, por ejemplo, a BAJO FERNÁNDEZ, en *Tratado*, p. 28, quien considera imposible “una responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho de otro y de carácter objetivo”, afirmando la vigencia en el sistema español de “un modelo de responsabilidad por el hecho propio y por la culpabilidad propia de la persona jurídica”. Y en cuanto a la jurisprudencia, destaca la STS 221/2016, de 16 de marzo (ponente Marchena Gómez), en la que se afirma que “la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”. En otras resoluciones, no obstante, la Sala Segunda ha preferido no entrar en el debate: cfr. al respecto la panorámica ofrecida por VILLEGAS GARCÍA M.A. / ENCINAR DEL POZO, M.Á., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”, *DLL*, 9106 (2017), *passim*. Un ejemplo sería la anterior STS 514/2015, de 2 de septiembre (ponente Marchena Gómez), en la que se afirma que “ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

11 Sobre los efectos perturbadores de esta previsión cfr. ROGA DE AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a personas jurídicas” en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 383-384.

parece tener mucho sentido, por ejemplo, que si un empleado ha cometido un delito leve doloso actuando por cuenta y en beneficio de su empresa su infracción prescriba al cabo de un año y, en cambio, la responsabilidad penal de la compañía –por no haberle vigilado de modo diligente– tarde un mínimo de cinco años en prescribir.

En realidad, la presente cuestión pone sobre la mesa un problema de mucho mayor alcance, como es el atribuible al hecho de que, en el sistema español vigente, las personas jurídicas puedan llegar a responder por no haber evitado (de modo “negligente”) la comisión de delitos leves (dolosos) por parte de sus representantes, directivos o empleados, debiendo soportar por ello consecuencias penológicas –y, por ende, también en materia de prescripción– más gravosas que las sufridas por la persona física infractora.

Todo apunta a que dicho problema viene motivado por una desacertada previsión legislativa al aprobarse la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal. Así, con anterioridad a esta reforma el art. 31 *bis* CP establecía únicamente responsabilidad penal para las personas jurídicas en el caso de que las personas físicas responsables del “hecho de conexión” hubieran cometido un delito, lo que dejaba fuera del ámbito de responsabilidad de las primeras los casos de comisión de una falta. Al desaparecer las faltas en 2015 –y reconducirse aquellas conductas ante punibles como falta que todavía mantienen su relevancia penal a los actuales delitos leves– se amplió el alcance de las figuras que podían dar lugar a responsabilidad penal de personas jurídicas, al ser evidente que un delito leve es un delito¹². Una consecuencia que no parece que formara parte de los objetivos –cuando menos conscientes– de la citada reforma legislativa pero que supone una evidente ampliación del alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Désde luego, no parece en modo alguno sostenible, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, que una participación negligente en un hecho delictivo (principal) doloso merezca mayor pena –y, en consecuencia, tarde más tiempo en prescribir– que este último¹³. Para evitar tan absurda conclusión parecen quedar abiertas dos posibles vías:

12 En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 79; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Capítulo 13. Responsabilidad penal de personas jurídicas”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, n.º marg. 3141; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos leves*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 132.

13 Autores como RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas”, *DLL*, 8766 (2016), ap. III; e ID., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, *DLL*, 7561 (2011), ap. II.1, fundamentan la responsabilidad de las personas jurídicas a partir de la comisión por omisión, aunque considerando que su intervención en el delito de la persona física es a título de participación. En general, sobre esta cuestión, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2005, p. 130 ss; e ID., “La culpabili-

- a) La primera posibilidad interpretativa pasa por efectuar una *reducción teleológica* de los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo que estas no tendrán responsabilidad alguna cuando el delito cometido por sus representantes, directivos o empleados tenga la consideración de leve. Es decir, apelando a una interpretación teleológica subjetiva del término "delito" previsto en el art. 31. bis CP y a la falta de voluntad del legislador de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma de 2015, abarcara también a las faltas.
- b) La segunda opción pasa por tratar de limitar la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de delito leve cometido por sus representantes, directivos y empleados a aquellos supuestos en los que *tal delito leve sea solamente síntoma evidente de una deficiencia estructural mucho más grave y permanente*.

Por ejemplo: la denuncia de una pequeña estafa de un empleado a un cliente permite descubrir que una importante empresa multinacional no sólo carece de todo tipo de medidas para la prevención del fraude por parte de sus trabajadores sino que, además, desde la dirección de la entidad se incentivan desde hace tiempo determinadas prácticas comerciales que propician la comisión de conductas fraudulentas por parte de los empleados.

Desde luego, con esta tesis pueden sentirse especialmente cómodas aquellas teorías que consideran que el injusto o la culpabilidad propios de la persona jurídica, para justificar su responsabilidad penal, deben ir mucho más allá de una puntual omisión de los deberes de vigilancia y requieren la constatación de un defecto organizativo grave y permanente en relación con la prevención del delito en dicha entidad que la conviertan en un terreno especialmente abonado para la criminalidad de sus representantes, directivos y empleados¹⁴. Si se aceptan estas premisas, no resulta en modo alguno problemático entonces que el delito leve de la persona física tenga asignada una pena mucho más moderada que la prevista legalmente para su principal y, por consiguiente, se rija por un plazo de prescripción también

dad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica", en SILVA SÁNCHEZ / MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 508-509.

¹⁴ Así, por ejemplo, en palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ, en *Tratado*, p. 130, "no se puede desconocer que la mera comisión de un delito en el ámbito organizativo de una persona jurídica constituye un indicio de que existe un defecto de organización. No obstante, ello no es suficiente para considerar que la persona jurídica se ha organizado defectuosamente". En una línea similar la STS 221/2016, de 16 de marzo (ponente Marchena Gómez), cuando afirma que "el hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa".

más breve. Dicho delito sería, simplemente, el síntoma visible de un defecto estructural mucho más grave en el que se basaría, según la concepción que se acoja, el injusto o la culpabilidad imputable a la persona jurídica.

Con todo, es evidente que este último planteamiento requiere, para condenar a la persona jurídica, que a lo largo de la instrucción y del posterior acto del juicio oral, se analicen en profundidad determinados aspectos de su organización presente y pasada¹⁵. Un análisis que, desde luego, no parece encontrar su entorno más propicio en el expeditivo procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, que es donde deberán juzgarse estos casos de conformidad con el ya citado art. 14 bis LECrim, que establece que, cuando “*el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica*”. Se trata del antiguo juicio de faltas, regulado en los arts. 962 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que carece de fase instructora y se reduce a la vista del juicio oral, lo que convierte en verdaderamente complicada para las acusaciones la tarea de acreditar los defectos estructurales permanentes de la entidad colectiva¹⁶.

15 En palabras de SILVA SÁNCHEZ, en *Criminalidad*, p. 36, “la imposición de «penas aplicables a las personas jurídicas» requiere una triple constatación: un juicio de pasado, un juicio de presente y un juicio de futuro. Por un lado, requiere el juicio de pasado consistente en la determinación de que en la comisión del delito por la persona física influyó un defecto de organización de la persona jurídica, que la favoreció. Este juicio es, en puridad, un *juicio de imputación objetiva*: se trata de determinar qué el modo de estar organizada la persona jurídica ha generado un *riesgo jurídicamente desaprobado* y que éste se ha realizado en un *resultado* de favorecimiento de la actuación de la persona física y, en última instancia, en el resultado delictivo producido por ésta. Ello significa, por lo demás, que dentro de ese juicio de pasado, debe efectuarse un sub-juicio *ex ante* acerca de si un espectador medio, a la vista de la organización de la persona jurídica, habría formulado un juicio de peligrosidad objetiva respecto a dicho estado de organización; y luego, un sub-juicio *ex post* sobre la realización precisamente de dicho riesgo, de dicha peligrosidad, en el resultado producido. Por otro lado, requiere un juicio de presente y de futuro. Este consiste en la constatación de que el defecto de organización no ha sido corregido en el momento de dictar la resolución judicial y que es previsible que éste favorezca la nueva comisión de nuevos delitos en el futuro” (cursiva en el original). Cfr. igualmente ID., “La eximente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamento y bases para una dogmática”, en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, p. 672 ss, donde se propone una reducción teleológica del art. 31 bis CP, limitándolo a aquellos casos en los que “es posible constatar en la persona jurídica un estado de cosas defectuoso objetivamente favorecedor de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que la integran”.

16 En las diversas resoluciones dictadas hasta la fecha el Tribunal Supremo atribuye a las partes acusadoras la carga de la prueba de la existencia de un defecto organizativo estructural. Así, por ejemplo, en la ya citada STS 221/2016 se sostiene que “la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión”. En general, sobre los problemas que plantea la exigencia de responsabilidad penal a personas jurídicas en procedimientos por delitos leves, cfr. FARALDO CABANA, *Los delitos leves*, pp. 133-134.

2. La regla de los delitos conexos

La aceptación de que para la responsabilidad de la persona física y la jurídica pueden regir sin problema alguno distintos plazos de prescripción parece topar con otro aparente obstáculo en la disposición prevista en el art. 131.4 CP, según la cual “*en los supuestos de (...) de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave*”. ¿Cabe considerar conexas la infracción de la persona física y la de la persona jurídica en nombre o por cuenta de la cual ha delinuido la primera? Si la respuesta a semejante cuestión fuera afirmativa, la consecuencia sería que para ambas responsabilidades debería regir un único plazo de prescripción, aun cuando se considerase que se trata de infracciones diferenciadas de distinta gravedad.

Desde la reforma de 2015, la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue en su art. 17 entre dos situaciones:

- a) La *conexidad en sentido estricto* (art. 17.2 LECrim), que concurre respecto de los siguientes delitos: a) Los cometidos por dos o más personas reunidas; b) Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello; c) Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; d) Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos; e) Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente; f) Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. Ninguna de las situaciones de conexidad relacionadas en este precepto parece darse entre la persona física cuando esta comete un delito a su vez atribuible a una persona jurídica, salvo que se recurra a interpretaciones absolutamente forzadas de los supuestos abarcados por el anterior enunciado. A lo sumo cabría entender en algunos casos que el agente y principal se habrían reunido o concertado para delinquir, pero ello sólo valdría para aquellos supuestos en los que el delito de la persona física hubiera sido en cierto modo instigado desde la jurídica, no quedando abarcadas las meras infracciones (negligentes) de los deberes de vigilancia por parte de la entidad colectiva.
- b) Según el art. 17.3 LECrim, aquellos supuestos que, sin ser conexos en el sentido expuesto, “*hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí*” también pueden enjuiciarse en un mismo procedimiento “*si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso*”. Aun cuando pueda discutirse por razones obvias, que en los casos de concurrencia de infracciones de una persona física y una jurídica realmente pueda hablarse de

infracciones cometidas "por la misma persona", la relación entre ambos ilícitos es evidente y, además, el enjuiciamiento separado de tales delitos entrañaría un elevado riesgo de resoluciones contradictorias, pudiendo llegarse al absurdo de que en una sentencia se declarase responsable a una persona jurídica por haberse perpetrado en su nombre o por su cuenta un delito del que, en otro procedimiento distinto, se hubiera absuelto a una persona física. Es evidente que en estos casos, "la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes" y, en todo caso, la circunstancia de que tales hechos no hayan sido perpetrados por la misma persona —como demuestra la circunstancia de que en el acto del juicio estén presentes diversos acusados con sus respectivas defensas— no debería ser un obstáculo insalvable si se recurre adecuadamente a la analogía, aceptada en Derecho procesal cuando no se restringen derechos fundamentales.

En todo caso, lo cierto es que estos últimos supuestos no se consideran hoy por hoy casos de auténtica conexidad en el propio texto de la Ley procesal. De tal manera que *este precepto no debe suponer ningún impedimento para la propuesta interpretativa que defiende la posibilidad de que rijan plazos distintos para la prescripción del delito cometido por el agente y para la responsabilidad de su principal.*

3. Conclusiones

Por las razones antedichas, la tesis según la cual la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica se rigen por sus respectivos plazos, que no tienen por qué coincidir necesariamente, es la que encuentra mejor acomodo en la *lex lata* española y, además, la que resulta más compatible con el modelo de la responsabilidad por el hecho propio, que actualmente parece predominar en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

III. MOMENTO DE INICIO DEL CÓMPUTO

En función de cuál sea la concepción que se acoja para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas parecen obtenerse también distintas respuestas para la cuestión relativa a cuándo debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción. A tal efecto, conviene recordar que el criterio que se dispone en el art. 132.1 CP señala que los plazos de prescripción "se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible", añadiendo que, "en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente,

desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”. ¿Cómo deben trasladarse estos criterios a las personas jurídicas?

- a) De acuerdo con el *modelo de la transferencia* o de *heterorresponsabilidad*, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad de la persona jurídica se producirá necesariamente en el mismo instante en el que empiece a correr el plazo de prescripción de la infracción cometida por la persona física, pues ambas responsabilidades surgen al mismo tiempo. En otras palabras, no cabe transferir nada al principal hasta que haya delinquido el agente. Y, por las mismas razones, una vez finalizado el hecho delictivo de la persona física, cesará también la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, lo que puede tener especial importancia en el caso de los delitos que se prolongan en el tiempo, como las infracciones continuadas o permanentes.
- b) La cuestión, en cambio, parece mucho menos clara si se defiende una teoría basada en la *responsabilidad por el hecho propio* de la persona jurídica o el *modelo de la autorresponsabilidad*. En tal caso cabe interpretar que, dado que se trata de infracciones distintas (o de distintas situaciones desvaloradas, si se niega la capacidad infractora de tales entidades), el momento de su realización no tiene por qué coincidir en el tiempo: así, el defecto organizativo que propicia la comisión de la concreta infracción puede iniciarse mucho antes que el hecho delictivo; y dicho déficit puede prolongarse también en el tiempo mucho más allá de la fecha de comisión de llamado “hecho de conexión”.

Por ejemplo: desde el inicio de su actividad en 2009 hasta que se implanta en 2017 un modelo de prevención de delitos, una sociedad mercantil carece de cualquier medida para la prevención de la criminalidad de sus representantes, directivos y empleados y, más concretamente, para prevenir actos de corrupción. En este contexto se descubre que un trabajador de la compañía sobornó en 2014 a un funcionario público. ¿A partir de qué momento debe computarse el inicio de la prescripción de la responsabilidad de la persona jurídica? ¿Debe ser cuando se cometió el hecho delictivo de la persona física, es decir, 2014? ¿O más bien debe retrasarse dicho inicio hasta 2017, esto es, hasta que se eliminó el déficit organizativo que permitió que tal infracción se llevara a cabo?

En primer lugar, la constatación de que el defecto organizativo de la persona jurídica puede ser –y, por regla general, será– anterior en el tiempo al concreto hecho delictivo de su agente no puede tener trascendencia desde el punto de vista del inicio de la prescripción. Ello por cuanto los déficits organizativos de la persona jurídica –cuando menos en el Derecho español

vigente— no adquieren relevancia hasta que se concretan en la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física. Es decir, un defecto de organización que no se traduzca en la comisión de un hecho delictivo es algo, hoy por hoy, penalmente irrelevante. Esta situación presenta claras similitudes con otros dos supuestos a menudo discutidos en los trabajos sobre prescripción penal, concretamente, los *delitos imprudentes* y los *actos de participación*, lo que no debe extrañar en absoluto a quienes entienden que la responsabilidad de las personas jurídicas presenta evidente afinidad con un modelo de atribución de responsabilidad por participación omisiva imprudente en el llamado hecho de conexión¹⁷.

En el supuesto de los *delitos imprudentes*, se discute si el inicio de la prescripción del delito debe esperar hasta el momento de acaecimiento del resultado, o bien si puede anticiparse al momento de infracción de la norma de cuidado, es decir, al momento de realización de una acción u omisión negligente que puede haber acontecido mucho tiempo antes. Tal sería el caso, por ejemplo, de quien incurra en graves negligencias en la construcción de edificios provocando unas deficiencias constructivas que, sin embargo, no se manifiestan hasta muchos años más tarde ocasionando muerte o lesiones¹⁸. Por su parte, en el *caso de los partícipes* también puede suceder que el hecho principal del autor se ejecute mucho tiempo después de la conducta de favorecimiento (por ejemplo, se suministra por el partícipe al autor una información que permite acceder a unas cuentas bancarias pero esta no es utilizada de modo efectivo para cometer un fraude hasta muchos años más tarde)¹⁹. Obviamente, la tesis que más conviene a las defensas es la que sitúa el inicio del cómputo en el primer momento, ya que el segundo deja abierta la posibilidad de que el sujeto responda aunque pasen muchísimos años desde su actuación, mientras exista la posibilidad de que se produzca el resultado o el autor lleve a cabo el hecho principal.

¹⁷ Sobre esta afinidad ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *Memento práctico*, n.º marg. 1387-1389.

¹⁸ Algunos autores consideran que en estas infracciones el plazo de prescripción debe empezar a correr en el momento en que finaliza el comportamiento negligente, sin que tenga que esperarse a la fecha de producción del resultado. Entre ellos cabe citar a QUINTANAR DÍEZ, M., "Sobre el cómputo del plazo prescriptivo en los delitos imprudentes (Comentario a la Sentencia de 21 de abril de 1989 de la Sala II del Tribunal Supremo)", *CPC*, 58 (1996), pp. 260-278 y REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999, p. 136 ss. Sobre estas perspectivas cfr. GONZÁLEZ TAPIA, I., *La prescripción en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 151-152 y pp. 169-176. De lo contrario, sostienen algunos partidarios de esta perspectiva, ciertos profesionales estarán durante el resto de sus días en el punto de mira del Derecho penal como consecuencia de determinadas conductas realizadas mucho tiempo atrás.

¹⁹ Sobre la prescripción de los actos de participación cfr. MORILLAS GUEVA, L., *Acercando de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1980, pp. 68-69; y RAGUÉS I VALLÈS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 128-130, con las oportunas referencias académicas. Judicialmente cabe mencionar el AAP-Barcelona de 20 de diciembre de 2000 (ponente Iglesias Martín).

En ambos casos la doctrina y la jurisprudencia parecen haberse decantado por entender que el inicio del cómputo debe situarse, respectivamente, al acaecer el resultado²⁰ y consumarse el hecho del autor²¹. Básicamente porque la interpretación contraria conduce al absurdo que supone entender que puede haber empezado a correr el plazo de prescripción de una acción o una omisión todavía carentes de cualquier relevancia penal. Exactamente por el mismo motivo parece que idéntica tesis deberá sostenerse a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pues, como ya se ha dicho con anterioridad, los defectos organizativos (o los estados peligrosos) de estas últimas son irrelevantes penalmente hasta que no se concretan en la comisión de un delito por parte de una persona física. Cualquier otra interpretación resulta sencillamente inaplicable en la práctica.

Sentada la anterior premisa, cabe plantear otra duda derivada de la posibilidad de que el hecho propio de la persona jurídica se prolongue en el tiempo más allá del momento de comisión del "hecho de conexión" de la persona física, vinculando el déficit organizativo en el que se basa la responsabilidad de las entidades colectivas con la regla prevista para el inicio de la prescripción del delito permanente, es decir, de aquellas infracciones penales cuyo momento consumativo se prolonga a lo largo del tiempo. Mientras que para los partidarios del modelo de la transferencia, como ya se ha expuesto *supra*, no existe ninguna duda en que el inicio de la prescripción debe situarse en el momento de fin de la ejecución del delito de la persona física, la respuesta coherente para los partidarios de la responsabilidad por el hecho propio puede cambiar, especialmente para aquellos que, de forma más patente, ba-

20 En la doctrina española defienden que el momento a tener en cuenta es el de acaecimiento del resultado TAMARIT SUMALLA, J.M., "Desvalor de resultado y prescripción en el delito imprudente", en *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación. Año 1992*, vol. 1, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1993, p. 273; GIL PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 155; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., comentario a los arts. 130 a 135 CP en ID. (coord.), *Código penal de 1995*, Edersa, Granada, 1998, p. 910; y GÓMEZ PAVÓN, P., "La prescripción del delito en el Código Penal", en AAVV, *Estudios de Derecho penal y Criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, tomo I, p. 383. Este es asimismo el punto de vista del Tribunal Supremo en diversas resoluciones: en la STS de 29 de septiembre de 1999 (ponente Prego de Oliver y Tolivar), por ejemplo, se computa el plazo de prescripción de un delito de lesiones imprudentes a partir del momento de producción del resultado. El mismo criterio se sigue en la STS de 1 de junio de 1999 (ponente Jiménez Villarejo). En el Código Penal alemán, el § 78a establece que el plazo de prescripción siempre debe empezar a computarse en el momento en que acaezca el resultado en aquellos tipos penales que lo exijan. En RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción*, p. 120, se coincide en que el criterio del resultado necesariamente debe imperar, si bien proponer la aplicación de una atenuante analógica en los casos de transcurso de mucho tiempo entre hecho y consecuencia lesiva.

21 Esta es también la conclusión a la que llegan REY GONZÁLEZ, *La prescripción*, pp. 126-128; PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., comentario a los arts. 130.5 y 6, 131, 133 y 134 del Código Penal, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Madrid, 2000, p. 1136; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción*, p. 183; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción*, p. 180; y, con matices, GIL PASCUAL, *La prescripción*, pp. 164-165.

san la responsabilidad de las entidades colectivas en la constatación de un déficit sostenido en el tiempo.

Así, si dicha situación antijurídica (o peligrosa, según las concepciones), que ya se ha manifestado como tal en la comisión de un concreto hecho delictivo, se prolonga más allá del momento de comisión de tal hecho parece casi obligado para dichos planteamientos sostener que concurre un hecho antijurídico permanente cuyo plazo de prescripción no puede todavía empezar a correr al no haber finalizado. Una opinión de la que pueden discrepar, en todo caso, quienes defienden la responsabilidad por el hecho propio pero admiten que el déficit de la organización puede ser puntual siempre que, como establece el art. 31 *bis* CP, merezca ser calificado de incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control que vinculan a las entidades colectivas.

La consecuencia del planteamiento de la infracción permanente es que el inicio de la prescripción del delito de la persona jurídica puede situarse en un instante posterior al momento de arranque de la prescripción del delito de la persona física. Ciertamente, si quienes defienden la teoría del injusto permanente quieren evitar la anterior conclusión –aunque sólo sea por su complicada traslación procesal– pueden recurrir a interpretaciones diversas, como, por ejemplo, entender que la regla del art. 132.1 CP para el delito permanente sólo rige para el hecho de la persona física. Pero recurrir a tales vías de salida no parece posible sin caer en una cierta renuncia a los propios postulados: si realmente se defiende que el hecho de la persona jurídica tiene una antijuricidad propia y esta permanece en el tiempo, el plazo de prescripción aplicable necesariamente deberá ajustarse a dicha fundamentación propia y no deberá iniciarse su cómputo hasta que cese tal estado de cosas.

En conclusión: mientras el modelo de la transferencia conduce a que, necesariamente, la responsabilidad de la persona jurídica y de su agente empiecen a prescribir en el mismo momento (a saber: cuando finaliza el llamado “hecho de conexión”), una aplicación coherente del modelo de responsabilidad por el hecho propio lleva a entender que los instantes de inicio del cómputo de cada plazo no tienen por qué coincidir. Y, si bien antes de la comisión del delito de la persona física no puede empezar a prescribir todavía la responsabilidad de su principal, esta puede empezar a extinguirse en un momento más tardío si el déficit sigue prolongándose en el tiempo.

IV. LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

1. Criterios generales

De acuerdo con el art. 132.2 CP, “*la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito*”. Según este mismo precepto, “*se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito*”. De la traslación de estas previsiones legales al caso de las personas jurídicas se infiere la exigencia de que, para considerar interrumpido el plazo de prescripción aplicable a estas, deberá dictarse una resolución motivada en la que específicamente se atribuya a alguna de dichas entidades responsabilidad por el hecho delictivo de conexión de una persona física. En cuanto al término “participación” empleado en dicho precepto, en el caso de las personas jurídicas deberá entenderse referido a los requisitos que el art. 31 bis establece para atribuir responsabilidad a tales entes por hechos de determinadas personas físicas (actuación en nombre y/o por cuenta, en beneficio y/o en el ejercicio de actividades sociales).

Los supuestos problemáticos en este ámbito pueden plantearse en la práctica cuando un juez decida motivadamente atribuir indiciariamente a un sujeto responsabilidad penal por algún delito cometido en el desempeño de sus funciones para una persona jurídica pero sin que ésta sea expresamente mencionada en la parte dispositiva de la resolución que acuerde dicha imputación. De entrada, parece que en tal supuesto no debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción para la entidad colectiva al no poder sostenerse, en los términos expuestos, que el procedimiento se esté dirigiendo contra ella. Así, interpretando estos preceptos manifiesta la Fiscalía General del Estado en su Circular de 2011 que “*sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada*”²².

2. Interrupción de la prescripción en caso de organizaciones criminales

El mismo artículo 132 CP, en su apartado tercero, dispone que “*a los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar*

²² Coincide en esta interpretación ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 152; también GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. / JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010”, *DLL*, 7501 (2010), ap. III.5.

suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho". En lo que respecta a la traslación de este enunciado a las personas jurídicas cabe hacer referencia a diversas cuestiones problemáticas, para cuya resolución parece bastar con recurrir a interpretaciones sistemáticas, sin necesidad de acudir a las diversas concepciones ya descritas *supra* acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las entidades colectivas:

1. La primera cuestión tiene que ver con la duda de si la identificación directa y suficiente de la persona jurídica (entendida ésta como organización o grupo de personas) ya basta para que se interrumpa la prescripción respecto de todos aquellos concretos individuos que puedan haber delinquido en su marco organizativo. Este es el planteamiento que parece acoger la Fiscalía cuando en su Circular de 2011 señala que este enunciado "*parece permitir la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, a cuyo fin, los Sres. Fiscales cuidarán de facilitar el mayor número de datos posibles a tal efecto, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria*". Según este pasaje, en la resolución judicial será siempre necesaria una identificación directa de la persona jurídica que incluya, cuando menos, su denominación social. Y respecto de las físicas conviene señalar que su mera condición de directivos o empleados de una persona jurídica no debería bastar para aplicarles estos preceptos si no concurren en dicha entidad los requisitos que el propio Código Penal exige para constatar la presencia de una organización o un grupo criminal (art. 570 *bis* CP).

2. La segunda cuestión que conviene abordar se plantea en aquellos casos en los que la instrucción se dirige contra un *entramado organizativo creado con propósitos criminales del que forman parte tanto personas físicas como jurídicas*. ¿Basta con la identificación en la resolución judicial de dicha estructura para que quede interrumpida la prescripción para todos sus integrantes, con independencia de que su condición sea humana o meramente jurídica? La respuesta a semejante cuestión no es sencilla: como se ha expuesto, el art. 132 CP alude a "*datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho*", siendo así que, hoy por hoy, tanto la organización como el grupo criminal son figuras que, con estas mismas denominaciones, se hallan reguladas en el Código Penal, concretamente en los arts. 570 *bis* y siguientes.

En su actual redacción estos preceptos parecen partir de la base de que dichas estructuras pueden estar integradas exclusivamente por personas fi-

sicas, que son quienes deben coordinarse en el correspondiente reparto de tareas o funciones con el fin de cometer delitos. Dada la imposibilidad de extender tal pertenencia a las personas jurídicas deberá entenderse entonces que rige para ellas la exigencia de identificación directa, de tal manera que, si no aparecen expresamente mencionadas en la resolución judicial, no podrá entenderse que ésta se está dirigiendo contra ellas, ni, por consiguiente, que se haya interrumpido la prescripción. Ciertamente se trata de un poderoso argumento sistemático cuya consecuencia es la imposibilidad de aceptar "identificaciones indirectas" con efecto interruptor en el caso de las personas jurídicas. A dicho argumento sólo cabe oponer, a lo sumo, una interpretación que parece menos convincente, según la cual, únicamente a los concretos efectos de la prescripción, los grupos y organizaciones criminales pueden ser algo distinto de los respectivos delitos con esta misma denominación y abarcar también la concurrencia de personas jurídicas.

V. INTERRUPCIÓN EN CASO DE TRANSFORMACIONES SOCIETARIAS

El art. 130.2 del Código Penal dispone que *"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"*. ¿Qué consecuencias se extraen de la interpretación conjunta de esta regla y de los preceptos que regulan la prescripción? De entrada, pueden plantear algunos problemas aquellos casos en los que el procedimiento se dirige contra una concreta persona jurídica existente en el momento de comisión del delito pero que, en el momento de incoación del procedimiento, se haya fusionado o haya sido absorbida por otra entidad: ¿Puede considerarse, por ejemplo, que la interposición de una querrela contra la primera interrumpe la prescripción respecto de la segunda, esto es, respecto de la entidad resultante de la transformación?

Esta concreta previsión legal supone una remarcable excepción a la regla general —incuestionable en el caso de las personas físicas— según la cual la responsabilidad penal es siempre personal e intransferible a terceras personas. Así, con este precepto se admite para las personas jurídicas la posibilidad de trasladar de una entidad a otra dicha responsabilidad, lo que no obsta a que tanto la primera como la segunda entidad tengan realmente personalidad jurídica propia. Por tal motivo, respecto de la segunda no debería considerarse interrumpida la prescripción hasta que el procedimiento se dirija contra ella por medio de su identificación directa. O, en otras palabras, *la identificación en la resolución judicial únicamente de la entidad previa a la transformación no debería interrumpir la prescripción respecto de la persona jurídica*

resultante, pues ésta no habría sido identificada todavía en ninguna resolución judicial. Para quienes vinculan la exigencia de resolución judicial con el derecho de defensa de la persona investigada esta parece la única interpretación posible. Más dudosa, en cambio, parece la solución para quienes defienden que la exigencia de una resolución judicial para interrumpir la prescripción simplemente es una manera de expresar voluntad estatal de persecución: tal voluntad ya se habría expresado, ciertamente, en la primera resolución. Sin embargo, la redacción del precepto analizado parece que debe ser la primera si no se quiere incurrir en una posible analogía contraria a reo.

Ménos abierta a interpretaciones, por el contrario, parece la solución en los casos de las transformaciones fraudulentas, a las que es aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del ya citado art. 130.2 CP. Este precepto dispone que “no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica”, añadiendo que “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”. En estas situaciones el Código Penal parte de la base de que existe un mero cambio formal (y fraudulento) de denominación entre entidades, pero estas siguen siendo sustancialmente la misma entidad jurídica, por lo que cabe hablar de una única responsabilidad y no de la transmisión de esta entre entidades distintas, como sucedía en el primer caso²³.

Como ya se ha expuesto en el anterior apartado, el art. 132 CP exige que la resolución judicial interruptora contenga una “identificación directa” de la persona jurídica. Una exigencia que, en los casos de mera modificación formal de la denominación de una entidad que sustancialmente sigue siendo la misma, parece respetarse tanto si en el momento de la imputación judicial se emplea la denominación inicial previa a la disolución encubierta o aparente como si se alude a ella empleando el nombre posterior a dicha modificación meramente formal. Una interpretación que, por otra parte, parece mucho más acorde con la pretensión del ordenamiento jurídico de excluir cualquier efecto jurídico a los casos de fraude de ley. En todo caso, la existencia de esta interpretación aporta argumentos para entender a con-

²³ Acerca de este precepto cfr. DEL ROSAL BLASCO, B. / LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P. “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa: Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BEA y Bankia”, *DLL*, 9126 (2018), p. 4, quienes reconociendo que esta previsión está específicamente pensada para casos de elusión fraudulenta de la responsabilidad penal, entienden que este propósito debería presidir la interpretación global de todo el art. 130.2 para evitar incurrir, en un supuesto de mera responsabilidad objetiva. El problema de semejante interpretación, sin embargo, es que deja sin ningún sentido la distinción legislativa entre situaciones de fraude y transformaciones reales.

trario sensu que en los primeros casos analizados –transformaciones, fusiones etc. reales– sí debería extinguirse la responsabilidad criminal de no existir una nueva resolución judicial motivada que dirija específicamente el procedimiento contra la persona jurídica resultante.

VI. PRESCRIPCIÓN Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 CP

Además de regular los presupuestos y consecuencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su art. 31 *bis*, el Código Penal prevé en su art. 129 la imposición potestativa de consecuencias accesorias “*en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis*”. Dichas consecuencias pueden consistir, entre otras medidas, en suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro ciertas actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social e intervención judicial.

En el caso de estas consecuencias el Código Penal no prevé reglas específicas de prescripción, a diferencia de lo que sucede con las infracciones penales, las penas y las medidas de seguridad. Un silencio legal que puede plantear algunas dudas en cuanto a las condiciones temporales para aplicar –y, más concretamente, para lograr la efectiva ejecución– de estas consecuencias jurídicas. La solución a estas dudas que parece intuitivamente más sencilla pasa por entender que, siempre que sea posible temporalmente condenar a una persona física, podrán imponerse, si concurren sus presupuestos, las consecuencias accesorias del art. 129 CP. A tal efecto tales consecuencias carecerían de plazos diferenciados de prescripción, una tesis que vendría avalada por el hecho de que su ausencia de personalidad jurídica impide aplicarles la normativa procesal pensada para las personas jurídicas de acuerdo con el art. 119 LECrim, no existiendo una imputación específica a estos entes susceptible de interrumpir plazo de prescripción alguno. En tal medida el régimen aplicable sería muy parecido al de la responsabilidad civil subsidiaria (por ejemplo, del art. 120.4 CP), un ámbito en el que la posibilidad de sostener la reclamación civil contra una persona jurídica por el delito de sus “empleados o dependientes, representantes o gestores” se rige por el mismo plazo que el aplicable a la exigencia de responsabilidad penal.

La cuestión resulta más dudosa, sin embargo, cuando se trata de valorar la *afectación del paso del tiempo respecto de consecuencias accesorias ya impuestas*

en sentencia firme, concretamente en el caso de falta de ejecución dilatada en el tiempo. Tal sería el supuesto, por ejemplo, en que, ejecutada la pena respecto de la persona física, el órgano sentenciador dejara pasar muchos años sin proceder a la ejecución de la consecuencia accesoria impuesta a la entidad colectiva ¿Cuánto tiempo debe transcurrir en tales casos hasta que dicha consecuencia devenga inejecutable? Sostener la imprescriptibilidad como respuesta a semejante pregunta no parece en modo alguno la mejor opción, pues ello entra en contradicción con la lógica de un sistema en el que la imprescriptibilidad de las consecuencias jurídicas es algo excepcional y está limitada a infracciones de suma gravedad, es decir, situaciones que, en general, poco o nada tienen que ver con aquellas que permiten imponer las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Tampoco parece tener especial sentido vincular la posibilidad de ejecutar tales medidas a la prescripción de la pena de la persona física, entre otras razones porque no cabe descartar que, en una misma sentencia, se impongan varias penas a una misma o a distintas personas físicas, rigiéndose cada sanción por su respectivo plazo.

En tales circunstancias *parece tener sentido defender la aplicación analógica a tales consecuencias de lo previsto para prescripción de las medidas de seguridad* en el art. 135 CP, básicamente porque se trata de las consecuencias más afines a las previstas en el art. 129 CP, ya que ambas van asociadas a la pretensión legislativa de dar respuesta a situaciones de peligrosidad²⁴. Partiendo de este criterio, y en lo que respecta al plazo de prescripción, el art. 135 CP dispone que “*Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido*”. Dado que las consecuencias del art. 129 CP, por razones obvias, no son medidas privativas de libertad, deberá aplicarse a ellas el plazo de cinco años previsto para aquellas medidas de seguridad que “*tuvieran otro contenido*”. De tal modo que, según la interpretación que aquí se considera más acertada, pasados cinco años desde la firmeza de la sentencia en una situación de absoluta pasividad por parte del órgano judicial sentenciador respecto a la ejecución de tales consecuencias accesorias estas deberán considerarse prescritas y sus posibles efectos jurídicos extinguidos.

24 Así lo entiende también, por ejemplo, GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en ROMEO CASABONA / FLORES MENDOZA (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, 2012, p. 548, quien señala que todo indica que el legislador ha considerado estas figuras como “entidades carentes de capacidad para recibir reproche penal alguno, pero que pueden ser utilizadas como medios para cometer o facilitar la comisión de delitos, lo que las convierte en instrumentos peligrosos que han de ser neutralizados mediante la imposición de medidas exclusivamente inocuidadoras”.

UNIDAD 10

TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Competencias

- Identificas los criterios para la determinación judicial de la pena en la jurisprudencia.

PRIMERA LECTURA:

Basso, G. J. (2019). Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena. Basso, G. J. Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho (pp. 301-385). Madrid, España. Editorial Marcial Pons.

Se emprende en este trabajo la tarea de construir una teoría alternativa de determinación judicial de la pena con sustento en las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal. El énfasis se coloca en concebir la determinación judicial de la pena como una continuación de la determinación legislativa de la misma, en la que el juzgador efectúa esencialmente operaciones de subsunción punitiva.

GONZALO J. BASSO

**DETERMINACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA Y PROPORCIONALIDAD
CON EL HECHO**

Prólogo de
Manuel Cancio Meliá

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2019

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Gonzalo J. Basso

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-614-6

Depósito legal: M. 35.194-2019

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2019



CAPÍTULO IV

PROPORCIONALIDAD CARDINAL Y PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Se emprende aquí la tarea de construir una teoría alternativa de determinación judicial de la pena con sustento en las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal. El énfasis se coloca en concebir la determinación *judicial* de la pena como una continuación de la determinación *legislativa* de la misma, en la que el juzgador efectúa esencialmente operaciones de subsunción *punitiva* mediante actos de aplicación y de configuración de normas jurídicas. La propuesta supone una profundización de los enfoques orientados a la proporcionalidad con el hecho, en la que se enfatiza especialmente la relevancia de aspectos sistemáticos —que dotan de contenido a la categoría de proporcionalidad cardinal—. En función de ello, el modelo puede definirse como perteneciente al campo de las teorías sistémicas de la proporcionalidad con el hecho.

I. UNA PENA EXACTA DETERMINADA POR APROXIMACIÓN

Al examinar en la parte primera los diversos modelos de medición judicial de la pena quedó reflejado que el parecer mayoritario defiende como punto de partida la inexistencia conceptual de una única pena *exacta* que se corresponda con el delito. No obstante, los enfoques analizados hacían alusión, en última instancia, a la necesidad de imponer *una pena correcta*¹.

¹ Véanse KAUFMANN, *FS Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 425-426 [la discrepancia entre las distintas teorías de la pena y de su medición no consiste en la referencia a la necesidad de determinar la pena *justa* o *correcta* —aspecto sobre el cual existe un cierto consenso—, sino más bien versa sobre la interpretación de lo que debe entenderse por «corrección de la pena» («*Richtigkeit der Strafen*») o «justicia de la pena» («*Gerechtigkeit der Strafen*»)]; MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, pp. 90, 587 y conc.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 95 y conc.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, p. 7 (quien reconoce, no obstante, que «debería convenirse que es inevitable la admisión de márgenes de plausibilidad»); DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, p. 307 («no hay dos penas proporcionadas en relación a un único hecho, sino una sola, al menos teóricamente y con

Si se reconoce la naturaleza valorativa de las decisiones de *sentencing* y el carácter convencional de los puntos de punición que se consideren legítimos, debería poder hablarse de *pena exacta por aproximación*. El proceso de determinación judicial del castigo, en última instancia, conduce a la *configuración de una pena puntual*²; ello sin perjuicio de las limitaciones existentes y el carácter provisional de la pena final —que podría ser objeto de ulteriores modificaciones—³.

La expresión «pena exacta por aproximación» podría parecer un tanto contradictoria. No obstante, el castigo final que se impone presenta elementos que permiten justificar tal nomenclatura. En lo relacionado con la valoración de aspectos *cardinales* que inciden de forma *refleja* sobre la medida de castigo a aplicar, la pena no puede sino ser *aproximada*. En tanto se trate

independencia de la dificultad práctica de su averiguación»); FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, pp. 27, 53 y conc.; BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, pp. 50-51; FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 25 —aunque «ningún principio jurídico o de política pública (retributivo o no retributivo) pueda aplicarse de forma precisa en todos los casos, podemos y debemos, no obstante, aspirar a conseguir la mayor precisión que sea posible. Y aun cuando exista cierta imprecisión en el examen del merecimiento, siguen siendo necesarios reglas específicas y puntos de partida para ayudar a los encargados de tomar decisiones en casos individuales, de manera que puedan traducir principios generales en cuantías de pena a imponer y ejecutar. Lo que no puede dejar de reconocerse es que las penas que se imponen a los ofensores terminan siendo casi siempre mensurables en términos *cuantitativos* específicos» (con cursiva en el original)—, y DE LA MATA BARRANCO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 225, entre otros.

² La orientación hacia sistemas tasados de castigos en el ámbito administrativo sancionador —así, p. ej., en materia de infracciones vinculadas con el tráfico rodado— no resulta problemática, en tanto se concibe que los factores del caso concreto vinculados con la persona del infractor no resultan relevantes, debiéndose fijar la sanción de conformidad con la *gravedad de la infracción*. Ello supone que al infractor se le castiga en función del rol que desempeña en determinadas situaciones —p. ej., como conductor de un vehículo—. Sobre la implementación de un proceder estandarizado en el ámbito jurídico-penal, véanse JAKOBS, en GREIVE (hrsg.), *Mehr Transparenz*, 1991, pp. 41 y ss.; VON HIRSCH, *Censurar*, 1998 (1993), p. 125; ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, pp. 227, 229 y conc. —en donde alude a una tendencia generalizada a la tasación de penas innegable incluso en el campo de delitos graves—, y ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 234 —«En la elaboración de una decisión de determinación de la pena, el concepto administrativo de tasas evidentemente ha sido implementado»—, entre otros.

³ La propia valoración de la gravedad de conductas según lo previsto por el legislador puede sufrir modificaciones que requieran *actualizar* dentro del propio marco la ubicación que corresponda asignar a un determinado hecho; ello debería producir una suerte de desplazamiento de la posición de cada hecho encuadrable dentro del propio marco (véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 597). Sobre el carácter contingente de las determinaciones valorativas, véanse MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, p. 26; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 579-580, 597 y conc., y ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, *PG²*, 2006, p. 742, entre otros. Se ha resaltado que delito, pena y la relación de equivalencia entre ambos constituyen convenciones en PAGLIARO, *RIDPP*, 1981, p. 33 —para quien, en última instancia, dichas convenciones se configuran a partir de la *praxis* jurisprudencial—; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, pp. 397-398 —«[el] hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y gravedad del otro» (con cursiva en el original)—, y CHIESA APONTE, *New Crim. L. Review*, 1 (2007), pp. 106, 109-110 y conc. (se alude a la conexión conceptual entre delito y castigo).

de las operaciones *ordinales* de subsunción del hecho dentro de los puntos (discontinuos) de punición que se consideren jurídicamente admisibles e intersubjetivamente controlables, la pena aproximada se concreta y deviene pena *exacta*⁴. La pena final ostenta un carácter eminentemente valorativo y depende de juicios normativos de atribución⁵.

II. LA PROPORCIONALIDAD CARDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO

1. El concepto de proporcionalidad cardinal y su capacidad de rendimiento

La categoría *proporcionalidad cardinal* se vincula con el nivel de severidad de castigos del sistema penal. Tal categoría —también designada como proporcionalidad absoluta, originada en el ámbito angloamericano y de creciente acogida en la doctrina continental— se vinculaba inicialmente con la fijación de los puntos de anclaje mínimo y máximo de la escala *general* de penas y, en un segundo momento, con la determinación de la penalidad *concreta* —mínima y máxima— aplicable a cada hecho delictivo dentro de dicha escala de penas⁶.

⁴ Véanse ROXIN, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 19 («con ayuda de las reglas de la individualización de la pena [...] y de una doctrina científicamente refinada [...], es posible, con todo, lograr magnitudes de pena en algunas medidas mensurables» —sin cursiva en el original—); KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 577 y ss. (para quien la pena final, en razón de las múltiples e infinitas particularidades de las determinaciones valorativas, solo puede ostentar una corrección objetiva aproximada; a su juicio, la decisión concreta sobre la medida de pena de conformidad con una fundamentación sistémica «permanece finalmente siempre como un acto de valoración del que decide, en particular del juzgador») —p. 584— [desde la perspectiva concreta del juez llamado a decidir la pena en un proceso específico, se debe imponer una pena puntual exacta («*Punktstrafen*»), pero desde una perspectiva externa se justifica el postulado de que no existe una única pena exacta, según lo defendido por la teoría del margen de libertad —véase *ibid.*, pp. 585, 598, 600 y conc.—]; LORENZO MARTÍN, *ADPCP*, L (1997), p. 542 (con referencia al planteamiento de von Hirsch y Hörnle, señala que «la distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal explica “por qué no se puede hablar de una única pena proporcional”, en tanto ello resulta dependiente de cómo se haya anclado la escala de penas y de los castigos previstos para otros delitos»); FRISCH, *FS Kaiser*, 1998, pp. 781-782 (quien señala que la aspiración —dentro de la construcción de un sistema comparativo de gravedad de los delitos entre sí— debe ser la realización de una valoración *aproximada* que sí resulta posible, a diferencia de lo que sucede en el campo de programas orientados hacia fines preventivo-especiales); SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, p. 10 («La aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría la obtención de un esquema de análisis de los casos. Este, a su vez, haría posible la ordenación de dichos casos según valores (idealmente) numéricos [...]. Naturalmente, no hay que contar aquí con valores exactos, sino sencillamente aproximados. [...] la traducción cuantitativa de las valoraciones-ordenaciones [...] en medidas concretas de pena solo podrá llevarse a cabo en términos *aproximados*» —sin cursiva en el original—), y NEUMANN, en LASCURAIN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 464, entre otros.

⁵ ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 55 y conc.

⁶ Sobre el concepto de proporcionalidad cardinal o absoluta, véanse VON HIRSCH, *Doing justice*, 1976, pp. 135-136; *id.*, *Past or future crimes*, 1985, pp. 43-46, 92 y ss. y conc.; MANNOZZI,

En un sistema que ya contemple una escala *general* de penas con un punto máximo y un punto mínimo de punición, es posible efectuar una ordenación de los delitos a partir de la penalidad que se asigne individualmente a cada uno en función de su gravedad. La fijación de límites máximos y mínimos de castigo dentro de la escala general y los marcos penales específicos previstos para cada delito dentro de dicha escala permitirían tener una *primera imagen* del nivel de severidad del sistema penal del que se trate; ello es lo que tradicionalmente se ha considerado como contenido de la categoría *proporcionalidad cardinal*.

La proporcionalidad cardinal entendida en la forma recién esbozada ha tenido, sin embargo, escasa relevancia práctica en la determinación judicial de la pena y ha sido más bien desatendida—incluso por sus propios partidarios—. En razón de la conexión de la noción de proporcionalidad cardinal con el nivel *general* de severidad del sistema penal, se ha considerado que se trataba de un ámbito *externo* al juzgador, en el cual este no ostentaría mayores atribuciones valorativas sino que actuaría en el marco que le impone el propio sistema.

Ello ha motivado que se asigne prevalencia a lo *ordinal* en detrimento de lo *cardinal* en las teorías de la proporcionalidad estricta. Consecuentemente, se ha concebido la actividad del juzgador como orientada a la aplicación de penas diversas dentro de la escala general de sanciones y dentro del marco abstracto previsto para cada delito. El juzgador podría incidir en valoraciones de proporcionalidad ordinal a través de la ordenación de delitos y penas según su relativa gravedad, pero respetando las exigencias de proporcionalidad cardinal frente a las que nada podría objetar. Su papel se restringiría fundamentalmente a la realización de juicios de comparación entre la gravedad *relativa* de diversos hechos y la penalidad aplicable a los mismos, dentro de los límites legales de punición⁸.

La desatención de la categoría de la proporcionalidad cardinal puede resultar entendible si se tiene en cuenta el contexto de surgimiento de la dis-

Commisurazione, 1996, pp. 200 (nota 4) y 203 y ss.; LORENZO MARTÍN, *ADPCP*, L (1997), p. 542; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998 (1993), pp. 43-47, 71 y ss. y conc.; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, p. 138; VON HIRSCH, en *id.*/ASHWORTH/ROBERTS, *Principled sentencing*³, 2009, pp. 120-121; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, p. 84; BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.)/RUIZ ARIAS (coord.), *Terrorismo en la actualidad*, 2017, pp. 244-245, y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 59-60.

⁷ Véanse MORRIS, *Madness*, 1982, p. 198 (desde un enfoque de proporcionalidad *negativa*); VON HIRSCH, *Past or future crimes*, 1985, pp. 92 y ss.; *id.*/JAREBORG, *Strafmaß*, 1991, pp. 25-26; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 40-41; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998 (1993), pp. 71 y ss., 146-147 y conc.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21-22, 155—nota 202—, 361 y conc.; ROBINSON, *Distributive principles*, 2008, p. 141; ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 232; BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.)/RUIZ ARIAS (coord.), *Terrorismo en la actualidad*, 2017, p. 245, y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 56, 62 y conc.

⁸ En tal cometido, el juzgador estaría facultado para *determinar* la concreta configuración de un subtipo penal concurrente y asociar a la misma una específica magnitud punitiva de entre las numerosas posibilidades que le proporcionaría el marco penal típico conminado en abstracto.

tinción entre aspectos de proporcionalidad cardinal y ordinal. Tal dicotomía conceptual surgió como alternativa a los sistemas de penas indeterminadas que rigieron en las diversas jurisdicciones norteamericanas y en los demás sistemas jurídicos pertenecientes al *common law*. Dichos sistemas —sustentados en la ideología del tratamiento y en la pena indeterminada— se caracterizaron prácticamente por la inexistencia de normas que permitiesen construir un sistema ordenado de delitos y penas en función de su gravedad comparativa.

Sin embargo, la citada desatención resulta llamativa en tanto se constatan importantes avances en la consolidación del principio de legalidad de los delitos y de las penas y en la construcción de sistemas de escalas penales diferenciadas en los que a cada hecho delictivo se asocian cuantías de punición diversas, de conformidad con su lesividad social. Tales avances se han producido especialmente en el ámbito norteamericano a partir del desarrollo e implementación en numerosas jurisdicciones de sistemas de *sentencing guidelines*. Ello ha conducido a cierta aproximación de los sistemas norteamericanos de *sentencing* con los sistemas continentales de determinación legal relativa de la pena —en donde el propio legislador predetermina los *marcos* penales abstractos diferenciados para cada delito y para cada clase de pena, normalmente con indicación de cuantías de punición mínimas y máximas—.

En el contexto actual, que se caracteriza por una mayor consolidación del principio de legalidad de los delitos y de las penas y por el abandono de sistemas de penas indeterminadas, resulta menester proceder al replanteamiento del potencial de rendimiento práctico del concepto de proporcionalidad cardinal en la atribución judicial del castigo⁹. Tal replanteamiento debe efectuarse tomando especialmente en consideración las exigencias y los condicionamientos de punición que revisten carácter sistemático y que surgen de consideraciones más bien ajenas al concreto delito sometido a juzgamiento¹⁰. Dichas exigencias y condicionamientos proceden del campo dogmático, procesal y constitucional; además, las mismas también pueden derivarse de consideraciones procedentes del Derecho penal internacional y de las teorías de la pena.

Se exponen a continuación diversos tipos de consideraciones sistémicas que permitirían dotar de capacidad de rendimiento la categoría de propor-

⁹ También en sistemas muy apegados al principio de legalidad se ha apuntado la escasa capacidad de reacción de la dogmática para controlar la politización extrema del sistema penal [véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *RGLJ*, 219 (1965), p. 764].

¹⁰ La subordinación de lo particular/individual/concreto respecto a lo sistémico/general/abstracto se resalta especialmente en KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 583-584 y conc. Ello parece desprenderse también de lo señalado por Rodríguez Mourullo, en función de la discrepancia entre pena fijada y pena realmente cumplida: «Poco importa que los tribunales analicen minuciosamente las circunstancias del hecho enjuiciado y se preocupen de calibrar hasta en días la extensión de la pena que van a imponer, si no están en condiciones de saber ni predecir cuánto va a durar luego el cumplimiento de la pena impuesta» [RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 573].

cionalidad cardinal. Un entendimiento de dicha categoría como el que aquí se propone conduce a que *el nivel de severidad general de castigos del sistema penal se deba interpretar de forma restrictiva* por parte del juzgador cuando realice las tareas que le competen en la determinación de la pena. Dicha concepción se corresponde con la adhesión a un concepto de injusto culpable que legitima la valoración de aspectos sistémicos en la actividad de *aplicación y configuración* del Derecho conducente al anclaje judicial de la pena individual en la escala abstracta¹¹. Las consideraciones sistémicas juegan, por tanto, únicamente de forma *asimétrica* —en una única dirección—: conducen a interpretar restrictivamente —y no extensivamente— lo que debe entenderse por nivel de severidad general de castigos del sistema¹².

2. La proporcionalidad cardinal y el deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma jurídico-penal

La proporcionalidad cardinal debe erigirse en una categoría con importantes implicaciones en la práctica del castigo y constituye el cauce a través del cual efectuar la valoración de aspectos sistemáticos por parte del juzgador. En última instancia, lo sistemático debe fundamentar una interpretación restrictiva de la interpretación de los elementos del tipo y de la escala aplicable en el proceso de determinación judicial del castigo en supuestos de unidad delictiva¹³. Los aspectos sistemáticos que categorialmente se insertan

¹¹ Señala Frase que los aspectos *sistémicos* deben ser abiertamente examinados y objeto de decisiones en un ámbito *previo* a cada proceso penal individual, debiendo ser adoptadas dichas decisiones por órganos con competencias para la elaboración de normas jurídicas *generales* —legislaturas o *sentencing commissions*— para garantizar así un tratamiento uniforme de casos (véase FRASE, *Just Sentencing*, 2013, p. 16). Ante las dificultades de concreción del programa propuesto por dicho autor en el contexto político-criminal de las últimas décadas —caracterizado por la expansión cualitativa y cuantitativa del Derecho penal—, se aboga aquí por un examen de dichas cuestiones efectuado por cada juzgador de instancia y se aspira a que la uniformidad del tratamiento de dichas cuestiones se consiga mediante una mayor revisabilidad de las decisiones judiciales a través de los oportunos controles en sede de legalidad ordinaria y constitucional. En última instancia, lo que se persigue es que las restricciones teleológicas en la aplicación y configuración judicial del Derecho penal incentiven una elaboración más racional de las normas por parte del legislador.

¹² La asimetría y unidireccionalidad de las exigencias de proporcionalidad cardinal —que obligan a proceder restrictivamente en materia de imposición de castigos—, junto con la naturaleza dual de la función jurisdiccional —concebida como aplicación y configuración (*marginal*) del Derecho— fundamentan la legitimidad de la atribución judicial excepcional de no ingresar en el marco penal frente a hechos materialmente atípicos —aunque formalmente subsumibles en un tipo— y, al mismo tiempo, justifican la proscripción de cualquier posibilidad de que los juzgadores «subsanen» lagunas de punición —atribuir a estos últimos la posibilidad de *desempeñar* labores legislativas de elaboración de mandatos de incriminación contravendría abiertamente el principio de legalidad y conduciría a una inaceptable *ampliación* del campo de lo típico y de lo punible—.

¹³ La existencia de tal deber de interpretación restrictiva —por razones sistemáticas— debe ser objeto de ulterior complementación mediante la elaboración de distinciones conceptuales que prevengan frente a un proceder interpretativo arbitrario aun cuando restrictivo. Peñaranda Ramos alerta sobre tal situación, destacando que se genera una situación de arbitrariedad frente a

dentro del concepto de proporcionalidad cardinal se encuentran desvinculados tanto del concreto hecho individual objeto de enjuiciamiento como del sujeto responsable de la comisión del mismo y proceden del campo dogmático, procesal, constitucional, del Derecho penal internacional y de las teorías de la pena. Dichos aspectos deben *reflejarse* en la manera en que se interpretan por parte del juzgador los alcances de la norma primaria de conducta y de la norma secundaria de sanción.

Lo sistemático debe tener repercusión en el acto mismo de conversión de la gravedad *relativa* del injusto culpable *individual* en una cuantía específica de pena. Aquí se propone examinar dicha repercusión a partir de la deconstrucción del proceso de determinación de la pena en juicios de subsunción *punitiva* conducentes al anclaje judicial de la pena individual en la escala legal. Tales juicios constituyen los estadios del razonamiento judicial que permiten la delimitación concreta de los presupuestos mínimos exigidos por la norma primaria de conducta (contenidos en el tipo) y la norma secundaria de sanción (contenidos en la escala penal aplicable) para *ingresar y recorrer* la escala penal abstracta¹⁴.

la existencia de una «variabilidad de los criterios restrictivos propuestos [...] al no ser fácilmente reconducibles ni a una idea o principio rector general» (PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, p. 11, en donde el autor también señala las tensiones entre lo interpretativo y las definiciones legales, a la vez que añade expresamente que «determinados supuestos se resisten *sistemáticamente* a ser incluidos entre las formas más graves de los delitos contra la vida» —sin cursiva en el original—). Los parámetros sistemáticos deben conducir a que la relevancia estricta de las valoraciones de los marcos abstractos se ponderen de forma adecuada de conformidad con el contexto general en que se produce el hecho, de manera que este puede insertarse dentro del marco a aplicar en su ubicación adecuada [véase esp. FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, pp. 36-37 —«El pensamiento de las escalas de gravedad es completamente legítimo desde un punto de vista material, siempre que se elijan correctamente los puntos de referencia. Solo si se toman como referencia los particulares marcos penales, con sus límites máximo y mínimo, la ulterior realización del pensamiento de las escalas de gravedad producirá quiebras. Si, por el contrario, se contempla el contexto general, será posible una ubicación adecuada al caso concreto a enjuiciar. Desde un punto de vista de metodología jurídica se trataría así de la preeminencia de la consideración sistemática y teleológica frente a la limitada perspectiva de la norma particular»—].

¹⁴ Tanto el nivel general de severidad del sistema como el acto de expresión numérica de la gravedad relativa del injusto culpable constituyen aspectos desatendidos en el ámbito de la determinación judicial de la pena, incluso dentro de las propias teorías de la proporcionalidad estricta, en donde se alude a lo primero como proporcionalidad cardinal y a lo segundo como pieza nuclear de la teoría —junto con el desarrollo de criterios o factores reales de cuantificación vinculados con la noción de proporcionalidad ordinal— (al respecto, señalando la falta de profundización respecto al referido acto de expresión de la gravedad del injusto culpable en una magnitud exacta de pena, que constituye la problemática usualmente designada como *punto de ingreso* en el marco penal, véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 22, 361 y ss. y conc. —la autora dedica la sexta y última parte de su obra a dicha cuestión, en donde formula algunas «propuestas concretas para la conversión de la valoración del injusto en una medida numérica de pena»—). Albrecht señala que los profundos debates sobre los factores y las circunstancias a tomar en consideración en la determinación judicial de la pena, sorprendentemente, se han desarrollado de forma «completamente desvinculada de las escalas de penas y de los marcos penales» [ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 232]. La desatención de la categoría de la proporcionalidad cardinal puede deberse a que ella se vincularía más bien con cuestiones políticas ajenas al campo de lo estrictamente jurídico

El nivel de severidad de los sistemas penales no debe determinarse únicamente atendiendo a los castigos que se conminen en abstracto por parte del legislador, sino que debe surgir de un examen de mayor complejidad. Diversas consideraciones sistemáticas modulan la severidad de los sistemas *legislativos* de penas. Entre ellas, cabe mencionar: *a) consideraciones dogmáticas* —vinculadas con la mera existencia de reglas concursales que fijan límites cuantitativos de punición en supuestos concursales—; *b) consideraciones procesales* —asociadas a la deferencia de los tribunales de control hacia lo decidido inicialmente por los tribunales de instancia y la desigual y selectiva aplicación del sistema en las diversas fases de determinación de la pena—; *c) consideraciones constitucionales* —relacionadas con la adopción de principios penales limitadores del castigo estatal en las leyes fundamentales de los Estados—; *d) consideraciones procedentes del Derecho penal internacional* —vinculadas con la tendencia hacia la moderación de castigos aplicables en el ámbito internacional—, y *e) consideraciones procedentes de las teorías de la pena* —que pueden sintetizarse en los escasos avances en la contrastación empírica de los efectos que se pretenden conseguir con la imposición de la pena y en el énfasis que se constata en el logro de efectos a largo plazo—.

Dichas consideraciones sistemáticas deben influir de forma refleja y asimétrica en la manera en que se distribuye ordinalmente el castigo. El respeto de la consistencia valorativa que debe guiar la imposición de penas —que supone atribuir un tratamiento más severo a hechos más graves y más benigno a hechos más leves, tal como exige la noción de proporcionalidad ordinal o relativa— debe traducirse en la valoración del concreto injusto culpable individual satisfaciendo las exigencias de proporcionalidad cardinal que proceden de las consideraciones sistémicas recién esbozadas. Con ello, se contribuye conceptualmente a la maximización de la evitación de inconsistencias valorativas dentro del sistema. *Las exigencias sistemáticas de proporcionalidad cardinal impondrían una interpretación restrictiva de las normas jurídico-penales, tanto en el ámbito de las normas primarias de conducta como en el de las normas secundarias de sanción*¹⁵.

y de la dogmática [al respecto, si bien desde enfoques conceptuales divergentes, véanse JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 40-41, esp. p. 41 —«Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores»—, y VON HIRSCH, *Censurar*, 1998 (1993), pp. 146-147 —«Cuando se intenta establecer el vínculo entre una teoría penológica y la severidad penal se necesita un cierto realismo. Una teoría penológica no puede [...] evitar que las aguas desborden. Si las presiones de "ley y orden" son muy intensas en un Estado, aumentará la severidad penal, sin que ninguna teoría pueda evitarlo»—].

¹⁵ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, 3 (1980), p. 131: «[N]o hay que olvidar, a la hora de dar una solución práctica al tema de la medición de la pena, que se incide sobre un aparato judicial-institucional determinado (Estado-sancionador) y muy condicionado, que se sigue utilizando un procedimiento penal ampliamente inadecuado, que se sigue contando con instrumentos sancionatorios

Tal interpretación restrictiva debe conducir a incrementar las exigencias respecto a los umbrales de lesividad de lo que se considere *materialmente típico*. De forma correlativa, ello debe llevar a restringir las posibilidades del juzgador de *ingresar y recorrer* el marco abstracto asociado al respectivo delito. En ello consiste justamente el *efecto reflejo y asimétrico* procedente de consideraciones sistemáticas de proporcionalidad *cardinal*, las cuales deben influir en la configuración de un sistema comparativo de delitos y penas —elaborado de forma *prevalente* por el legislador para supuestos de unidad delictiva mediante la previsión de marcos abstractos y atendiendo a exigencias de proporcionalidad *ordinal*—.

Un tratamiento en profundidad de las consideraciones sistemáticas recién apuntadas no resulta posible, en tanto se está ante problemáticas complejas y sumamente diversas que exceden el campo de análisis de esta investigación. No obstante, a fin de enfatizar y aclarar la incidencia de lo sistemático en la determinación judicial de la pena individual, resulta de utilidad efectuar algunas reflexiones adicionales respecto a las consideraciones sistemáticas antes esbozadas.

a) *Consideraciones de tipo dogmático*

En los sistemas más desarrollados desde la perspectiva del principio de legalidad de las penas se constata la existencia de escalas abstractas de punición para cada tipo. En función de lo prescripto en ellas, se puede derivar la gravedad relativa de cada delito dentro del sistema¹⁶. Dichas escalas suelen concebirse, de conformidad con el planteamiento originado en Dreher, como *escalas de gravedad continua* en las que las diversas configuraciones fácticas de cada tipo se castigan mediante la identificación en sede *judicial* de magnitudes punitivas diferenciadas, correspondiendo la pena abstracta mínima al supuesto típico que revista la menor gravedad posible, la pena aritmética media al caso que ostente gravedad media, y la pena abstracta máxima a la configuración fáctica que presente la mayor gravedad imaginable¹⁷.

que se definen por la irracionalidad de su ejecución y, finalmente, que en el fondo de todo existe una institución como la de la "cárcel" cuya saludable crisis no puede ser más absoluta, más conocida y menos reconocida. Por eso, entre otras razones, resulta insuficiente la simple recuperación de la "racionalidad" del Derecho sancionador. Es esta una solución intrasistemática, pero *la* solución, sin embargo, se intuye fuera del propio sistema penal» (con cursiva en el original).

¹⁶ Se enfatiza la importancia de lo sistemático, que suministra una justificación de las rebajas punitivas contempladas en los sistemas jurídicos para el castigo de supuestos de concursos de delitos —a partir del principio de parsimonia y resaltando la primacía de la proporcionalidad cardinal— en JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, pp. 138-140 (donde se indica también el escaso tratamiento teórico en el campo del *sentencing* de las problemáticas que presentan las rebajas punitivas en supuestos de concursos de delitos —*ibid.*, véase p. 129—).

¹⁷ Sobre ello, véase *supra* Primera Parte, Capítulo II, apartado III.

Tal concepción de los marcos penales abstractos de cada delito se sustenta en una visión excesivamente individualista, en tanto tiene en miras fundamentalmente la valoración del injusto culpable en supuestos de unidad delictiva. Dicho proceder relativiza por completo la relevancia de la existencia consolidada de reglas concursales en los sistemas occidentales del ámbito del *civil law*, las cuales persiguen —en términos generales— limitar la penalidad global aplicable en supuestos de comisión de una pluralidad de delitos¹⁸.

Las normas jurídicas relativas a concursos de delitos suministran un tratamiento punitivo más beneficioso para el condenado que el que le correspondería en caso de ser sancionado individual y separadamente por cada hecho —la pena global que se fije atendiendo a reglas concursales no puede exceder de la que resultaría de la suma aritmética de los castigos que correspondería imponer en caso de sancionarse los hechos de forma autónoma—¹⁹. La sola existencia de tal tipo de normas limitadoras del *ius puniendi* del Estado debe constituir un parámetro sistemático relevante no solo en supuestos de múltiple comisión de delitos, sino también en casos de unidad delictiva²⁰.

En los apartados que siguen, se efectúan referencias sucintas respecto a supuestos de concurso ideal y la aplicación de segmentos superiores del marco penal i), supuestos de concurso real y limitaciones jurídicas a la acumulación material de penas individuales ii) y otros supuestos iii).

¹⁸ Al respecto, defendiendo la existencia de límites de punición en supuestos de múltiple comisión de hechos delictivos en el ámbito norteamericano, véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 19.

¹⁹ Se trata de una limitación que se suele estipular expresamente para los supuestos de concurso real o material de delitos, pero que debe entenderse aplicable a las demás clases de concursos —en tanto estos dan cobertura a supuestos de menor gravedad—. En tal sentido, con referencia explícita a que la pena en el concurso medial e ideal no puede ser superior a la que resulte de la suma aritmética de todas las penas si cada hecho se castigara separada y autónomamente, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 3317, e *id.*, en LASCURAIN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, pp. 345-347.

²⁰ El valor de lo *cardinal* dentro de la sistematización *ordinal* —con específica referencia al ámbito concursal— es puesto de relieve por Mañalich Raffo: «Hay que advertir que lo distintivo de un régimen de acumulación jurídica se encuentra en que tal régimen representa, más allá de cuál sea su fisonomía precisa, la institucionalización de un *principio de unificación* de las reacciones punitivas aisladamente previstas para múltiples instancias de quebrantamiento imputable del Derecho susceptibles de juzgamiento conjunto. A este respecto, [...] la *ratio* subyacente a ese principio de unificación se deja explicar en el sentido de una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en consideración de una preocupación de proporcionalidad cardinal» [MAÑALICH, *Política Criminal*, 10 (2015), p. 511]. Que las limitaciones jurídicas en el establecimiento de la pena global final en casos de múltiple comisión de delitos constituyen un elemento de carácter *cardinal* que debe incidir en la determinación del castigo se infiere también de la apuesta de Molina Fernández por un principio general de punición *suficiente* en el campo de los concursos [véase MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 3257 y conc.].

i) *Los supuestos de concurso ideal y los segmentos superiores del marco penal abstracto asociado al injusto culpable individual*

Las reglas para supuestos de *concurso ideal de delitos*²¹ proporcionan una valiosa indicación respecto a la necesidad de introducir lo sistemático en la interpretación de las escalas penales como escalas de gravedad continua. Así, en el caso de sistemas que adoptan la *regla de absorción agravada*²², los segmentos superiores de punición de la escala se reservan para la fijación de la pena global a aplicar en supuestos de concurso ideal. En tales sistemas, *la máxima penalidad posible dentro del marco abstracto debería resultar aplicable fundamentalmente a supuestos de concurso ideal de delitos*, en donde se debe castigar un mayor contenido de injusto que en casos de unidad delictiva²³.

De lo contrario, se correría el riesgo de que el castigo de un único injusto culpable se vea equiparado en su tratamiento al que correspondería en supuestos de concurso ideal de delitos —equiparación penológica que podría generar inconsistencias valorativas al conducir a la aplicación de castigos de gravedad análoga en supuestos con contenido divergente de injusto, con afectación de las exigencias de proporcionalidad ordinal—. Para evitar inconsistencias valorativas, resultaría deseable, por tanto, *reservar* algunos segmentos del marco abstracto para hipótesis de unidad delictiva y otros para hipótesis de concurso ideal²⁴.

ii) *Los supuestos de concurso real y las limitaciones jurídicas a la acumulación material de penas individuales*

Las reglas del concurso real proporcionan también una directriz de relevancia sistemática para la valoración de la punición que corresponde apli-

²¹ El concurso ideal de delitos supone la realización de una conducta subsumible en diversos tipos que presentan elementos parcialmente coincidentes. A fin de castigar el contenido de injusto correspondiente a ambos tipos sin incurrir en una vulneración del principio de *ne bis in idem*, únicamente se aplica el tipo que tenga asociada la escala penal más grave. Sobre el concurso ideal, véanse, entre otros, JAKOBS, *AT*², 1991, 33/1; MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, pp. 674-676, y MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 3305-3309.

²² En los sistemas que adoptan tal regla, la pena global aplicable se ubicará dentro del marco asociado al delito que se considere más grave y no puede superar en ningún caso la sumatoria de las penas que individualmente se impondrían a cada hecho si se castigasen por separado. En España se sigue tal orientación: de conformidad con el art. 77.2 del CP, en supuestos de concurso ideal de delitos se aplica el marco correspondiente a la infracción más grave *en su mitad superior* [véase, p. ej., MOLINA FERNÁNDEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, pp. 345-346].

²³ Véase esp. ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, pp. 300-301 (donde se puntualiza que el contenido de injusto debe ser especialmente meritulado en supuestos de concurso ideal de delitos).

²⁴ No cabe descartar de forma absoluta la aplicación de segmentos superiores del marco penal en supuestos de unidad delictiva. No obstante, la concurrencia de contenido de injusto perteneciente a diversos tipos en hipótesis de concurso ideal debería conducir a reservar *normalmente* la parte superior del marco respectivo para hipótesis de concurso ideal de delitos.

car en supuestos de unidad delictiva. En la regulación del concurso real el legislador establece limitaciones *jurídicas* a la posibilidad de acumulación *material* de penas en supuestos de comisión de múltiples hechos constitutivos de pluralidad de delitos²⁵. Las normas de concurso real conducen a aplicar una *pena global única* para todos los delitos objeto de condena, que no podrá exceder de ciertos límites —absolutos y/o relativos— que se fijan legislativamente, ni tampoco de la suma aritmética de las penas individualmente impuestas a cada delito si se procediese a su enjuiciamiento y castigo por separado²⁶.

La existencia misma de un mecanismo como el concurso real supone *restringir* la severidad de las penas temporales que correspondería aplicar de castigarse cada hecho delictivo por separado. Ello implica un trato más favorable al condenado²⁷, en tanto supone una reducción de pena. Tal tipo de contemplación —aplicable incluso en supuestos que representan situaciones de *máxima lesividad social*—²⁸ debe ser tenida en cuenta también para justificar una interpretación en clave sistemática de las escalas penales diferenciadas de cada delito.

En tal sentido, resultaría consistente proceder de tal manera que dichas consideraciones no tuviesen su campo de aplicación únicamente en casos de concurso real de delitos. El tratamiento *relativamente indulgente* que supone establecer límites de punición frente a supuestos de múltiple comisión de hechos delictivos debe tener algún tipo de efecto en la aplicación de las normas penales también en supuestos de unidad delictiva²⁹ —que en estos habitualmente concurra un menor contenido de injusto que en supuestos de concurso real de delitos no debería conducir a restringir el tratamiento *indulgente* únicamente a los últimos—³⁰.

²⁵ El fundamento de las limitaciones punitivas aplicables en supuestos de concurso real se situaría en razones de humanidad —«evitar penas inhumanamente largas»— y de proporcionalidad [véase MOLINA FERNÁNDEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, p. 343].

²⁶ En España se contemplan diversos límites a la pena global resultante en supuestos de concurso real: el límite *absoluto* consiste en que la pena no puede superar los veinte años —en situaciones normales— o los veinticinco, treinta o cuarenta años —en ciertas situaciones excepcionales—; el límite *relativo*, por su parte, supone que la pena no puede superar el triple de la pena individual más grave de entre aquellas impuestas (véase art. 76 del CP español). Sobre ello, véase MOLINA FERNÁNDEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, pp. 342-345.

²⁷ Véase ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 214.

²⁸ Piénsese, por ejemplo, las implicaciones que tuvo la existencia de limitaciones jurídicas a la acumulación de penas en los numerosos casos de terrorismo en España en los que, pese a dictarse condenas extensísimas a penas de prisión, la ejecución de la pena *global* resultante, en realidad, no podía exceder de treinta años o incluso menos si la persona condenada cumplía los requisitos para obtener los beneficios penitenciarios previstos por el CP español TR 1973.

²⁹ La necesidad de efectuar un tratamiento penal diverso de supuestos de unidad delictiva y concursales —para evitar inconsistencias valorativas— se puntualiza en BESIO HERNÁNDEZ, *Política criminal*, 10 (2015), p. 572 —con referencia expresa a que se trata de un argumento sistemático—.

³⁰ La contemplación que se pueda tener en supuestos de *máxima gravedad* debe repercutir en todos los niveles de punición que contemple el sistema: sea que se trate de casos de *gravedad*

Al igual que lo señalado respecto a la penalidad en supuestos de concurso *ideal*, se debe procurar que exista un *espacio de punición reservado* a casos de concurso real, en los que normalmente existe un mayor contenido global de injusto que en supuestos de unidad delictiva. Asimismo, la reducción punitiva que suponen los límites jurídicos del concurso real debe *reflejarse* en la forma en que se interpretan los marcos abstractos al momento de imponer penas en supuestos de unidad delictiva. A fin de evitar indebidas equiparaciones de punición entre supuestos de unidad delictiva y de concurso real, las posibilidades de recorrer discrecionalmente la escala abstracta deben interpretarse restrictivamente.

Tal proceder, además de resultar respetuoso con exigencias de proporcionalidad ordinal, permite también maximizar los posibles rendimientos preventivo-generales del castigo: aun cuando existan límites normativos de punición, se procurará extender al máximo posible la distancia entre la pena a ser impuesta y la pena máxima de posible cumplimiento. Con ello, cuando menos desde una perspectiva teórica, existirán en mayor medida razones prudenciales para que un sujeto informado y consciente de las consecuencias de sus actos actúe de conformidad con las pautas legalmente exigibles; ello si pretende evitar ver incrementada su pena por la comisión de múltiples hechos delictivos³¹.

máxima —en donde una posible desproporción puede aparecer como más visible— o de *gravedad media* o *mínima* —en donde quizá la desproporción entre delito y pena pueda resultar más difícil de percibir—. La diferente *vigencia efectiva* del principio de proporcionalidad —según se trate de examinar la legitimidad de castigos de máxima severidad o castigos intermedios/leves— se constata con claridad en la doctrina jurisprudencial de la USSC (sumamente restrictiva) para hacer lugar frente a planteamientos sobre la posible vulneración de la octava enmienda de la constitución norteamericana —que contiene la prohibición de tratos inhumanos o degradantes que impediría la aplicación de penas desproporcionadas—. Frase ha afirmado que existe mayor voluntad de tratar problemas constitucionales en el ámbito del *sentencing* por parte de la USSC en épocas recientes, aun cuando poca orientación pueda surgir de los precedentes constitucionales en la materia, en tanto la «USSC ha sostenido que la cláusula de la octava enmienda que prohíbe castigos crueles e inusuales casi nunca servirá para invalidar leyes de *three-strikes*, mínimos obligatorios de punición u otras cuantías severas de pena de prisión» (véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 3, 5 y conc.). Dubber y Hörnle han señalado que la USSC analiza con mayor detenimiento la posible vulneración de la octava enmienda en supuestos de condena a pena de muerte, que constituye una sanción autónoma —se indica, no obstante, que dicho tribunal suele imponer más bien obstáculos de tipo procesal y no tanto de tipo sustantivo a la legitimidad de la pena capital— (véase DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014, p. 58). Sobre la jurisprudencia de la USSC vinculada con el principio de proporcionalidad y la posible vulneración de la octava enmienda, véase esp. DRESSLER, *Criminal Law*⁶, 2012, pp. 52 y ss.

³¹ Se resalta la necesidad de reservar un *remanente de punición* (sanciones de respaldo o de refuerzo, «*back up sanctions*») que permita un ulterior endurecimiento de la situación del condenado en FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 30 —con ulteriores referencias—, 53 —vinculando dicha cuestión como justificación de la tendencia (en sistemas norteamericanos y extranjeros) al extendido uso de mecanismos de suspensión de ejecución de la sentencia— y conc. En Alemania se ha argumentado que un proceder restrictivo de los tribunales d: instancia mediante el cual se impongan penas *culpables* moderadas en los segmentos inferiores de punición del marco legislativo permitiría reservar el campo de valoración de lo *preventivo* instrumental (peligrosidad y necesi-

iii) Otros supuestos

En razón de las limitaciones de la investigación, no resulta posible profundizar exhaustivamente en cuestiones vinculadas con todos los mecanismos que suponen la concesión de un tratamiento punitivo más favorable al condenado en supuestos de múltiple comisión de delitos. Basta aquí, por tanto, con indicar que, además de lo ya puntualizado respecto al tratamiento *relativamente indulgente* en materia de concursos ideal y real, existen también otros instrumentos que pueden conducir a evitar la acumulación *material* de penas a través de un tratamiento *jurídico* unificado de los hechos³².

Lo que aquí interesa es, en última instancia, que existen diversos instrumentos mediante los que se *limita la pena global resultante* frente a supuestos de concurrencia de delitos y que de ello surge un tratamiento más favorable para el condenado que el que se derivaría de la suma aritmética de penas autónomas y calculadas estrictamente en función de las reglas de punición previstas para supuestos de unidad delictiva. La necesidad de reservar un ámbito de aplicación a tal tipo de instrumentos suministra razones prudentiales para abandonar la concepción del marco penal de cada delito como escala de gravedad continua y, correlativamente, defender que la determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva se oriente hacia la aplicación de castigos insertos en los segmentos inferiores (de menor severidad) del respectivo marco penal.

En síntesis, las reglas que estipulan un tratamiento penal más beneficioso en supuestos concursales suministran razones sistemáticas que deben incidir en la forma de determinar la pena en supuestos de unidad delictiva. Lo sistemático —perteneciente al campo de la proporcionalidad cardinal— debe tener alguna incidencia en la valoración del caso individual sometido a enjuiciamiento. Lo cardinal debe tener una posición en la ordenación relativa del sistema de delitos y de penas, es decir, debe disponer de un espacio propio dentro de las sistematizaciones efectuadas según criterios de estricta proporcionalidad ordinal.

dades de aseguramiento) para la apreciación respecto a la procedencia de la posterior imposición de una custodia de seguridad [véase ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 212-213, 235-236 y conc.; dicho argumento se examina con reticencia en MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 65 y ss.]. La defensa estricta de un modelo dualista de sanciones, en el que se contemplan penas (culpables) y medidas de seguridad (preventivas), también conduciría a que se deba reservar un campo de aplicación —por lo menos respecto a lo preventivo-instrumental— a estas últimas [véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 576, quien se refiere a las limitaciones que padece la pena, por su estructura y contenido y que obligan a incorporar en el sistema medidas de seguridad que cubran los déficits preventivos de la pena].

³² Tal como podría suceder en el caso del delito continuado. No obstante, tal instituto en ocasiones puede servir también para agravar el tratamiento punitivo del sujeto (al respecto, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, p. 73 —véanse esp. notas 30 y 31—).

b) Consideraciones de tipo procesal

Ciertos aspectos procesales también dotan de contenido a la categoría de la proporcionalidad cardinal³³. Se propone aquí tomar en consideración fundamentalmente dos aspectos: la deferencia de los tribunales de control hacia lo decidido por el legislador y el juzgador de instancia i) y la existencia de criterios no necesariamente coincidentes en las diversas fases del proceso penal ii).

i) La deferencia a las valoraciones del legislador y del juzgador de instancia como obstáculo a la revisión de la medición de la pena

En el campo de la medición de la pena se señala con frecuencia la existencia de requisitos normativos o de doctrinas jurisprudenciales que dificultan o limitan las posibilidades de obtener una revisión plena de la corrección de las decisiones cuantificadoras de pena —ya sea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o de la constitucional—³⁴. Tal constatación, que se vincula con la regulación normativa y con la mecánica de funcionamiento de los operadores jurídicos, debe incidir en la propia delimitación del campo de actuación que se adjudique a los tribunales al momento de fijar la pena

³³ Se alude a los condicionamientos procesales o a la relevancia de lo procesal en la determinación judicial de la pena, entre otros, en GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 171 y ss.; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *Sistema integral*, 2004, p. 107 («el Derecho procesal “redacta” por sí mismo una parte esencial de lo que es el Derecho penal sustantivo aplicado» —con cursiva en el original—), y MARINUCCI/DOLCINI, *PG*⁴, 2012, p. 585 (se indica que han surgido tipos de procesos en los que se asigna la tarea de medición de la pena a otro sujeto diverso al juzgador o en los que su actividad cuantificadora se vuelve residual —el juez conservaría «un limitado poder de control *ex post*»—).

³⁴ Sobre las restricciones al control de las decisiones de *sentencing* en Estados Unidos, véanse RISTROPH, *J. Crim. L. & Criminology*, 96 (2006), pp. 1348-1349; FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 3, 5-6 y conc. (se menciona lo difícil que resulta que la USSC corrija decisiones de tribunales inferiores por errores de carácter sustancial y que la jurisprudencia revela que es más factible conseguir enmendar tales decisiones a partir de la invocación de errores formales, en idéntico sentido, véanse DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014, p. 58), y CASTIÑEIRA/RAGUÉS, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 139-140, entre otros. Se ha afirmado —también con respecto al sistema de Estados Unidos— que los tribunales han concluido que «prácticamente no hay límites de proporcionalidad en la Constitución en el ámbito federal respecto a la duración que puede tener la pena de prisión para adultos y tan solo hay escasas restricciones a la misma en el ámbito estatal», para luego inmediatamente señalarse de forma crítica que «[l]a teoría de determinación judicial de la pena y la doctrina constitucional no deberían ser vistas de forma aislada una de la otra y la primera no debería ser tan laxa como para que los estándares constitucionales se vuelvan inoperantes» [FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 28; respecto al sistema norteamericano, se ha indicado que existe cierta reticencia de la USSC a proceder a la «constitucionalización» de los principios penales —véase CHIESA APONTE, *New Crim. L. Review*, 1 (2007), pp. 132-133—]. Con relación al sistema alemán, véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung* 1999, pp. 73-74 (se indica que el BGH solo en escasos supuestos concluye que se ha aplicado una pena incorrectamente por el tribunal de instancia).

—particularmente en lo referido a los puntos de castigo de posible utilización al *recorrer* la escala de penas prevista en abstracto—.

Existen dificultades especialmente acuciantes respecto a la posibilidad de controlar la corrección de las decisiones judiciales de cuantificación del castigo. Tales dificultades se vinculan con la complejidad del proceso decisorio y con la naturaleza jurídica que normalmente se atribuye al acto cuantificador. Aun cuando la concepción mayoritaria actual admite que se trata de un ámbito sujeto a revisión por parte de tribunales judiciales y constitucionales —se estaría ante un acto de discrecionalidad reglada—, persisten todavía obstáculos que impiden la revisión plena de las decisiones judiciales de determinación de la pena³⁵.

Diversas razones conducen a que, en la práctica, la posibilidad de revisión de las decisiones judiciales de *sentencing* sea restringida. Entre ellas, se han mencionado, por ejemplo, el entendimiento tradicional de que los tribunales de alzada ostentan potestades limitadas de control, la reticencia de los juzgadores de instancia a admitir intervenciones *externas* en el ámbito de sus competencias, la existencia de factores relevantes no explicitados (ocultos) en la práctica judicial de *sentencing*, y problemas concretos de capacidad de los tribunales de alzada³⁶.

Es menester recordar que los enfoques conceptuales de mayor empuje en la práctica jurisprudencial —*Spielraumtheorie* y *limiting retributivism*— tuvieron acogida expresa en los máximos tribunales judiciales alemán y norteamericano. En razón de los presupuestos de tales enfoques se puntualiza críticamente desde diversos sectores que se trata de teorías que difícilmente

³⁵ Sobre la naturaleza del acto cuantificador, véase *supra* Segunda Parte, Capítulo III, apartado II. Hörnle hace referencia a que el amplio nivel de control de las decisiones sobre el *si* de la pena contrastan con las restringidas posibilidades de revisión recursiva de las resoluciones sobre el *quantum* de pena; ello se vincula con el desarrollo jurisprudencial de una *teoría de control restringido* en el ámbito de la determinación de la pena (véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 17, 35-36 y conc.). Pese a que el planteamiento de la autora promueve una acertada crítica hacia las dificultades de control a las que conduce la adhesión al paradigma dominante de la teoría del margen de libertad, resulta llamativo que su teoría orientada a la proporcionalidad con el hecho no proponga un criterio cuantificador que permita efectivamente un mayor control por parte de los tribunales de alzada en el ámbito de la *Strafzumessung*. La propuesta de Hörnle contribuye a mantener un nivel de control insuficiente del acto de medición de la pena: en tanto no se promueva una aproximación entre los criterios cuantificadores de los órganos judiciales superiores y los tribunales de instancia —limitando el margen de maniobra de ambos—, el resultado práctico continuará siendo la imposibilidad de proceder al control pleno de las decisiones de determinación de la pena y la deferencia hacia lo dispuesto por los juzgadores de instancia.

³⁶ Véanse BRUNS, *Strafzumessungsrecht*², 1974, p. 16, y HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 35-36 (se enfatiza la incapacidad de los tribunales de alzada para controlar de forma detallada la corrección de las decisiones judiciales de los tribunales de instancia en materia de cuantificación de la pena si se abandona la función de control restringido de los tribunales de alzada —incapacidad derivada de la imposibilidad de absorber con los recursos materiales y personales disponibles la cantidad ampliada de casos que llegarían al BGH y a los OLG—).

permitan someter a control las decisiones de cuantificación del castigo, en tanto no contienen criterios de *elaboración* de decisiones judiciales de medición de la pena, sino que contemplan solo fórmulas amplias deferentes hacia el juzgador de instancia y que permiten controlar únicamente que no se apliquen castigos que —por resultar excesivamente severos o excesivamente indulgentes— transgredan los límites superiores e inferiores fijados por las imprecisas nociones de merecimiento, retribución o culpabilidad. Tal tipo de enfoques, como puede observarse, contribuyen al mantenimiento de la determinación judicial de la pena del juzgador de instancia como campo poco propicio a ulteriores controles.

Cabe hacer referencia también a algunos supuestos concretos en el sistema español en los que se presentan problemáticas que imposibilitan afirmar que exista una plena posibilidad de control *judicial* de la decisión punitiva adoptada por el juzgador de instancia. En primer lugar, la *deferencia* del tribunal de alzada respecto a lo decidido por el tribunal de instancia se manifiesta muy especialmente en la forma de proceder del propio Tribunal Supremo: el máximo tribunal español en numerosas ocasiones —al actuar como tribunal de casación— ha mantenido la pena impuesta por el tribunal de instancia, pero suministrando un fundamento jurídico diverso³⁷. Un segundo grupo de casos problemáticos se podría encontrar en supuestos de sucesión de leyes en los que entren en vigor modificaciones legislativas recaídas sobre marcos penales *abstractos* y que puedan beneficiar a sujetos que estén cumpliendo condenas dictadas en aplicación de los marcos penales reformados: en tal escenario, quien haya recibido una condena en aplicación de un marco abstracto más severo, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo español, no podrá beneficiarse de una modificación favorable del marco abstracto aplicado si la pena inicialmente fijada siguiese siendo de posible imposición en el nuevo marco penal³⁸.

³⁷ Véase DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 303, 308, 316 y conc. (respecto a la deferencia a lo decidido por los tribunales de instancia, indica el autor que cuando se procede a revisar judicialmente la pena impuesta en el sistema español, se actúa con muchísima cautela cuando se trata de declarar la vulneración del principio de proporcionalidad; normalmente los tribunales recurren en tales casos a la vía de petitionar el indulto o, más excepcionalmente, a solicitar la declaración de inconstitucionalidad). Silva Sánchez se manifiesta críticamente respecto a tal forma de proceder, en tanto supone una restricción de las posibilidades de ejercer el derecho de defensa, en tanto se suprime la posibilidad de recurrir la *nueva fundamentación* de la pena ante una instancia revisora de alzada [véase SILVA SÁNCHEZ, *La ley*, 4 (1998), p. 1452 —«Motivación no es “explicación” del fallo; es, por el contrario, argumentación de las razones del fallo que haga posible una contraargumentación en vía de recurso. La posibilidad de combatir la motivación realizada y, con ello, el fallo producido es un elemento esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. La motivación retrospectiva, subsanada *a posteriori*, vulnera radicalmente ese derecho y, por ello, a mi juicio, resulta inconstitucional, debiendo dar lugar al recurso de amparo—].

³⁸ Véase STS 538/2012, de 25 de junio (FJ 3.º). Véase también MARAVER GÓMEZ, en LASCUAÍN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, p. 192. Tal irretroactividad de una modificación favorable de la norma penal no resulta aceptable: la concepción de la escala como indicadora de valoraciones normativas a tomar en cuenta para la determinación de la gravedad del delito y de la pena debe

En el ámbito norteamericano las dificultades de controlar las decisiones de instancia por parte de tribunales de apelación se han pretendido solucionar en algunas jurisdicciones a partir de la elaboración de detallados mecanismos de fijación del castigo individual —*sentencing guidelines*— que arrojan márgenes relativamente estrechos de pena recomendada que normalmente son respetados por los juzgadores de instancia; con ello se limita la discrecionalidad del juzgador y se facilita la revisión, ya que, en caso de no respetarse dichos márgenes la decisión judicial de *sentencing* se vuelve automáticamente controlable en sede de apelación. Frase ha señalado que dichos sistemas de *sentencing guidelines* —que adjudican cierta discrecionalidad al juzgador, pero que le obligan a expresar las razones del desvío de la pena recomendada— fomentan un control «activo pero no excesivamente intrusivo» del tribunal de apelación³⁹. Tal tipo de control permitiría combinar la predeterminación relativa de la cuantía de punición aplicable junto con la revisabilidad plena de los casos que supongan desviación de dichas cuantías prefijadas —en razón de concurrir *circunstancias fácticas inusuales*—. Con ello, se lograría un importante equilibrio entre la seguridad jurídica, el papel de aplicador y configurador de normas del juzgador de instancia y la proporcionalidad que debe guiar el proceso de atribución judicial del castigo⁴⁰.

Además de las problemáticas que persisten en cuanto al control de la corrección de las decisiones punitivas del juzgador de instancia en el campo de la legalidad ordinaria, suelen existir también dificultades respecto a las posibilidades concretas de obtener la declaración de inconstitucionalidad

conducir a que cualquier modificación de la cuantía máxima incida en la ubicación dentro de la escala penal de todos los hechos delictivos [véase en dicha dirección ZIFFER, en BAIGÚN/ZAFFARONI, CP², 2007, p. 74 —«toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una alteración del parámetro utilizado y habrá de modificar, necesariamente, el monto de la pena»—; idéntica solución debería aplicarse en supuestos en que no se produzca una *modificación legislativa* del marco, sino una calificación jurídica diversa por parte de un tribunal de alzada —se deberá volver a analizar la inserción *ordinal* del hecho dentro de la nueva escala que corresponda aplicar, no siendo admisible mantener mecánicamente (por defecto) la misma pena inicialmente impuesta—; véase *ibid.*, p. 75].

³⁹ Véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 17 y 45-46 (se señala que las cuantías de pena predeterminadas únicamente podrían no ser aplicadas en caso de concurrencia de circunstancias inusuales, que serán controlables por vía de apelación —incluso procedería dicho control cuando el desvío respecto a la pena predeterminada no exceda del marco previsto por las directrices mismas—; se defiende allí un modelo en el que el estándar de revisión del tribunal de apelación sea lo suficientemente activo como para corregir errores y fomentar la creación de jurisprudencia uniforme, pero también lo suficientemente deferente como para adjudicar un margen mínimo de valoración al juzgador de instancia para que ajuste la pena a las circunstancias concurrentes en el caso concreto).

⁴⁰ Frase resalta acertadamente que los tribunales de revisión judicial deben tener como función, entre otras, la de corregir posibles errores en materia de aplicación de las normas de *sentencing* y afirma también la importancia de que a través de que se generen y desarrollen jurisprudencialmente —al estilo de lo sucedido en el *common law*— políticas en materia de severidad de las penas (*ibid.*, pp. 18, 45-46 y conc.).

de dichas decisiones en caso de que se infrinja la propia ley fundamental⁴¹. En el sistema español, el Tribunal Constitucional suele *proclamar* ambiciosas doctrinas —desarrollando principios constitucionales—; sin embargo, dichas doctrinas se desdibujan significativamente a raíz de su *tímida aplicación* por parte del propio Tribunal Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento⁴².

Así, en el sistema constitucional español, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de normas penales o de su aplicación judicial al caso concreto únicamente procede frente a supuestos en los que se considere que *de forma manifiesta* se produce una restricción indebida de derechos fundamentales a consecuencia de la imposición de la pena⁴³. En dicha línea, se debe destacar que la declaración de inconstitucionalidad requiere —según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español— que la falta de concurrencia de algunos de los presupuestos de proporcionalidad exigibles sea *evidente* o *manifiesta*. Únicamente se puede declarar la inconstitucionalidad cuando una norma o un acto de aplicación judicial de la misma suponga una desproporcionalidad cualificada: *un exceso en la respuesta punitiva que*

⁴¹ *Ibid.*, p. 28 [aun cuando el autor aboga por un mayor protagonismo de los valores constitucionales en la aplicación *judicial* del Derecho, reconoce que «los estándares constitucionales serán siempre menos estrictos (que los estándares infraconstitucionales)»].

⁴² A ello se suele hacer referencia como la adopción por parte del Tribunal Constitucional español de un papel institucional *deferente* hacia el órgano legislativo y hacia los órganos encargados de la aplicación del Derecho penal. Tal situación de contraste entre la *fuerza de la proclamación y desarrollo de principios*, por un lado, y la *deferencia hacia las valoraciones del legislador y de los órganos judiciales competentes en materia de interpretación de cuestiones referidas al ámbito de la legalidad ordinaria*, por otro, ha sido valorada positivamente en LASCURAÍN SÁNCHEZ, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Evaluación racional de leyes penales*, 2016, *passim*, esp. pp. 369, 377 y conc. Una situación similar se produce en la jurisdicción constitucional alemana: «El Tribunal [Constitucional alemán] muestra al legislador la tarjeta amarilla, pero no la roja» [véase NEUMANN, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Principio de proporcionalidad*, 2014, p. 457]. En la misma línea, Hassemer ha afirmado que «[d]e modo distinto a lo que sucede en el plano de la formulación abstracta, el principio de proporcionalidad funciona en la política, en la teoría y en la praxis de las diferentes intervenciones jurídico-penales de forma no tan razonable y fructífera» [HASSEMER, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Principio de proporcionalidad*, 2014, p. 280; el autor reconoce que al principio de proporcionalidad se le deben plantear exigencias prácticas con cautela, en tanto se trata de «un principio del que no puede derivarse algo concreto simplemente» y en tanto reviste un carácter más bien negativo (sirve más para desvirtuar por vía argumentativa que para deducir algo positivamente de él) —véase *ibid.*, pp. 281-282—]. En sentido crítico respecto al papel deferente del Tribunal Constitucional hacia el legislador, abogando por un mayor control de constitucionalidad de las normas penales a la luz del principio de proporcionalidad, véanse, por ejemplo, LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 61, 572 y ss. y conc., y CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 151 y ss.; sobre ello véase también SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 139, nota 1 (se señala que el Tribunal Constitucional «viene siendo, en general, bastante tolerante» en el campo del control del mandato de taxatividad por parte del legislador).

⁴³ En el ámbito de la medición de la pena, se ha declarado la inconstitucionalidad de un *acto de aplicación del Derecho* en la STC 136/1999, de 20 de julio —en razón de la *manifiesta* falta de proporcionalidad *estricta* entre pena y gravedad del delito— (sobre ello, véase *infra* apartado III.2).

*supere lo proporcional pero que no traspase el impreciso umbral de lo manifiesta o evidentemente desproporcionado no presentaría, según la jurisprudencia constitucional española, problemas de adecuación constitucional*⁴⁴.

El incremento de la revisabilidad de la decisión de determinación judicial de la pena requiere abandonar su concepción como acto soberano y como acto discrecional reglado y concebirlo como acto de aplicación y configuración normativa, en el que al juzgador se adjudiquen atribuciones más bien marginales en la fijación de penas individuales. Ello supone relativizar la concepción del marco como *escala de gravedad continua* y conduce a legitimar únicamente—en casos de unidad delictiva— la imposición de castigos que se sitúen en *puntos exactos de la escala penal que resulten lo suficientemente discontinuos y separados entre sí como para tornar evidente o manifiesto cualquier tipo de error en su aplicación al caso concreto*.

La idea que se propone es reconducir la compleja problemática del *cuánto* de pena a decisiones sucesivas en las que se deba optar entre reducidas alternativas de punición; con ello resultaría más factible controlar la razonabilidad de la decisión que se adopte y detectar la posible existencia de errores jurídicos. Tal tarea de simplificación se tornaría viable si se procede a una importante reducción de las circunstancias jurídicas que deban ser objeto de valoración⁴⁵.

⁴⁴ Sobre el énfasis en el carácter *manifiesto* o *evidente* que debe revestir la ausencia de necesidad o de proporcionalidad estricta para conducir a una declaración de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional española —en razón de que la política criminal correspondería al poder legislativo en ejercicio de complejos juicios valorativos—, véanse esp. SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FFJJ 8.º y 9.º); 161/1997, de 2 de octubre (FFJJ 11 y 12), y 136/1999, de 20 de julio (FFJJ 23 y 28-30), entre otras. En la doctrina, véanse ÁLVAREZ GARCÍA, *La ley*, 5 (1999), p. 2053 (donde se puntualiza que el límite de lo proporcional «únicamente se considerará sobrepasado por el legislador ordinario cuando exista una clara desproporción entre acción y respuesta» —sin cursiva en el original—); DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, p. 297; *id.*, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 205; MIR PUIG, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 349-352 (véase esp. p. 349, donde se afirma que «el Tribunal Constitucional parte de que es el legislador democrático el competente en principio para decidir la cuestión, generalmente discutible, de si una determinada pena o medida de seguridad es proporcionada a su fin de protección, mientras que considera excepcional, y para casos de manifiesta falta de proporcionalidad, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley» —sin cursiva en el original—), entre otros. En sentido contrario, tratándose de la comisión de hechos ilícitos pero próximos al campo del ejercicio legítimo de derechos fundamentales, se ha postulado la necesidad de defender su no punibilidad, señalándose que lo contrario produciría un efecto de desaliento del ejercicio de derechos fundamentales que conduce a la imposición de penas desproporcionadas [véase esp. CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 174 y ss., esp. pp. 179-180 —con el efecto de desaliento se prohíbe que las normas penales permitan castigar «conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o que sancione estos con desproporción manifiesta»—].

⁴⁵ Véase SCHÜNEMANN, en *id.* (comp.), *Sistema moderno*, 1991 (1984), pp. 175-177. La reducción de las circunstancias a valorar en la determinación judicial de la pena permitirá controlar de mejor manera que por dicha vía no se introduzcan elementos de valoración ilegítima de conformidad con los estándares de la teoría jurídica del delito y conseguir, así, una mayor uniformidad entre

Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial...

Asimismo, una revisión adecuada de los actos judiciales cuantificadores de pena requeriría de menor deferencia hacia las valoraciones legislativas y del juzgador de instancia. Sin una disminución de la deferencia de los tribunales de control, difícilmente se logrará una genuina revisión de las decisiones adoptadas.

Ante la incertidumbre respecto a *cuándo* se alcanzan los imprecisos umbrales de irrazonabilidad, incorrección o desproporcionalidad que jurisprudencialmente se vayan estableciendo para habilitar la revisión y posible rectificación de decisiones de *sentencing*, los tribunales de enjuiciamiento deberían proceder con especial prudencia en la tarea de configuración y concreción de las normas penales que delimitan el campo de lo punible. Ello a fin de evitar que una persona sometida a enjuiciamiento se encuentre perjudicada por la imposición de penas no manifiestamente irrazonables ni desproporcionadas que queden insertas en *puntos de punición difícilmente revisables por instancias superiores de control*.

En definitiva, a la deferencia de los órganos de control debe contraponerse un correlativo deber de intervención restrictiva de los tribunales de instancia, que deberá conducir a legitimar únicamente la imposición de penas que aparezcan como *manifiestamente razonables y proporcionadas*. Ello a fin de evitar que los condenados sufran una situación de indefensión derivada del padecimiento de penas que no resulten *evidentemente irrazonables o desproporcionadas*⁴⁶. Tal proceder conducirá normalmente a la aplicación de

la dogmática del hecho punible y la de la determinación judicial de la pena —paso indispensable para garantizar mayor seguridad jurídica e igualdad en el ámbito del *sentencing*— (sobre ello, véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 70, en donde se aboga por una profundización dogmática de la determinación judicial de la pena que procure una mejor sistematización de las circunstancias legales para resolver los casos que se presenten, procediendo así de forma similar a como se realiza en el ámbito de la dogmática del hecho punible, pese a la complejidad que ello pueda suponer; Hörnle advierte sobre el peligro del proceder contrario al que propone, en tanto aspectos de valoración prohibida de conformidad con los conceptos que se manejan en la teoría jurídica del delito —como la personalidad del sujeto— podrían apreciarse indebidamente en la determinación judicial de la pena). Respecto a la relevancia de las consecuencias extratípicas en la determinación judicial de la pena y a la necesidad de que las mismas resulten abarcadas por el injusto objetivamente imputable, véase FRISCH, *ZStW*, 99 (1987), pp. 751 y ss., esp. p. 753.

⁴⁶ La toma en consideración del incorrecto funcionamiento procesal que redunde en una duración indebidamente extensa de la investigación y enjuiciamiento del hecho ha sido objeto de recepción en el Derecho español como circunstancia de atenuación de la pena (véase art. 21.6 del CP, en donde se recepta la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas: «Son circunstancias atenuantes: [...] La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa»). Ello supone reconocer la eficacia refleja de una concreta circunstancia sistemática —ajena al injusto culpable *individual*— en la valoración de la pena que debe asignarse al caso enjuiciado. Las prácticas actuales restrictivas en materia de control judicial y constitucional de la determinación de la pena suponen también una especie de posible perjuicio futuro que situaría al enjuiciado en una situación de indefensión que debiera abordarse *preventivamente*: razones prudenciales sistemáticas fundamentarían un deber de imponer únicamente aquellas penas que de forma objetiva se presenten *ex ante* como idóneas para ser efectivamente controladas por vía recursiva.

penas insertas en los segmentos inferiores de la escala de punición. Así, de producirse una aplicación irrazonable o desproporcionada de las normas que no fuese luego subsanada por vía recursiva, ello no repercutiría en detrimento del condenado⁴⁷.

ii) *La aplicación desigual y selectiva del sistema en sus diversas fases*

El proceso de determinación del castigo se rige por diferentes principios según la fase que se transite, lo que posibilita que existan grados divergentes de discrecionalidad en el tratamiento que reciben los hechos delictivos. Dichos grados divergentes de discrecionalidad entre las fases de determinación de la pena —incluyendo allí la fase de su ejecución⁴⁸ y la eventual solicitud y concesión de indulto—, proporcionan un terreno fértil para que la *aplicación* del Derecho penal se caracterice de forma no infrecuente por la desigualdad y la selectividad.

⁴⁷ Las penas de posible imposición deberían ubicarse en los segmentos de punición inferiores dentro de la escala y resultar eventualmente sujetas a control por su indulgencia más que por su excesiva dureza. Que el control de las decisiones judiciales se active en razón de la imposición de penas de insuficiente intensidad que deba ser corregido debe resultar la alternativa preferente en un contexto en el que los órganos competentes en materia de control sean deferentes hacia las valoraciones de los tribunales de instancia (véase ELHART, *Individualización*, 2012, pp. 18, 50 y conc. —se apunta que ingresar a la escala por la pena media supondría proceder en perjuicio de los derechos del imputado, por lo que se postula ingresar por el punto mínimo de castigo—). De mantenerse la práctica deferente de los tribunales de control hacia los tribunales de instancia, únicamente tal forma de proceder *asimétrica* resultaría respetuosa de las libertades y garantías individuales que debe asegurar el Estado de Derecho y conduciría a la minimización de la producción de errores jurídicos insubsanables en perjuicio de los derechos fundamentales del condenado. En ocasiones, desde la jurisprudencia de tribunales internacionales de tutela de derechos humanos se ha pretendido fundamentar la existencia de un deber de aplicar castigos en sede nacional a fin de salvaguardar derechos fundamentales —que se verían afectados en caso de ausencia de punición—; sobre la influencia de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos en el tradicional *monopolio* del legislador estatal en la determinación de los delitos y de las penas —a fin de asegurar *mínimos* de punición frente a vulneraciones de derechos fundamentales—, véase VIGANÒ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales*, 2012, pp. 318-320 (en donde —p. 20— expresamente se indica que desde la jurisprudencia internacional de tribunales de derechos humanos se exige proporcionalidad no propiamente como una exigencia de moderación de la pena, sino de aplicación de «un *límite mínimo* de severidad» —con cursiva en el original—); *id.*, *Política criminal*, 9 (2014), pp. 428 y ss. (véanse esp. las referencias en p. 443 a las obligaciones de *punición* —limitaciones del no punir impuestas al legislador nacional— emanadas de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos, que han sido interpretadas como vinculantes para los órganos estatales —incluso para los tribunales de lo penal—; el autor se refiere a la «capacidad de penetración en el ordenamiento interno de la jurisprudencia de la Corte interamericana en materia de tutela penal de los derechos fundamentales»; véase también p. 452, nota 77). Críticamente respecto a lo que denomina la *cara represiva* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito penal estatal, véase MALARINO, en VVAA, *Sistema interamericano*, 2010, pp. 25 y ss.

⁴⁸ Véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 65 («Algunas de las decisiones más críticas de *determinación de la pena* ocurren después del estadio en el que se efectúa formalmente la determinación de la pena impuesta» —con cursiva en el original—).

Donde se suele constatar un mayor apego a principios y normas susceptibles de aplicación relativamente uniforme es en el ámbito estrictamente judicial y, más precisamente, en el ámbito *jurisdiccional*⁴⁹: la discrecionalidad existente en la fase de investigación de delitos suele ser mayor a la existente en la fase de enjuiciamiento⁵⁰. Asimismo, el grado de discrecionalidad y de desigualdad en la aplicación del Derecho se eleva significativamente en el ámbito de determinación *gubernativa* de la pena —decisiones sobre la concesión del indulto—⁵¹.

⁴⁹ El principio de *merecimiento igualitario* ostentaría mayor vigencia en la fase de *enjuiciamiento* —en las etapas previas y posteriores al mismo se constataría un incremento significativo de formas de proceder desiguales y selectivas—. Al respecto, véase MORRIS, *Madness*, 1982, p. 208.

⁵⁰ No obstante, la situación varía de forma considerable según el ordenamiento jurídico del que se trate y del principio procesal rector que se recepte. En los países del *common law* rige con especial intensidad el principio procesal de disponibilidad de la acción penal, pudiendo la parte acusadora pública seleccionar qué hechos o qué autores investigar, fijar políticas de priorización de investigación de ciertos delitos, decidir no investigar, abandonar investigaciones ya iniciadas o, incluso, celebrar pactos o acuerdos con el acusado en los que este se beneficia de reducciones de pena a cambio de que admita su culpabilidad —aunque sea únicamente por ciertos hechos—. En contraposición a ello, en los sistemas del *civil law*, suele regir el principio contrario, que se designa como principio de legalidad procesal, que impide al órgano judicial encargado de la persecución penal disponer de la acción penal, debiéndose proceder —en teoría— a la investigación de *todos* los hechos y de *todos* los sujetos posiblemente responsables, a fin de que cualquier presunto delito sea investigado y, eventualmente, enjuiciado y castigado. La realidad demuestra, no obstante, que ningún sistema procesal está en condiciones de perseguir estrictamente todos los delitos que se cometan —ni siquiera cuando resulten conocidos por las autoridades competentes para su investigación—, por lo que en la práctica se procede a una investigación más bien selectiva de hechos delictivos, que no necesariamente obedece a una priorización centrada en los casos político-criminalmente más relevantes [véase FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, p. 111 (se señala allí que las posibilidades reales de persecución de delitos no deben pasarse por alto, en tanto configuran el «límite inferior» del Derecho penal determinando una orden de no «poner en práctica las consecuencias penales» previstas —véase también nota 44, con cursiva en el original—); véase también BALCARCE, *ADPCP*, LXII (2009), p. 509]. En épocas recientes, y pese al mantenimiento del principio de legalidad procesal en países del ámbito continental europeo, se ha comenzado a admitir la celebración de acuerdos con la parte acusada, la cual, en última instancia, podrá aprovechar dicho contexto para obtener rebajas en la cuantía de la pena final imponible [sobre tal tendencia hacia un proceso penal simplificado y consensual, véase ALBRECHT, *Resource Material Series*, 80 (2010), p. 31]. Las considerables atribuciones concedidas al órgano estatal competente para la investigación de delitos en el ámbito de los sistemas regidos por el principio de disponibilidad conducen a desigualdades inmediatas y manifiestas en el ejercicio del *ius puniendi* —el ejercicio de atribuciones dispositivas de la acción penal se traduce en un tratamiento divergente de casos análogos—. A diferencia de lo que sucede en los modelos regidos por un principio de legalidad procesal, ello no supone una aplicación selectiva y desigual del Derecho por meras razones de imposibilidad material de dar cumplimiento al deber de investigar todos los delitos (y sus correspondientes responsables jurídico-penales), sino que se está ante el ejercicio de atribuciones abierta y absolutamente discrecionales por parte del acusador público. De lo reseñado se deriva que el diseño procesal del sistema no puede suponer un factor irrelevante en el proceso de determinación judicial del castigo.

⁵¹ Del examen de la *práctica* de concesión de indultos en España surge con claridad que se está ante un instrumento jurídico de carácter excepcional o extraordinario que suele conducir —en el reducido número de casos en que se otorga— a menoscar, *de facto*, exigencias de proporcionalidad ordinal (igualitaria) en la distribución del castigo: existen ciertos delitos que se indultan con mayor frecuencia que otros (incluso delitos más graves suelen ser objeto de mayor concesión de in-

Los diversos principios orientadores de cada estadio de determinación del castigo pueden afectar significativamente la magnitud penal que resulte objeto de imposición y, finalmente, de cumplimiento efectivo. En tanto las decisiones previas y posteriores a la determinación *judicial* de la pena condicionan la magnitud de pena, ello debe ser tenido en cuenta por el tribunal de instancia, a fin de prevenir —en la mayor medida posible— que sus decisiones cuantificadoras agudicen las distorsiones valorativas que puedan producirse en el sistema como consecuencia de la vigencia de principios rectores divergentes en cada etapa procesal.

En tal sentido, frente a situaciones en las que resulte razonable solicitar el indulto al Gobierno, el propio tribunal sentenciador —que puede formular dicha solicitud— debe procurar por vía interpretativa agotar los mecanismos jurídicos existentes a los efectos de evitar la *injusticia* que pueda suponer la imposición efectiva de una pena concreta que estime desproporcionada. En el sistema español, pese a la literalidad del art. 4.3 del CP —que obligaría a la aplicación estricta de las cuantías de punición previstas en el ordenamiento jurídico, aun cuando el juez las valore como excesivamente severas—⁵², el

dultos que delitos leves) y existen ciertas épocas en las que se conceden mayor número de indultos (sobre dichos caracteres de la práctica de concesión de indultos, véanse AGUADO RENEDEO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 52-53 y conc.; DOVAL PAIS *et al.*, *ReiC*, 9 (2011), pp. 2, 3, 7-8, 10-11, 15, 18, 25-26 y conc.; MADRID PÉREZ, *Revista Crítica Penal y Poder*, 6 (2014), pp. 114-115, 117 y ss., 129-130, 132 y conc.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, 2/2008, p. 11 —esp. nota 16—, y SANTANA VEGA, *REDC*, 108 (2016), pp. 26, 80 y conc., entre otros. La práctica desigualitaria de concesión de indultos ha conducido a que algún autor pretenda derivar de ello la legitimidad de una distribución también desigualitaria de penas —en tanto que el castigo final imponible se mantenga dentro del marco legislativamente previsto de penas— (véase MORRIS, *Madness*, 1982, p. 189). No obstante, tal entendimiento no resulta mayoritario en la doctrina: el indulto suele ser concebido como un instrumento de corrección de penas legal o judicialmente desproporcionadas —con ello, por lo menos en un *plano teórico*, la función que se adscribiría al indulto no resultaría contraria a exigencias de proporcionalidad ordinal—. El indulto como *instrumento de corrección* de penas desproporcionadas parece inferirse de la regulación española del derecho de gracia y del propio Código Penal español (véanse arts. 11 y 12 de la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto y art. 4.3 del CP). En la doctrina, se muestran partidarios de atribuir al indulto una función correctiva, entre otros, DOVAL PAIS *et al.*, *ReiC*, 9 (2011), p. 2; MESTRE DELGADO, *La Ley Penal*, 103 (2013), p. 3; MADRID PÉREZ, *Revista Crítica Penal y Poder*, 6 (2014), p. 115; SANTANA VEGA, *REDC*, 108 (2016), pp. 56-57, y RUIZ MIGUEL, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 79 (2017), pp. 78-79, entre otros. En sentido divergente, críticos respecto a la asignación de una función correctiva al indulto, véanse, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 48 (1995), *passim*, esp. pp. 855-863; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, 2/2008, p. 10; ROBINSON, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements*, 2012, pp. 101, 103, 105-117 y conc. (para quien el fundamento del derecho de gracia se encontraría en la mitigación *deontológicamente* inmerecida del castigo y no propiamente en evitar una injusticia), y SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, pp. 273-276, entre otros.

⁵² Art. 4.3 del CP: «[Se] acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

art. 4.4 del citado cuerpo legal⁵³ proporciona una vía para descomprimir posibles tensiones resultantes de la determinación judicial de la pena y la valoración respecto a la concesión del indulto, en tanto permite al propio tribunal formular la solicitud de perdón gubernativo y suspender la ejecución de la sentencia durante la sustanciación de dicha solicitud⁵⁴. Otra vía posible para escapar de la rigidez de marcos penales desproporcionados en relación con el concreto grado de injusto culpable concurrente se encuentra en la posibilidad que se reconoce al juzgador para que evalúe la concurrencia en el caso de atenuantes de análoga significación⁵⁵.

La determinación *judicial* de la pena, por tanto, no debería permanecer aislada de las vicisitudes que tengan lugar en fases anteriores o posteriores

⁵³ Art. 4.4 del CP: «Si mediara petición de indulto, y el juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de este pudiera resultar ilusoria».

⁵⁴ El alcance del art. 4.3 del CP español, pese a su tenor literal, podría determinarse restrictivamente por medio de una interpretación sistemática, a fin de que su campo de aplicación se reduzca de forma significativa: únicamente de forma excepcional existirían supuestos que obligasen al juzgador a imponer una pena desproporcionada que resulte excesivamente severa por estricta aplicación de la ley sustantiva. Las diversas reglas de aplicación de la pena contenidas en el Código Penal español permitirán normalmente evitar la imposición de tal tipo de penas, sin depender de correctivos que puedan proceder de una ulterior y eventual concesión de indulto o declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Silva Sánchez señala que la pretendida función correctiva del indulto podría ser desempeñada por el poder judicial si se reconoce un «sistema flexible de imputación» (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, pp. 273-274, nota 2). El art. 4.3 del CP español debería interpretarse de forma tal de no anular las atribuciones interpretativas propias del juzgador, el cual se encuentra sujeto *a la ley*, pero también a *reglas y principios axiológicos de superior jerarquía* que deben incidir en la manera en que se integran y aplican las normas [en profundidad sobre el art. 4.3 del CP español, véase BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 48 (1995), pp. 849-854 —sobre su origen histórico— y pp. 860, 863 y conc. —sobre su trascendencia actual en función de su anclaje en la Constitución vigente—]. Sobre la viabilidad de que la función correctiva del indulto sea *absorbida* por los tribunales, véanse BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 48 (1995), pp. 862 y conc. (quien aboga en favor de que el juez agote todas las posibilidades interpretativas para evitar la aplicación de leyes contrarias a valores constitucionales y que, en última instancia, proceda a plantear una *cuestión de inconstitucionalidad*); SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, 2/2008, p. 9 (se apunta que el derecho a castigar y el derecho a perdonar *no deberían recaer en distintos poderes del Estado*), pp. 12-13, 17 (se indica que, si la desproporción derivada de la estricta aplicación de la ley no puede corregirse mediante los instrumentos de determinación *judicial* de la pena, se debe proceder a presentar una *cuestión de inconstitucionalidad*) y conc., y MESTRE DELGADO, *La Ley Penal*, 103 (2013), p. 3 (partidario de que el juez recurra a eximentes, atenuantes o a la suspensión o sustitución de la pena), entre otros. En contra de la absorción del campo propiamente del indulto por parte del poder judicial, véanse esp. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 157-158, 253 y conc., y SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 278 («si las leyes son injustas, entonces de lo que se trata es de modificarlas, no de servirse del perdón para corregir su alcance a algunos casos, perpetuando la injusticia de modo general»).

⁵⁵ Véase art. 21.7 del CP español. En dicho sentido, indicando que el juez debe proceder según el ordenamiento jurídico y no solo según las leyes penales y que el citado precepto es una cláusula general de individualización, véase CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización*, 1997, pp. 184-186.

y que no resulten completamente compatibles con los criterios *judiciales* de distribución del castigo⁵⁶. Los condicionamientos sistemáticos para efectuar una distribución judicial del castigo de conformidad con exigencias de proporcionalidad ordinal deben incidir *en alguna medida* en la forma en que el juzgador lleva a cabo la fijación de la pena individual⁵⁷. Los criterios o prácticas arbitrarias y/o selectivas de investigación y de enjuiciamiento y las pautas discrecionales y desigualitarias de concesión (o denegación) de beneficios penitenciarios y de indultos constituyen algunos ejemplos de condicionamientos sistemáticos⁵⁸.

⁵⁶ La existencia de criterios de medición de la pena no coincidentes entre las diversas fases del castigo ha constituido un argumento empleado en defensa de la fundamentación *preventiva* del Derecho penal (en tal sentido, véase LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, pp. 22-23; sobre la concepción de tal autor, véase esp. BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, pp. 102-103). Respecto a la necesidad de evitar que la *decisión judicial de sentencing* se vea desvirtuada por la forma *previa* de proceder de la parte acusadora o por la ulterior *decisión penitenciaria* relativa a la concesión de la libertad condicional, véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 32 (quien rechaza que los jueces puedan imponer sentencias largas que luego sean significativamente acortadas porque ello resulta «fundamentalmente deshonesto», en tanto supone transferir el poder de determinar la pena a los órganos competentes en materia de libertad condicional —que en los sistemas norteamericanos suelen ser autoridades administrativas, no judiciales—), p. 36 (se hace referencia a que de forma mayoritaria los sistemas de *sentencing* efectúan una aplicación rutinaria de mecanismos de suspensión de la pena y otras formas de mitigación de la dureza de la misma), p. 51 (se rechaza que la parte acusadora pueda determinar la decisión de *sentencing* judicial a partir de su actividad de selección de los cargos objeto de acusación y negociación con la parte acusada) y conc. Sobre los condicionamientos a la determinación *judicial* de la pena originados en las atribuciones de los órganos de persecución y de ejecución penitenciaria, véase también MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 4, 12 y ss. y conc. —se refiere a que ya no existe un modelo unitario de *sentencing* judicial en el sistema italiano, debido a las vicisitudes que se suceden durante el proceso previo a la sentencia y durante su ejecución—.

⁵⁷ En tanto existan mayores divergencias teóricas y reales en la regulación y el funcionamiento de las diversas fases de determinación del castigo, mayor debería ser la repercusión de ello en la forma en que los juzgadores distribuyen el castigo en sede judicial. Sobre la necesidad de reducir las desigualdades en la actuación de los órganos de la persecución penal, especialmente cuando se confían mayores atribuciones a los fiscales en la creación e implementación de políticas de no persecución penal de ciertos casos, y enfatizando la necesidad de contar con directrices tanto de determinación de la pena como de persecución penal, véanse la posición sustentada en ALBRECHT, FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, pp. 219, 224, 227, 239 y conc., e *id.*, en *Resource Material Series* 80 (2010), p. 33. Sobre la necesidad de disminuir las desigualdades entre las diversas fases de determinación de la pena y alegando en favor de penas moderadas para reducir la necesidad de correctivos —como el indulto— frente a leyes y condenas excesivamente severas, véase esp. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*³, 2000 (1764), pp. 53-54. Rodríguez Mourullo ha hecho referencia a la necesidad de corregir los desajustes entre la extensión de pena impuesta en sentencia y su efectivo tiempo de cumplimiento [véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 573].

⁵⁸ La concesión de un indulto afecta la medida *final* de pena imponible y, con ello, presenta relevancia *ordinal* en el proceso de atribución del castigo. Dicha relevancia *ordinal* puede inferirse, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 277 [«el perdón (tanto el total como el parcial) anula el castigo merecido. Y precisamente el modelo retributivo atribuye una importancia decisiva a la imposición al delincuente de una medida de pena que se corresponda en términos —al menos— *ordinales* con la medida concreta de su culpabilidad en relación con la de otros hechos» —sin cursiva en el original—]. Se trata de una idea también subyacente en el planteamiento de Robinson, para quien, desde una perspectiva deontológica, el indulto no legitimaría

De cara a la consecución de consistencia valorativa en el tratamiento jurídico de los hechos delictivos, resulta conveniente, por tanto, que, en el cometido de determinación de la cuantía de pena final, se adjudique un papel primordial al órgano *jurisdiccional* de instancia y que este proceda a una interpretación restrictiva de las normas de conformidad con criterios sistémicos⁵⁹. No se debiera admitir como legítimo que la decisión sobre la cuantía de punición dependa *exclusivamente* de las atribuciones de la parte acusadora: si se menoscaba la función *jurisdiccional* de determinación de la pena mediante la celebración de acuerdos entre acusador y acusado, se producirá una transferencia de la potestad cuantificadora en favor del acusador y en detrimento del juez de instancia, que dificultará la aplicación de tratamientos punitivos similares a hechos de análoga gravedad⁶⁰.

la imposición de castigos por debajo del merecimiento y que lo contrario sucedería desde la perspectiva orientada hacia el merecimiento empírico («*empirical deserts*») que propone: para el citado autor existen —dentro de las intuiciones de justicia de la comunidad— percepciones orientadas a la mitigación del castigo en determinados casos, que deberían conducir a castigar por debajo de lo exigido por el merecimiento deontológico y de conformidad con lo requerido por el merecimiento empírico; ello contribuiría al fortalecimiento de la credibilidad moral del sistema en su conjunto y podría suministrar, en última instancia, una justificación respecto a la existencia del indulto [sobre ello, véase ROBINSON, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements*, 2012, pp. 114-117 —respecto a la diferenciación entre merecimiento deontológico y merecimiento empírico, véase *ibid.*, pp. 105-114—]. La relevancia *ordinal* del indulto justifica que se abogue por un ejercicio del derecho de gracia conforme al principio de igualdad y con sujeción a ulterior control judicial [sobre lo primero, véanse AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, 2001, pp. 236-237, nota 399, y RUIZ MIGUEL, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* 79 (2017), p. 94; sobre lo segundo, véase esp. DÍAZ LÓPEZ, *La Ley Penal*, 113 (2015), p. 7 (se efectúa una síntesis sobre la evolución jurisprudencial en materia de control del ejercicio del derecho de gracia, puntualizándose que el aumento de posibilidades de revisión judicial de las decisiones se ha restringido a casos de *concesión* —no de *denegación*— de indultos)].

⁵⁹ Véase FRASE, *Just Sentencing*, 2013, p. 16 («La determinación de la pena realizada por jueces más que por agentes de las ramas legislativa o ejecutiva es y siempre será visto como más imparcial, transparente y sujeto al principio de legalidad y a revisión en sede de apelación»), pp. 79 y conc.

⁶⁰ Los sistemas de *sentencing guidelines* norteamericanos fueron sumamente criticados, entre otras razones, por sustraer del ámbito judicial la atribución de medición de la pena y adjudicar la misma a la parte acusadora, en tanto se sujetó a rigurosas y detalladas regulaciones normativas la actuación del juzgador y se mantuvo la forma de actuación discrecional (sustentada en el principio de disponibilidad de la acción) en el ámbito de la persecución de delitos. De conformidad con ello, a la parte acusadora le bastaba evitar la sustanciación de un juicio y pactar con el acusado para tener disposición plena de los delitos objetos de condena y de la cuantía de pena a aplicar. Teniendo en cuenta que la gran mayoría de casos en los sistemas norteamericanos se terminan resolviendo sin llegar a la etapa del juicio, el papel que compete *primordialmente* al juzgador en la cuantificación de la pena termina siendo ejercido habitualmente por la parte acusadora; los delitos objeto de imputación y la medida de castigo surgen como resultado de un proceso de *negociación* entre el imputado y el fiscal, en el que claramente las posiciones de las partes no se encuentran en plano de igualdad y en el que se concluye con la imposición de penas relativamente elevadas. Tal tipo de situaciones difícilmente puedan producirse en ámbitos en los que rige el principio de legalidad procesal; no obstante, la tendencia de las últimas décadas a que se admitan los pactos entre la parte acusadora y la parte acusada en los procesos judiciales también en los sistemas del ámbito continental europeo debe alertar respecto a la necesidad de que la parte acusadora se sujete a las normas jurídicas y

El juzgador de instancia, en el ejercicio de su cometido jurisdiccional de determinación de la pena, deberá tomar en consideración las prácticas estatales de castigo seguidas por los órganos legislativos, judiciales, penitenciarios y gubernativos⁶¹. Con ello se procura que las soluciones individuales que se adopten no se desvinculen de los condicionamientos sistémicos; asimismo, se persigue maximizar las posibilidades de alcanzar un grado razonable de consistencia valorativa en el tratamiento punitivo que reciben las conductas delictivas.

En suma, existen obstáculos sistemáticos que dificultan un tratamiento análogo de casos similares en el estrecho campo de la determinación judicial de la pena individual. Ello supone una razón de peso que justifica que se proceda mediante una interpretación restrictiva de los alcances de las normas jurídicas (de conducta y de sanción)⁶² en el campo de la determinación judicial de la pena.

proceda de la forma más objetiva e igualitaria posible, reconociéndose en todo caso que existe un ámbito irreductible del juzgador en cuanto a la valoración del injusto culpable y de la penalidad que corresponda asociar al mismo. Sobre el funcionamiento de los sistemas de *sentencing guidelines* en Estados Unidos —con referencias a la crítica de que los sistemas de *sentencing guidelines* han supuesto un vaciamiento del *sentencing judicial* y su asignación al fiscal acusador—, véanse esp. MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, *passim*; FRASE, *Just sentencing*, 2013, *passim*, y DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014, p. 22, entre otros. El incremento de atribuciones procesales de fijación de la pena en la parte acusadora, no obstante, constituye un fenómeno que trasciende a los sistemas norteamericanos; sobre dicha problemática en el ámbito norteamericano e italiano, véase MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 377, 409-413 y conc.

⁶¹ En el ámbito norteamericano se ha señalado que se deben tomar en cuenta en la determinación estrictamente *judicial* de la pena aquellas decisiones de medición del castigo que *de facto* condicionan el procedimiento mismo de *sentencing judicial* y que se producen con anterioridad o posterioridad al enjuiciamiento de la conducta; dichas decisiones incluyen prácticas referidas a la determinación y negociación de los cargos por los que se acusa, a la liberación y detención provisionales, a la revocación de la suspensión de la pena y a la concesión de la libertad condicional y beneficios penitenciarios, entre otros (véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 40: «Colectivamente, estas formas de determinación de la pena *de facto* pueden tener mayor impacto en la severidad y distribución de sanciones que las decisiones de determinación de la pena formal que se adopten al momento de la condena. *Un modelo de determinación de la pena permanece incompleto*, y en algunas jurisdicciones puede resultar de eficacia limitada, si no aborda estas realidades de carácter práctico» —sin cursiva en el original—; sobre ello, véase también *ibid.*, pp. 71 y ss.).

⁶² Se trata de que la tarea del juzgador contribuya a la máxima evitación posible de desigualdades resultantes de criterios dispares en la aplicación del Derecho en las diversas fases de determinación de la pena. Por tanto, no resulta atendible defender que en el ámbito penitenciario se debe adjudicar discrecionalidad al órgano encargado de determinar la libertad condicional del condenado para nivelar disparidades surgidas de la determinación de la pena en sentido estricto llevada a cabo por juzgadores de instancia: dichas disparidades deberían solucionarse —o, por lo menos, minimizarse— a partir de una visión general —y no en el nivel individual de cada caso—, aplicando criterios interpretativos sistemáticos que restrinjan los alcances de la norma y las alternativas posibles de punición (véase una visión crítica respecto al citado argumento en FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 68 —se rechaza el carácter discrecional de la decisión de libertad condicional—).

c) *Consideraciones de tipo constitucional*

Ciertos principios de relevancia constitucional también condicionan desde una perspectiva sistemática la forma en que debe procederse a la distribución *judicial* del castigo⁶³. Cabe aquí efectuar referencias especialmente a las implicaciones de los principios de legalidad i), de proporcionalidad ii) y de resocialización y prohibición de penas inhumanas o de tratos degradantes iii).

i) *El principio de legalidad de los delitos y de las penas y las implicaciones de la función del legislador y del juzgador en la atribución judicial del castigo*

En los principales sistemas jurídico-penales occidentales las normas que predeterminan los delitos y las penas aplicables a los mismos deben emanar del poder legislativo —así lo imponen exigencias de raigambre constitucional—. Sin perjuicio de ello, los tribunales, al aplicar el Derecho y determinar la concreta gravedad de injusto culpable y la penalidad que debe corresponderse con el mismo, *complementan y concretan* las valoraciones del poder legislativo, contribuyendo así a la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible.

La *elaboración* de tipos penales y la *previsión* de sanciones corresponden únicamente al legislador. No obstante, dicha función legislativa de configuración normativa puede y debe ser *concretada* por los órganos judiciales encargados de la aplicación del Derecho. La admisibilidad (y necesidad) de cierta imprecisión en los contornos de las normas abstractas, la legitimidad constitucional reconocida a las leyes penales incompletas⁶⁴ y la concepción de la función judicial como actividad que excede la mera aplicación mecánica de normas jurídicas justifican la necesidad de que judicialmente se complementen y concreten los preceptos elaborados en sede legislativa. Sin perjuicio de ello, la función de delimitación del campo de lo punible a partir de la previsión de tipos y subtipos y de sanciones diferenciadas para cada uno de ellos constituye un cometido *primordialmente* legislativo⁶⁵.

Las atribuciones que deben reconocerse al juzgador en la integración de la norma —como continuador de las valoraciones del propio legislador—⁶⁶

⁶³ En similar sentido, véase GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 9-10.

⁶⁴ Trátese de leyes penales en blanco o con elementos normativos y que requieran *integrarse* por vía interpretativa al momento de ser judicialmente aplicadas.

⁶⁵ Ello supone que la confección de los tipos y subtipos penales no debe *desplazarse* íntegramente ni tampoco de forma sustancial al campo de la determinación de la pena que efectúa el juzgador.

⁶⁶ Tal distribución de funciones entre el legislador y el juzgador en la atribución judicial del castigo estatal subyace en la afirmación de que «la necesidad de contemplar la determinación de la

solo pueden revestir carácter *marginal* y *asimétrico*. La función primordial del juzgador no puede consistir en elaborar un sofisticado sistema *general* de delitos y de penas, cuya construcción solo puede reconocerse como cometido *prevalentemente* legislativo en el que se permite al órgano judicial únicamente el desempeño de tareas complementarias —dichas tareas se deben ejercitar procediendo según exigencias interpretativas de tipo sistemático y respetando los límites impuestos por el principio de legalidad de los delitos y de las penas—.

La búsqueda de mayor uniformidad y seguridad jurídica en las decisiones a adoptar en el ámbito de la determinación judicial de la pena depende, en última instancia, de que las leyes se elaboren *legislativamente* de conformidad con elevadas exigencias dogmáticas. Suplir parcialmente ciertas insuficiencias producidas en el campo legislativo mediante el reconocimiento de atribuciones de interpretación a los juzgadores —muy especialmente en lo referido a recorrer el marco penal en toda su amplitud— debe constituir un proceder excepcional⁶⁷.

El deber de proceder con cautela en cuanto a las diferenciaciones dogmáticas que se permiten al juzgador en la delimitación *final* del ámbito y de la medida de lo punible se fundamenta también en la falta de adhesión expresa e inequívoca de la normativa constitucional y legislativa a un único fin de la pena, situación que debe conducir a encontrar una solución armónica entre las posibles exigencias contrapuestas de punición requeridas por cada uno de los fines que se consideren admisibles⁶⁸. Asimismo, la vigencia del principio de legalidad debe imposibilitar que, *al momento de sentenciar*, se persigan finalidades preventivas *futuras* de tipo instrumental y que impliquen una justificación de segmentos de punición autónomos desvinculados del injusto culpable cometido⁶⁹.

pena como un proceso, que se inicia en la ley, con el establecimiento de la pena que se corresponde a cada delito (marco penal genérico) y que concluye [...] en el momento en el que el juez establece la pena concreta» (GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 62).

⁶⁷ Con la propuesta que aquí se desarrolla se admite únicamente suplir en sede judicial *ciertas insuficiencias* procedentes del campo de la determinación *legal* de las penas, en tanto se proceda con cautela y mediante criterios de interpretación restrictiva de las normas jurídicas dictadas por el poder legislativo. Ello excluye toda posibilidad de que se reconozcan al juzgador amplias potestades en la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible, como así también de que se le permita colmar *lagunas de punición* derivadas de la inexistencia de mandatos (legislativos) de incriminación.

⁶⁸ Sobre la necesidad de proceder interpretativamente de forma que los fines de la pena operen sin incurrir en contradicciones e incompatibilidades respecto a sus exigencias de punición, véase esp. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 62. Sobre la incidencia de las teorías de los fines de la pena en la determinación judicial de la pena, véase *infra* apartado e).

⁶⁹ Ello con independencia de las problemáticas empíricas adicionales asociadas tradicionalmente a la valoración de las necesidades preventivas-instrumentales de punición, que también impiden la admisión de la legitimidad de tales valoraciones —no ya por vulnerar el principio de legalidad, sino por la falta de evidencia científica respecto a la relación causa-efecto que se pretenda invocar entre la pena judicialmente impuesta y el sujeto que la sufre o la colectividad hacia la que

En función de tal delimitación —rol prevalente del legislador y rol marginal del juzgador en la construcción de un sistema de delitos y de penas ordenados según su gravedad relativa—, cabe afirmar que existen razones prudenciales para que los juzgadores de lo penal procedan a la interpretación restrictiva de los elementos de las normas penales en la fase judicial de determinación del castigo.

ii) El principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas

La normativa jurídico-penal debe cumplir las exigencias impuestas por el principio de proporcionalidad. Tal principio, que en el sistema español se deriva implícitamente del texto constitucional, requiere que la restricción de derechos fundamentales que normalmente supone la pena se justifique en atención a la finalidad perseguida —protección de un bien jurídico necesitado de tutela penal—. Asimismo, el principio de proporcionalidad exige que la pena concreta que se imponga resulte *adecuada* —idónea para alcanzar el fin de protección perseguido—, *necesaria* —absolutamente indispensable, sin que exista una alternativa igualmente eficaz y menos lesiva para lograr la tutela requerida— y *estrictamente proporcional* —correspondencia entre la gravedad del delito y de la pena—⁷⁰.

Tal concepción amplia del principio de proporcionalidad permite cobijar dentro de su interior el principio de intervención mínima del Derecho penal. Este principio se compone —a su vez— del principio de subsidiariedad o *ultima ratio* —solo es legítimo emplear sanciones penales cuando otras instancias de control social sean insuficientes o ineficaces—⁷¹ y del principio de

se dirige (según se trate de la persecución de objetivos de prevención especial o general)—. Sobre la falta de constatación de los efectos de la pena, véase ALBRECHT, *Resource Material Series*, 80 (2010), p. 28.

⁷⁰ Sobre la concepción del Tribunal Constitucional español en materia de proporcionalidad, véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; 136/1999, de 20 de julio, y 96/2012, de 7 de mayo (esp. FJ 10, con ulteriores referencias jurisprudenciales). Sobre el principio de proporcionalidad penal en la doctrina, véanse DE LA MATA BARRANCO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 203 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.*/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 285 y ss.; HASSEMER, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 276 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.* (coord.), *IDP²*, 2015, pp. 106-108, e *id.*, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Evaluación racional de leyes penales*, 2016, *passim*, entre otros. Respecto a la fuerza declarativa del principio en la jurisprudencia, que contrasta considerablemente con la excepcional declaración de inconstitucionalidad de normas penales por vulneración de exigencias de proporcionalidad, véase esp. *supra* Segunda Parte, Capítulo IV, apartado 2.b).i).

⁷¹ Rodríguez Mourullo se refería hacia finales de los años setenta a que compete al Derecho penal extremar la tolerancia con el comportamiento desviado, hasta donde lo permitan exigencias mínimas impuestas por la convivencia social, debiendo el Derecho penal «estar siempre en último lugar y entrar en juego tan solo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y la paz ciudadana [...] [y] tan solo cuando resulten insuficientes e ineficaces otros remedios menos gravosos» [RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 571].

doble fragmentariedad —el Derecho penal puede emplearse como forma de reacción legítima solo si se dirige a castigar las agresiones más graves que se produzcan contra los bienes jurídicos más relevantes para la vida social—⁷².

El principio de proporcionalidad penal así concebido suministra también razones prudenciales para proceder con cautela y de forma restrictiva en sede de determinación judicial del castigo.

iii) *La orientación de la ejecución de la pena privativa de libertad hacia la resocialización y la prohibición de penas inhumanas o de tratos degradantes*

Si bien no suelen existir referencias normativas claras respecto a qué teoría de los fines de la pena debe resultar prevalente conforme a las normas constitucionales, en diversos sistemas existen alusiones expresas a la finalidad resocializadora que debe orientar la ejecución de las penas privativas de libertad y referencias a la prohibición de penas inhumanas o degradantes⁷³. También en la legislación penal sustantiva y penitenciaria se contemplan preceptos que han sido interpretados en ocasiones como exigencias de adecuación de la medida de pena a necesidades de prevención especial positiva⁷⁴.

La reinserción y la reeducación de los condenados deben ostentar una influencia que trasciende la etapa de ejecución de la pena e irradia todo el proceso cuantificador, tanto en su fase de determinación *legislativa* como en el estadio de medición *judicial* del castigo —en sentido estricto y en sentido amplio—⁷⁵. De conformidad con tal último entendimiento, los límites entre las diversas etapas de medición de la pena, en alguna medida, se desdibujan, aun cuando no lleguen a desaparecer. Ello se desprende de la influencia

⁷² Respecto a los principios de mínima intervención, de subsidiariedad y de doble fragmentariedad, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.* (coord.), *IDP²*, 2015, pp. 105-112. Sobre la intervención mínima y la exigencia de doble fragmentariedad, se ha apuntado que «se deben penar solo aquellos hechos que necesitan ser penados, y para el castigo de tales hechos se deben preferir las penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resultan menos onerosas» [RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 572; véase *ibid.*, p. 576; *id.*, *PG*, 1978, p. 231; el autor señala también que la función del Derecho penal no puede ser sino modesta: procurar evitar las consecuencias perturbadoras de la paz social que produce el delito en el orden social exterior —*ibid.*, pp. 18-19—].

⁷³ Al respecto, véanse art. 18 de la Constitución argentina, arts. 15 y 25.2 de la CE, y art. 27 —párrs. 3.º y 4.º— de la Constitución italiana, entre otros.

⁷⁴ Tal es el caso del art. 66.1.6 del CP español (que alude a fijar la pena según las «circunstancias personales del condenado») y del § 46, párrafo 1.º, inciso 2.º del StGB alemán (que exige tomar en cuenta las consecuencias de la medida de pena para la vida futura del reo).

⁷⁵ Véanse, en tal sentido, GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 121, 186 y conc., y *eadem*, *Fundamentos*, 1997, p. 34. Sobre ello, véase también RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), pp. 578-579. No obstante, un sector doctrinal ha pretendido restringir el alcance de las orientaciones preventivo-especiales primordialmente a la fase de determinación penitenciaria de la pena (sobre ello, véanse LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, pp. 47-48, y PAGLIARO, *RIDPP*, 1981, p. 31, entre otros).

expansiva de la prevención especial en todo el proceso cuantificador: «Si se entiende la resocialización con un contenido mínimo de *no desocialización*, el propio sistema legal de penas debe favorecer que la ejecución no sea radicalmente contraria a tal objetivo»⁷⁶.

En razón de la crisis que ha afectado a la concepción resocializadora del castigo⁷⁷, se ha propuesto una interpretación de tal concepción en clave negativa —*maximización de la no desocialización del condenado*—, asignándose a la misma el carácter de *factor real* de determinación judicial de la pena en sentido estricto⁷⁸. Dicha comprensión de la prevención especial positiva, aun cuando se presente como criterio cuantificador de la pena en sentido estricto, supone, en realidad, un concepto más bien de tipo normativo o deontológico, desvinculado de lo preventivo-instrumental y fundamentado en razones humanitarias que impondrían un deber de moderación en la aplicación del Derecho penal⁷⁹.

La prevención especial positiva concebida como *maximización de la no desocialización del sujeto* no suministra, en realidad, un criterio que permita graduar la pena concreta en sentido bidireccional o simétrico —atenuatorio o agravatorio—, sino que solo puede beneficiar al condenado al justificar únicamente la imposición de la pena mínima. Dicha pena mínima será, se-

⁷⁶ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 34 —con cursiva en el original—.

⁷⁷ Entre otras causas, tal crisis se ha derivado de la falta de constatación empírica de la efectividad de la prisión como mecanismo resocializador. Al respecto, véase el paradigmático artículo de MARTINSON, *The public interest*, 35 (1974), *passim*, esp. p. 49 («Estoy compelido a decir que [...] [tenemos] escasos motivos para esperar que, de hecho, hayamos encontrado una forma segura de reducir la reincidencia a través de la rehabilitación»).

⁷⁸ Así se han pronunciado, García Arán, Demetrio Crespo y Besio Hernández, entre otros [véase *supra* Primera Parte, Capítulo II, apartado V, subapartados c.ii) y c.v)].

⁷⁹ Un entendimiento de la prevención especial positiva como maximización de la no desocialización debe partir de la necesidad de evitar la imposición de penas desmesuradas hacia la persona del condenado. La pena a aplicar siempre termina recayendo sobre una persona. Tal aspecto se encontraba presente en un autor muy vinculado con la concepción preventivo-especial de la pena como von Liszt, quien se mostraba partidario de que el fundamento y la medida de pena se orientaran hacia la peligrosidad del sujeto, entendida como probabilidad de comisión de delitos en el futuro —el autor defendía que la pena no tiene por objeto el delito cometido, sino el delincuente sobre el que recae— (véase JUNG, *GA*, 2017, pp. 59-60). El modelo que se propone en esta investigación resulta incompatible con la cuantificación del castigo de conformidad con la medida de peligrosidad criminal del sujeto; no obstante, sí debe tenerse presente la consideración de que la pena se impone a una persona. Sobre modelos que orientan la configuración del castigo hacia la persona del sujeto, abogando por sistemas de penas indeterminados sustentados en la prevención especial [véanse VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, 1995 (1882), *passim*, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Sentencia indeterminada*², 1948, *passim*; véanse también FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *Sistema integral*, 2004, p. 92, nota 3; PERALTA, *Motivos*, 2012, p. 53; PEÑARANDA RAMOS, en LASCURAIN SÁNCHEZ (coord.), *IDP*², 2015, pp. 280-282, y RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 47 y ss.]. Sobre la humanidad de las penas y la prohibición de penas degradantes, véanse también RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 580 —se aboga por «un sistema penal más humano y, por ello mismo, también más eficaz»—, y GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 186, 188 y conc., entre otros.

gún la teoría que se defienda, la pena mínima *ya* adecuada a la culpabilidad —o a la proporcionalidad— (en ambos casos, *judicialmente* establecida) o la pena *legal* mínima de conformidad con lo previsto en el marco abstracto del delito y en las reglas de aplicación de las penas.

La imposibilidad de que tal concepción deontológica⁸⁰ de la prevención especial positiva conduzca a la aplicación de diversas magnitudes de pena en el caso concreto —solo legitimaría la aplicación de la pena mínima—, no obstante, no debe llevar a sostener su irrelevancia en la determinación judicial del castigo. Si la resocialización debe irradiar todo el sistema penal en su conjunto, puede resultar relevante como criterio sistemático: se estaría ante un argumento adicional y de carácter deontológico para justificar que en la medición *judicial* de la pena se proceda conforme a una interpretación restrictiva de los alcances de las normas de conducta y de sanción. Ello significa que la existencia de prohibiciones de imposición de penas o tratos inhumanos o degradantes o del mandato de resocialización —concebido como deber de maximización de la no desocialización del condenado— debe conducir a que el juzgador obre con cautela al decidir respecto al *ingreso* en el marco penal y a la *extensión* del mismo que deba recorrerse.

En última instancia, la existencia de normas orientadas claramente hacia la prevención especial positiva y de normas que prohíben las penas inhumanas o los tratos degradantes, debe conducir a una moderación *general* del sistema de castigo y repercutir tanto en los supuestos que se consideren merecedores de la pena máxima —lo más frecuente en la práctica— como en el análisis respecto a la relevancia material de conductas de menor gravedad⁸¹.

d) *Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional*

Existen consideraciones procedentes del campo del Derecho penal internacional que se relacionan con el nivel de severidad de castigos del sistema

⁸⁰ Feijoo Sánchez, en la crítica que formula al planteamiento de determinación de la pena de Demetrio Crespo, indica correctamente que «la no-desocialización no es un fin preventivo» (véase FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 1/2007, p. 12).

⁸¹ La prisión permanente revisable en el sistema penal español —nueva penalidad máxima introducida mediante la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo— ha sido objeto de fuertes cuestionamientos por parte de la doctrina en razón de su incompatibilidad con los principios constitucionales de proporcionalidad, legalidad, resocialización y prohibición de penas inhumanas o de tratos degradantes [sobre ello, véanse, p. ej., LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.* (coord.), *IDP²*, 2015, p. 74, y PÉREZ MANZANO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *IDP²*, 2015, pp. 147-150, 154 y conc.]. La capacidad de rendimiento crítico de dichos principios para argumentar en contra de penas de máxima severidad suele ser frecuentemente invocada —ello ha ocurrido tradicionalmente, p. ej., en el debate de la pena de prisión perpetua—; no obstante, el recurso a los mismos para deslegitimar la imposición de penas de severidad intermedia o mínima dentro de la escala de punición —aun cuando se trate de penas significativamente desmesuradas a la luz de la conducta realizada— ha sido más bien desatendido.

y que contribuyen también a fundamentar un proceder de interpretación restrictiva en materia de *sentencing*. Dichas consideraciones se vinculan con la tendencia hacia un tratamiento más moderado en el castigo de crímenes internacionales y con la vigencia creciente del principio de proporcionalidad —ambas en la jurisdicción penal internacional—, a la vez que con la forma en que se interrelacionan actualmente las jurisdicciones nacionales y la de la CPI.

La evolución del moderno Derecho penal internacional permite constatar que se ha ido produciendo cierta morigeración en las respuestas punitivas máximas aplicables a los crímenes internacionales. Así, en los tribunales encargados del enjuiciamiento de los crímenes de la segunda guerra mundial se permitía incluso la pena de muerte⁸². En los tribunales *ad hoc* competentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia y de Ruanda, por su parte, se excluyó la posibilidad de emplear la pena de muerte, previéndose solo la pena de prisión (perpetua o temporal)⁸³. En el más reciente sistema del ER —que presenta vocación de permanencia y universalidad— se ha mantenido la proscripción de la pena de muerte, se ha asignado carácter excepcional a la prisión perpetua —únicamente procedente frente a supuestos de *extraordinaria* gravedad «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado»⁸⁴ y se ha fijado en treinta años la pena máxima de prisión temporal para supuestos de gravedad no extraordinaria⁸⁵. Además, y pese a que no existe aún jurisprudencia consolidada que permita inferir mayores

⁸² Véanse arts. 27 y 16, respectivamente, de los Estatutos del Tribunal de Núremberg y de Tokio. En dichos preceptos, que reflejan la vigencia de un principio de *legalidad* rudimentario —al que se suele aludir más bien como principio de *justicia*—, se reconocía al tribunal del juicio la atribución de imponer pena de muerte u otra que estimase *justa*. Al respecto, véanse AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 275-277 y conc. (respecto al principio de justicia), y MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, p. 331 (quien indica que las penas dispuestas por dichos tribunales fueron sumamente severas —impusieron mayoritariamente penas de muerte y de cadena perpetua—).

⁸³ Véanse arts. 24 y 23, respectivamente, de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y para Ruanda (en los que se limita el castigo de posible imposición a la pena de prisión). La falta de referencias a la pena de muerte supuso una moderación en la intensidad de los castigos previstos en el Derecho penal internacional [véanse AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, p. 278, y MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, p. 331]. Sobre los niveles de punición en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, véase AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 254 —nota 51—, 268 y conc. (quien refiere que la severidad media de los castigos aplicados en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue superior respecto a la de los castigos aplicados en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, y que ambos tribunales han recibido críticas por el dictado de sentencias relativamente indulgentes).

⁸⁴ Art. 77.1.b) del ER. No existen mayores indicaciones normativas respecto a cuándo se está en presencia del carácter extraordinario que habilita la imposición de penas perpetuas; la única exigencia prevista es que concurra al menos una circunstancia agravante de las previstas en el apartado 2.b) de la regla 145.3 de las RPyP de la CPI [véanse AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 279, 293 y conc., y MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, p. 334, entre otros].

⁸⁵ Art. 77.1.a) del ER.

conclusiones⁸⁶, los castigos impuestos por la CPI hasta la fecha se han ubicado lejos del límite de treinta años recién indicado⁸⁷.

Por su parte, la preocupación creciente en la justicia penal internacional por la implementación del principio de proporcionalidad se constata en el énfasis de la doctrina en la necesidad de elaborar escalas de punición diferenciadas para cada delito a fin de posibilitar una aplicación igualitaria de sanciones según la gravedad de cada crimen⁸⁸. En el sistema del ER se contempla que la determinación de la pena llevada a cabo por la CPI debe realizarse en función del criterio de la proporcionalidad del castigo con la gravedad del crimen perpetrado⁸⁹.

⁸⁶ La jurisprudencia penal internacional ostenta una relevancia insoslayable en el desarrollo de la escala de punición: a diferencia de lo que sucede en los sistemas con un principio de legalidad más desarrollado, existe una «coherencia arbitraria» que surge del anclaje de penas producido a partir de las primeras sentencias, que serán la referencia fundamental para las penas a imponer en el futuro (véase AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 269 y 301).

⁸⁷ Actualmente no existe un cuerpo jurisprudencial consolidado de *sentencing* que permita indicar el nivel de severidad de castigos impuestos en aplicación del ER. No obstante, de los pronunciamientos existentes —cuatro vinculados con crímenes internacionales en sentido estricto y uno relacionado con delitos contra la administración de justicia— surge que la CPI se ha orientado hacia la aplicación de penas *significativamente inferiores* a las que teóricamente podría haber impuesto de conformidad con la máxima penalidad prevista por el ER o con la escala penal que debe construirse jurisprudencialmente en supuestos concursales —atendiendo a la regla contenida en su art. 78.3—. Cuando la condena se ha fundamentado en la comisión de delitos comprendidos dentro del núcleo central de crímenes internacionales —arts. 5-8 del ER—, las penas impuestas han oscilado entre los nueve y los dieciocho años de prisión [véanse CPI, *Lubanga Sentence*, de 10 de julio de 2012 —catorce años de prisión—; CPI, *Katanga Sentence*, de 23 de mayo de 2014 —doce años de prisión, si bien la sentencia fue ulteriormente revisada y reducida a ocho años y cuatro meses (véase CPI, *Katanga Review*, de 13 de noviembre de 2015)—; CPI, *Bemba Sentence*, de 21 de junio de 2016 —dieciocho años de prisión, si bien la condena fue ulteriormente anulada por parte de la Sala de Apelaciones de la CPI, que absolvió al acusado (véase CPI, *Bemba Appeal*, de 8 de junio de 2018)—, y CPI, *Al Mahdi Conviction and Sentence*, de 27 de septiembre de 2016 —nueve años de prisión—]. Hasta la fecha, la CPI ha dictado una única condena por delitos de menor gravedad pero comprendidos también en su ámbito de competencias —delitos contra la administración de justicia del art. 70 del ER—, en la que las penas impuestas han sido sustancialmente menores a las aplicadas en sus pronunciamientos previos (véanse CPI, *Babala/Arido/Bemba/Kilolo/Mangenda Sentence*, de 22 de marzo de 2017 y de 17 de septiembre de 2018).

⁸⁸ La débil vigencia del principio de legalidad y la ausencia de marcos diferenciados para cada delito han dificultado históricamente la consecución de una distribución judicial de los castigos respetuosa del principio de igualdad en la jurisdicción penal internacional. Sobre el carácter atenuado del principio de legalidad de las penas en el Derecho penal internacional, véase AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 271-273 —se indica que no existe aún una costumbre internacional que reconozca el mandato de determinación precisa de las penas en el Derecho penal internacional y que quizá ello nunca ocurra—. Sobre la necesidad de contar con líneas-guía que sirvan de orientación y aseguren un nivel mínimo de coherencia en el proceso de *sentencing* de los tribunales penales internacionales, véase MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, pp. 331-333; sobre la necesidad de contar con escalas diferenciadas en el Derecho penal internacional, véase AMBOS, *Treatise*, vol. II, 2014, pp. 270, 303 y conc. —con referencia a los diversos estudios sobre *sentencing* que procuran una sistematización en dicha materia—.

⁸⁹ El sistema de medición de la pena de la CPI se contiene en los arts. 77-78 y 110 del ER y en los arts. 145-147 y 223-224 de las RPyP; la exigencia de proporcionalidad entre delitos y penas se contempla en los arts. 81.2.a) y 83.3 del ER.

Además de la tendencia hacia la morigeración de los castigos y de la necesidad de implementar en mayor medida el principio de proporcionalidad de las penas, resulta posible constatar también una creciente interrelación entre los sistemas jurídicos nacionales y el sistema del ER de la CPI. A diferencia de los precedentes internacionales, las jurisdicciones de los Estados parte y de la CPI se conectan a través del principio de complementariedad⁹⁰. En función de tal principio —y aun cuando la decisión última respecto a la jurisdicción que prevalece recae en la propia CPI—, los órganos judiciales de los Estados parte del ER deben ser los responsables *primarios* de llevar a cabo la investigación, enjuiciamiento y castigo de los crímenes internacionales previstos en el ER. Tal responsabilidad primaria debe cumplimentarse mediante la aplicación de la propia normativa sustantiva estatal⁹¹; la CPI únicamente de forma subsidiaria o complementaria tomará intervención en los mismos —cuando el/los Estado/s parte competentes no puedan materialmente intervenir o no tengan disposición a hacerlo—⁹².

En función de la recepción del principio de complementariedad en el ER, los crímenes internacionales de competencia de la CPI deberían enjuiciarse preferentemente en las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del ER; para ello, es menester que tales crímenes internacionales sean con-

⁹⁰ Tal principio funciona de forma inversa al principio de primacía vigente en los tribunales *ad hoc* (según el cual la jurisdicción penal internacional prevalece sobre la jurisdicción penal estatal).

⁹¹ Véanse arts. 77 y 80 del ER. Señala Maculan que se podría producir la aplicación en sede nacional de sanciones más severas o más leves que las que se aplicarían si quien interviniese fuese la CPI [véase MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, pp. 340-341].

⁹² Un adecuado cumplimiento de las obligaciones estatales de investigar, enjuiciar y castigar conductas constitutivas de crímenes internacionales impide la activación de la competencia de la CPI para conocer y juzgar dichos crímenes, en razón del principio de complementariedad (véanse arts. 17 y 20.3 del ER). El estadio en el que se encuentre el proceso nacional —investigación, enjuiciamiento o condena— referido a los crímenes internacionales de competencia de la CPI revestiría un carácter *secundario* de cara al análisis del test de complementariedad y a la posible activación de la jurisdicción de dicho tribunal; la cuestión *primaria* a valorar se referiría a la comprobación de la falta de voluntad e incapacidad del Estado nacional de traer a los responsables ante la justicia (véase AMBOS, *InDret*, 2/2010, p. 21). Para Olásolo Alonso, se debe distinguir entre *primacía formal* y *primacía material*: «Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que solo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales. Pero al mismo tiempo, los Estados parte, a través del Estatuto de Roma, han conferido a la Corte el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, lo que incluye el poder para decidir sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o, lo que es lo mismo, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada a través del Estatuto» (OLÁSULO ALONSO, en *id.*, *Ensayos*, 2011, p. 121; véase también *id.*, en HAVEMAN/OLUSANYA, *Sentencing*, 2006, p. 38, «uno podría decir que el principio de complementariedad se compone de dos elementos principales: la *primacía formal* de las jurisdicciones nacionales y la *primacía material* de la CPI» —sin cursiva en el original—. Respecto de los supuestos que habilitan la actuación de la CPI por actividad o inactividad de los órganos competentes del Estado parte, véase AMBOS, *InDret*, 2/2010, *passim*.

templados como delitos también en las legislaciones nacionales. Aun cuando no se haya producido una armonización del Derecho aplicable⁹³, se debe procurar salvaguardar la consistencia valorativa en el tratamiento punitivo que se asigne a los crímenes internacionales —sea que estos se tipifiquen, investiguen, enjuicien y castiguen en sistemas nacionales o en el de la CPI—. En razón de ello, los niveles de intensidad en las respuestas punitivas que se asignen a los crímenes en la jurisdicción penal internacional deben resultar relevantes *de alguna manera* en la configuración de los niveles de severidad que se establezcan para el castigo de dichos crímenes por parte de sistemas penales nacionales.

Si se acepta tal relevancia *en sede estatal* de los niveles de punición que se adopten en la jurisdicción penal internacional respecto a crímenes internacionales de máxima gravedad sistémica⁹⁴, ello debería repercutir en la severidad del castigo de los delitos que se contemplen en las legislaciones de los Estados parte tanto si se trata de determinar el nivel de castigos de delitos de idéntica gravedad, como si se trata de fijar la pena de delitos que, a juicio del legislador, sean de menor gravedad⁹⁵. Consideraciones de proporcionalidad relativa así lo demandan: si se pretende respetar exigencias mínimas de consistencia valorativa en la distribución del castigo, los delitos más graves —con independencia de la jurisdicción aplicable y de su catalogación como crímenes internacionales o como delitos nacionales de máxima gravedad— deben recibir mayor pena que los que se consideren más leves⁹⁶.

⁹³ El principio de complementariedad que funciona como norma de distribución de competencias entre los Estados y la CPI determina qué ordenamiento jurídico debe aplicarse ante hechos enjuiciables en distintas jurisdicciones (véase WERLE/JESSBERGER, *Tratado DPP*, 2017, pp. 121 y 182-184).

⁹⁴ La CPI resulta competente para la investigación, enjuiciamiento y castigo de los crímenes más graves contra la humanidad (véase el preámbulo del ER: «Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo»). En dicha línea, resulta razonable la manifestación de que la gravedad relativa del delito de genocidio es mayor que la del delito de asesinato clásico contenida en HÖRNLE, en SCHUMANN (hrsg.), *Das strafende Gesetz*, 2010, p. 119. En sentido diverso, véase una mención explícita al asesinato como «[e]l delito más grave de la escala», en VON HIRSCH, *Censurar*, 1998 (1993), p. 73.

⁹⁵ Se suele reconocer un efecto expansivo con repercusión en toda la escala de penas del sistema cuando se produce la introducción de nuevas penas máximas o la modificación de las penalidades de mayor severidad anteriormente previstas (al respecto, véanse ROBINSON, *Distributive principles*, 2008, p. 141, y FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 105-106, nota 60 —donde afirma que «crecen las tasas de delitos graves cuando en un ordenamiento entra en uso la pena de muerte», entre otros).

⁹⁶ Sobre la gravedad equivalente de crímenes internacionales y crímenes nacionales en función de las penalidades previstas por el sistema estatal, véase OLÁSULO ALONSO, en *id.*, *Ensayos*, 2011, p. 134 (se trataría de supuestos insertos en la misma posición *ordinal* dentro de la escala de penas). Tal razonamiento parece encontrarse subyacente también en MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, p. 341 (quien considera como «paradójico resultado» que los *máximos responsables* enjuiciados ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda no pudiesen ser condenados a pena de muerte, la cual sí podía resultar de aplicación como máximo castigo para quienes fuesen enjuiciados por tribunales ruandeses —tal pena sí estaba prevista en Ruanda—).

En cualquier caso, la repercusión que puedan tener los niveles de punición de los crímenes en la jurisdicción penal internacional no podrá influir de tal manera que conduzca a desconocer en sede nacional las exigencias del principio de legalidad y lo previsto en los marcos penales legislativos estatales⁹⁷.

De lo expuesto puede concluirse entonces que existen consideraciones procedentes del Derecho penal internacional que deben repercutir en la forma de distribución de las penas en sede nacional, siempre que se pretenda efectuar una ordenación valorativamente consistente de los delitos en función de la máxima gravedad sistémica que subyace a los crímenes internacionales. La autonomía de cada sistema para configurar sus delitos y sus penas debe relativizarse —siempre dentro de la medida de lo que permita el principio de legalidad—, a fin de conseguir el mayor grado de vigencia del principio de proporcionalidad —que rige en la esfera nacional y en la internacional—; tal objetivo debe perseguirse en el marco de la creciente interrelación de sistemas jurídicos *independientes pero vinculados* por el principio de complementariedad —por su inserción dentro del sistema del ER—⁹⁸.

Los niveles de punición que estatutariamente se contemplen y que judicialmente se fijen respecto a los crímenes de máxima gravedad sistémica deberán repercutir, entonces, de manera refleja en el nivel general de severidad penal de los sistemas nacionales. Dicha incidencia refleja supone que el nivel de severidad del *sentencing* procedente de la esfera penal internacional constituirá un criterio relevante de valoración de crímenes internacionales que se enjuicien en sede nacional. Dicho efecto debe producirse también respecto

⁹⁷ Ello significa que el efecto proyectado, en razón de lo previsto en el art. 80 del ER, no puede conducir *directamente* a alterar el sistema de penas delineado en sede nacional; la incidencia del *sentencing* de la CPI únicamente podría repercutir en sede nacional *de forma refleja o indirecta*.

⁹⁸ Tal vinculación entre las jurisdicciones estatales y la emanada del ER ha motivado que un sector minoritario de la doctrina defienda que la CPI podría activar su competencia para *controlar* decisiones nacionales de *sentencing*, a fin de evitar la imposición de penas sumamente indulgentes —que se adoptarían con el «propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte» o «incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»— [véanse arts. 17.1.c), 17.2 y 20.3 del ER]. Así, véase, por ejemplo, OLÁSULO ALONSO, en *id.*, *Ensayos*, 2011, pp. 123-124 —para quien el control del *sentencing* nacional por la CPI únicamente resultaría posible en «aquellos supuestos en los que la pena impuesta al condenado es manifiestamente insuficiente a la luz de la gravedad de los delitos cometidos y de la forma de participación por la que el acusado ha sido condenado. [...] [S]on numerosas las razones que aconsejan ser prudente y respetar en la mayor medida posible los principios generales que inspiran los sistemas nacionales de justicia penal» (*ibid.*, p. 124)—. En similar sentido, véanse también OLÁSULO ALONSO, en HAVEMAN/OLUSANYA, *Sentencing*, 2006, pp. 40-41, y MACULAN, en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2016, p. 341. Un parecer discrepante se encontraría en AMBOS, *InDret*, 2/2010, p. 21, para quien, una vez dictada condena en sede nacional, se puede adoptar incluso un indulto, que supondría una «exención típica post condena» que «difícilmente puede constituir un motivo para la admisibilidad [del caso ante la CPI], pues será difícil demostrar que fue establecida con el ánimo de proteger a la persona en cuestión de su responsabilidad penal» [art. 17.1.c) en relación con el art. 20.3.a)].

a otros crímenes no internacionales que el legislador nacional considere de gravedad equivalente a los crímenes internacionales de competencia de la CPI. Tal equivalencia surgirá de la identidad o solapamiento de las escalas conminadas en abstracto para los crímenes internacionales y para los delitos nacionales.

Tratándose de crímenes internacionales o de delitos nacionales —en tanto en sede nacional sean objeto de una valoración punitiva equivalente— los efectos reflejos del nivel de severidad de punición procedente del ámbito penal internacional supondrán un factor que debe tomarse en consideración como elemento definidor del nivel de severidad de castigos del sistema que se inserta dentro de la categoría de proporcionalidad cardinal. En razón de ello, se está ante un factor que contribuye a fundamentar un deber de interpretación restrictiva de las normas jurídico-penales y que obliga al juzgador a proceder con cautela al decidir si ingresa al marco penal abstracto y si asciende en el mismo —respetando, en todo caso, los límites derivados del principio de legalidad y de la existencia de marcos penales para cada delito—.

e) *Consideraciones derivadas de las teorías de la pena*

Finalmente, una última serie de consideraciones sistemáticas de relevancia que pueden insertarse categorialmente dentro del campo de la proporcionalidad cardinal procede de las teorías de la pena. En lo que aquí interesa, corresponde efectuar observaciones vinculadas con la escasa contrastación empírica de los efectos perseguidos por la pena y con el establecimiento de reglas de prevalencia que indiquen la forma en que los fines del castigo deben operar en sede judicial.

Respecto a lo primero, cabe señalar que no suele poder *constatarse la concurrencia de los efectos empíricos perseguidos con la imposición de la pena* —la pena produciría en concreto efectos diversos a los inicialmente perseguidos—; con frecuencia se puntualiza también que la gravedad de la pena presenta una importancia marginal en la consecución de los fines del castigo —en comparación con la que ostenta la probabilidad o certeza respecto a su imposición—⁹⁹. La escasez de resultados empíricos constatables de la

⁹⁹ Sobre los escasos efectos empíricamente constatables que puedan asociarse a la gravedad de la pena, véanse, entre otros, BECCARIA, *De los delitos y de las penas*³, 2000 (1764), pp. 51-55 (en donde, a fin de conseguir efectos de prevención general intimidatoria, se enfatiza especialmente la relevancia de la probabilidad, prontitud y certeza de la imposición de la pena por encima de su concreta medida o severidad: «La certeza de un castigo, aunque moderado, causará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad»); DOLCINI, *RIDPP*, 1981, p. 58 (los estudios empíricos adjudicarían relevancia preventiva a la certeza de la imposición de la pena y no a la severidad de la sanción a imponer); DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, p. 145; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 79 y ss.; introducción de CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO en ROBINSON, *Principios distributivos*, 2012, p. 20

pena como instrumento efectivo con capacidad para evitar futuros delitos se vincula con las complejas variables que inciden en la adopción de decisiones por parte de los individuos¹⁰⁰. Asimismo, los déficits empíricos en cuanto a los logros que puedan atribuirse efectivamente a la pena deben asociarse a que esta tiene un impacto como instrumento de control social más bien difuso, indirecto y a largo plazo¹⁰¹. De ello debe resultar que los argumentos procedentes de las teorías preventivas empíricas de la pena difícilmente puedan justificar segmentos de punición autónomos por encima del mínimo de la pena legalmente prevista como obligatoria¹⁰². La influencia de la pena

(quienes resaltan la diversa forma de reaccionar de los individuos frente a la amenaza de la pena y puntualizan la relevancia de la probabilidad de castigo frente a la severidad de la pena como factor de incidencia en las pautas de comportamiento), y FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 101, 106-108 y conc. [se señala que los posibles efectos (marginales) de la pena en las conductas individuales surgen de la probabilidad o certeza de detección y posterior castigo y que «la gravedad de la pena carece de efectos empíricamente constatables»].

¹⁰⁰ Véase FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 102 y ss. (el Derecho penal supone una variable de influencia menor en comparación con los demás instrumentos, pautas y normas de control social existentes; véase esp. p. 104: «Las personas se orientan más por reglas o usos sociales que directamente por leyes que amenacen su incumplimiento con pena. La observancia generalizada de las normas penales [...] es una observancia conseguida por el Derecho penal indirectamente gracias a los procesos de socialización que la pena viene a reforzar»). Al respecto, véanse LÜDERSSEN, en NAUCKE/HASSEMER/LÜDERSSEN, *Prevención general*, 2004 (1979), pp. 116-117 («la correlación existente entre la pena y el sistema de imputación históricamente desarrollado es solo una condición mínima para la motivación del autor potencial»), y MIRÓ LLINARES/BAUTISTA ORTUÑO, *InDret*, 4/2013, pp. 46-47 y conc. (sintetizan allí los autores las conclusiones de su estudio empírico vinculado con la incidencia de las normas penales en el cumplimiento de la legislación vial, indicando que la agravación de penas dispuesta por el legislador español en materia de seguridad vial «no parece relacionarse con el comportamiento de los conductores» y que «otros factores como el comportamiento percibido de los demás y los valores de legitimidad y moral compartidos por los miembros de la sociedad, parecen relacionarse en mayor medida con el cumplimiento normativo»).

¹⁰¹ FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 176-178. Cabe agregar también que los efectos constatables en el plano empírico de la pena no necesariamente se explican con base en una genuina relación causa-efecto: es posible que no se produzcan sino de forma marginal los efectos político-criminalmente esperados como consecuencia de la imposición de una pena y que, de producirse tales efectos, los mismos no tengan su causa en la pena, sino en otro factor concurrente.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 101, 105-110 (de la variación de la medida de pena no se derivan efectos preventivos de relevancia —véase esp. pp. 106-107: «Los estudios empíricos demuestran que no existe una correspondencia entre variaciones de las penas y la evolución de las cifras o estadísticas de delincuencias. Los cambios de las leyes penales, agravándolas o atenuándolas, no tienen un efecto directo en los comportamientos delictivos de la población. El endurecimiento de las penas no tiene efectos en la disminución de las cifras de la delincuencia, al menos en aquellos que ya tienen contempladas penas graves, y su atenuación tampoco tiene efectos constatados de cara a un aumento de la criminalidad. [...] Desde un punto de vista jurídico es discutible el recurso por parte del Estado a penas muy graves [...] cuando la gravedad de la pena carece de efectos empíricamente constatables, y la experiencia evidencia más bien lo contrario: las cifras de delincuencia no se ven afectadas por las variaciones punitivas»), y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, p. 83. La *normativización* de la medida de pena y la relativa emancipación de la misma del campo de lo empírico no conduce a un endurecimiento del sistema punitivo [véase FRISCH, en FEJOO SÁNCHEZ (ed.), *Culpabilidad y neurociencias*, 2012, pp. 42-46, esp. p. 46 —«En comparación con las aportaciones empíricas de la neurociencia, la realidad es que el ordenamiento jurídico trata al autor de forma más moderada que lo que deriva de dichos conocimientos. [...] [E]l ordenamiento jurídico no tiene vetado tratar

como institución se derivaría más bien de la propia existencia de un sistema punitivo y no tanto de la medida de castigo a imponer¹⁰³.

La escasez de evidencias empíricas que acrediten la producción de los fines de la pena debe conducir a cierta normativización en la materia. Difícilmente pueda considerarse que la prevención especial positiva concebida como *maximización de la no desocialización del sujeto* —y no ya como resocialización, rehabilitación o reeducación del condenado— constituya un fin estrictamente de tipo preventivo-empírico. La crítica de la falta de sustento empíricamente constatable debe predicarse también de modelos teóricos orientados a la motivación de conductas individuales indirectamente a través de la pena intimidatoria; dichos modelos parten también de premisas que no resultan empíricamente verificables¹⁰⁴ y que, por tanto, supone aceptar que, *por lo menos en alguna medida*, el castigo estatal persigue efectos simbólicos, expresivos o comunicativos —buena parte de lo que se espera (a corto, mediano y largo plazo) de la previsión en abstracto y de la imposición en concreto del castigo no puede actualmente ser corroborado en el terreno empírico como efecto derivado *necesariamente* de la pena misma—¹⁰⁵.

al autor, en virtud de la asunción de partida de su cualidad como persona y de las capacidades que se derivan de ello, de forma más protectora, moderada y favorable que lo que quizá acaben aportando los conocimientos empíricos»—. Sobre ello, no obstante, véase esp. ROBINSON, en SARAT (ed.), *Merciful Judgements*, 2012, pp. 99 y ss., esp. pp. 105-117 (—quien afirma que los ciudadanos pueden tener valoraciones más indulgentes que las que contempla el sistema jurídico y que ello podría explicar el instituto del indulto, en los que se terminaría imponiendo penas por debajo del merecimiento deontológico, pero respetuosas de exigencias de merecimiento empírico—).

¹⁰³ Véanse ROBINSON/DARLEY, *Oxford J. Legal Stud.*, 24 (2004), p. 173, y ROBINSON, *Distributive principles*, 2008, pp. 21 y ss., entre otros. «Son muchos los factores que influyen en la comisión de un hecho delictivo y la *magnitud de la pena* no aparece en los estudios empíricos como una variable relevante» (FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 108 —sin cursiva en el original—). Véase también ORTIZ DE URBINA GIMENO, en MONTIEL (ed.), *Crisis principio de legalidad*, 2012, p. 175 («las personas evitan la realización de conductas delictivas por motivos distintos del temor a la sanción, de modo que el mayor o menor esfuerzo de precisión en la delimitación de los tipos o las penas es irrelevante»).

¹⁰⁴ Respecto a tales modelos, véanse ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, LI (1998), pp. 381 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*², 2010, pp. 217 y ss. —con referencias a lo valorativo-axiológico en la dogmática penal—, entre otros. Críticamente respecto a tal tipo de enfoques, resaltando en su favor, no obstante, que se trata de enfoques orientados a los efectos de la pena dentro de dinámicas sociales (y no ya a la intimidación individual de los sujetos mediante la pena), pero indicando que se trata de teorías que pretenden evitar sus déficits empíricos apelando a «la eficiencia de la pena en términos de protección de derechos con base en un argumento de plausibilidad, sentido común o lógica cotidiana de que sin la pena todo sería peor», véase FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 109-110.

¹⁰⁵ Debe reconocerse, en dicho sentido, que tal efecto encierra una especie de *metafísica de la prevención* que debe reconocerse abiertamente (véase expresamente la alusión a «una determinada posición metafísica» y a «otra metafísica» que efectúa Greco desde su defensa de una teoría de la prevención general *negativa* —véase GRECO, *Lo vivo y lo muerto*, 2015, p. 288—; véase también ROXIN, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 29, donde el autor se muestra deferente hacia la utilización de una premisa «difícilmente falseable» —consistente en que la punición estatal resulta *decisiva* para que la mayoría de la población permanezca fiel al Derecho, aun cuando se trate de una premisa empíricamente incierta y difícil de demostrar—). Resulta razonable la crí-

A los efectos de establecer la severidad general del sistema de castigos, también debe tenerse en cuenta que los efectos preventivos no dependen tanto de la severidad de las penas —legales o judiciales—, sino de la ausencia de impunidad¹⁰⁶. En tal sentido, «[l]o relevante no es castigar mucho, sino castigar [...]. Una vez cometido el delito, lo que más perturba es la impunidad»¹⁰⁷. La función del sistema penal en general y de la severidad de los castigos individuales no debe perder de vista que el «Derecho penal debe estar al servicio únicamente de un marco mínimo de convivencia»¹⁰⁸.

Respecto a la cuestión vinculada al establecimiento de una cláusula de cierre que defina el rango de cada fin de la pena en sede de determinación judicial del castigo, cabe señalar que aun cuando ello resulta deseable, lo cierto es que la mayor parte de los sistemas no la contienen¹⁰⁹ y los proble-

tica de Feijoo Sánchez respecto a los enfoques orientados a la prevención general negativa que recurren reiteradamente «al argumento de que sin la pena todo sería peor y la convivencia sería más difícil»; dichos enfoques —véanse, p. ej., ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP*, LI (1998), pp. 381 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*², 2010, pp. 217 y ss., y GRECO, *Lo vivo y lo muerto*, 2015, pp. 284 y ss.— defenderían en realidad teorías de la prevención general más que teorías de la prevención general *negativa* (véase FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 101 —esp. nota 52—, 109 —esp. nota 65— y conc.). No resulta posible entrar al fondo de dicha crítica —que supone el tratamiento de complejas cuestiones del campo de las teorías de la pena—; sin perjuicio de ello, no se puede dejar de remarcar el cuestionamiento que recientemente se ha realizado respecto a la posibilidad misma de distinguir con claridad entre teorías de la prevención general *negativa* y teorías de la prevención general *positiva* (sobre ello, véanse FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 193 —con ulteriores referencias en nota 52—, y RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 47 y 62 y ss.).

¹⁰⁶ Véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 115-116, 119 y conc.; ROXIN, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 27 —«no es la gravedad de la pena amenazada la que actúa intimidando, sino la medida del riesgo de ser atrapado»—, y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 274, entre otros.

¹⁰⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 270. La constatación de que la severidad de la pena no resulta decisiva para la consecución de efectos preventivo-generales debe conducir a que se ponga el énfasis en que la pena supone una respuesta a la infracción de una norma, lo que no necesariamente requiere que la pena sea «especialmente dura», bastando con que se trate de una «respuesta suficiente» (véase *ibid.*, p. 271, nota 19): «Superando unos niveles mínimos de seriedad, no existe una relación directa entre dureza e incremento de penas y reducción de cifras de delincuencia o mantenimiento de la criminalidad dentro de ciertos límites» (*ibid.*, p. 273). Si bien desde una perspectiva conceptual divergente y desde la incidencia reciente del Derecho penal de los derechos humanos en el monopolio estatal del *ius puniendi*, Viganò ha hecho referencia también a que supone una preocupación mayor la impunidad que el exceso de punibilidad [véase VIGANÒ, *Política criminal*, 9 (2014), p. 431]. Acale Sánchez señala, por su parte, que «[e]l fracaso que se asocia al Derecho penal hunde sus raíces en lo mucho que se ha confiado que él mismo hiciera» (ACALE SÁNCHEZ, *Medición*, 2010, p. 329).

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina penal*, 5-8 (1979), p. 571.

¹⁰⁹ En favor de la inclusión de una regla de cierre o de prevalencia que permita resolver la cuestión de las antinomias de la pena, véanse DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, pp. 34 y conc.; *id.*, *RIDPP*, 1981, pp. 36, 45 y conc.; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 98-99; MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, pp. 76, 96 y conc.; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 5, 11, 21, 48, 157, 381, 393 y ss. y conc.; RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 900, y FIANDACA/MUSTO, *PG*⁷, 2014, pp. 802 y ss., esp. p. 807, entre otros. Sobre el aval de la jurisprudencia constitucional a la legitimidad de no explicitar un fin prevalente de la pena, véanse ROXIN, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 31 (con referencias a la jurisprudencia del BverfG alemán); MANNOZZI, *Commisurazione*,

mas deben ser resueltos por vía interpretativa. Incluso en aquellos sistemas donde hay expresa referencia —legal o constitucional— a ciertos fines, se discute respecto a la inadmisión o admisión —y en este último caso, sobre la prevalencia o subordinación— de los fines no explícitamente mencionados por la norma.

En atención a lo expuesto, en el enfoque que aquí se propone los fines del castigo ostentan una relevancia prevalentemente *cardinal* en la determinación de la pena individual y suministran razones prudenciales que justifican proceder de forma restrictiva en la interpretación de las normas penales de conducta y de sanción¹¹⁰.

III. LA PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO

1. El concepto de proporcionalidad ordinal y su capacidad de rendimiento

La proporcionalidad ordinal —también designada como proporcionalidad relativa—, fue propuesta como categoría conceptual por von Hirsch y consiste en que la medida de pena impuesta debe corresponderse con la medida de gravedad del hecho delictivo. De la noción de proporcionalidad ordinal, a partir del establecimiento de una relación de adecuación entre cada delito y su pena, se deriva que a hechos de mayor gravedad corresponde aplicar penas de mayor severidad y que, de forma correlativa, a hechos de menor gravedad corresponde aplicar penas de menor severidad¹¹¹.

1996, pp. 9, 390, 394 y conc. (con referencia a la adopción de una concepción polifuncional de la pena por parte del Tribunal Constitucional italiano); DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 293-294, 300 y conc.; DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014, p. 20 —con referencia a la falta de explicitación del fin prevalente de la pena en la jurisprudencia de los máximos tribunales norteamericano y alemán—, y NEUMANN, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 460 —con referencia a la jurisprudencia constitucional alemana—, entre otros. La problemática se vincula también con el eterno e irresoluble debate de las teorías de la pena [véanse BELOFF, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 55, y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 25, 99 y conc.].

¹¹⁰ Ello contrasta con el proceder tradicional en la doctrina, que ha centrado la discusión de la determinación judicial del castigo en la resolución de las antinomias de los fines (retributivos y/o preventivos) de la pena, confiando (excesivamente) en la capacidad de rendimiento *ordinal* de cada uno de ellos para justificar aumentos y disminuciones en la punición y para *recorrer* en toda su extensión la escala de sanciones de posible aplicación (al respecto, véanse también *supra* Primera Parte, Capítulo II, apartado VIII y Segunda Parte, Capítulo III, apartado III).

¹¹¹ Sobre el concepto de proporcionalidad ordinal o relativa, véanse, entre otros, VON HIRSCH, *Past or future crimes*, 1985, pp. 40-43, 63 y ss. y conc.; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 200-201 (véase nota 4); LORENZO MARTÍN, *ADPCP*, L (1997), p. 542; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998 (1993), pp. 45-47, 61 y ss., y conc.; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, p. 138; VON HIRSCH, en *id.*/ASHWORTH/ROBERTS, *Principled sentencing*³, 2009, p. 120; ROBERTS, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 19; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano*

De conformidad con las exigencias *ordinales*, las teorías de la proporcionalidad con el hecho demandan la elaboración de una escala que permita identificar la gravedad relativa de cada delito dentro del sistema, a la vez que la gravedad relativa de diversas configuraciones posibles de un mismo delito. Una vez construido dicho sistema de ordenación de delitos según valoraciones de gravedad relativa, los partidarios de los enfoques de la proporcionalidad con el hecho postulan que la tarea de la fijación de la pena requiere identificar el hecho más grave y el hecho más leve de entre los delitos, a fin de anclar la escala penal en sus puntos máximos y mínimos de castigo y luego distribuir el castigo en las categorías de delitos de gravedad intermedia.

La utilidad de dicha forma de concebir la noción de proporcionalidad ordinal se vincula especialmente con la configuración *legislativa* de tipos delictivos y de marcos penales diferenciados. Tal era el objetivo de las teorías de la proporcionalidad con el hecho en sus inicios hacia la década de 1970, en tanto surgieron para combatir los sistemas de penas indeterminadas sustentados en la prevención especial, abogando por la construcción de sistemas de cuantificación punitiva orientados a la gravedad del hecho cometido —con previsión de escalas penales diferenciadas según el tipo de delito perpetrado y según ciertos aspectos vinculados con su autor—¹¹².

Una vez alcanzado un cierto grado de desarrollo legislativo en la ordenación de la gravedad relativa de delitos y penas —estadio de desarrollo en el que podría considerarse que se encuentran los ordenamientos jurídicos

y *pena estatal*, 2016, pp. 36-37, 84 y conc.; VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 56-59 y conc., y BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.)/RUIZ ARIAS (coord.), *Terrorismo en la actualidad*, 2017, p. 244.

¹¹² La necesidad de dar satisfacción a exigencias de proporcionalidad ordinal —que cada hecho sea castigado de conformidad con su gravedad relativa, correspondiendo a hechos más graves mayor pena y a hechos más leves menor pena— es reconocida de forma amplia y desde la defensa de enfoques conceptuales divergentes. En tal sentido, y sin perjuicio de lo ya reseñado (véase *supra*, Primera Parte, Capítulo II, apartado VIII), véanse esp. FLETCHER, *Rethinking*, 1978, p. 645; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 209, 212, 221 y conc. —la autora alude a que adjudicar primacía al injusto por sobre la culpabilidad en la determinación de la pena permite efectuar juicios comparativos sobre perjuicios objetivos—; GIMBERNAT ORDEIG, en *id.*, *Estudios*³, 1990, pp. 151-157 —paradigmático partidario de una justificación de la pena orientada a la prevención general negativa que defiende, no obstante, la necesidad de efectuar diferenciaciones de pena según la gravedad de la conducta y de la afectación del bien jurídico que se derive—; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, pp. 397 y ss.; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *Sistema integral*, 2004, pp. 99-100 («Quien está dispuesto a tratar de forma dispar realidades esencialmente idénticas o a tratar de forma idéntica realidades esencialmente distintas malinterpreta el único fin legitimador de la pena, esto es, la compensación de la infracción que pone en peligro la vigencia de la norma, perturbando incluso la paz jurídica en vez de restaurarla. Desde esta perspectiva, resulta acertado el escalonamiento de marcos penales previsto *de lege lata*»); LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 172 y ss.; PERALTA, *InDret*, 2/2008, p. 21; FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, pp. 27, 30-31, 37 —se refiere allí expresamente a que se debe «reaccionar de forma gradual en relación a casos más o menos graves»—, 39-40, 52-53 y conc.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.*/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 285 —con ulteriores referencias en nota 2 respecto a la importancia de la proporcionalidad como criterio de conexión (y ordenación) entre desvalor del hecho y pena—, y PAWLIK, *InDret*, 2/2016, p. 3, entre otros.

occidentales contemporáneos brevemente presentados—¹¹³, podría pensarse que la capacidad de rendimiento de la categoría *proporcionalidad ordinal* llegaría a su ocaso. Tal conclusión, sin embargo, sería errónea. Alcanzado dicho desarrollo, el concepto de proporcionalidad ordinal puede seguir resultando de suma utilidad, en tanto se formulen algunas matizaciones a su entendimiento tradicional. Aun cuando la formulación de diferenciaciones legislativas —que den incluso una mayor satisfacción a exigencias de proporcionalidad ordinal— sea político-criminal y dogmáticamente deseable¹¹⁴, subsistirá siempre un ámbito que también debe asociarse al concepto de proporcionalidad *relativa* y que se vincula con la tarea *jurisdiccional* de interpretación e integración del Derecho —respecto a la determinación del supuesto fáctico materialmente relevante y a la fijación de la consecuencia aplicable—.

A fin de efectuar un aprovechamiento de la categoría de la proporcionalidad ordinal en el marco de sistemas de determinación de la pena que hayan alcanzado un elevado desarrollo en sede legislativa, se debe indagar, entonces, respecto al componente *específicamente jurisdiccional* en el proceso de

¹¹³ Véase *supra* Primera Parte, Capítulo I. Respecto al sistema español de determinación de la pena, con referencia a la tradición acentuadamente legalista que le caracteriza y que aún persiste en el Código Penal actualmente vigente, ha puntualizado García Arán que el legislador ha procurado especialmente desde mediados del siglo XIX efectuar una predeterminación legal exhaustiva de las penas en la que se concede un espacio reducido al juzgador [véase GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 25 —«es en 1848 y 1870 cuando se asienta el sistema de determinación de la pena basado en la aritmética penal (la parte “artística” del Código), presidido por la pretensión de fijar ya en la ley, la equivalencia exacta entre gravedad del delito y gravedad de la pena, con escasísimas concesiones al arbitrio judicial»—; véase también p. 27, en donde alude a la proporcionalidad entre la pena y la entidad *objetiva* del hecho cometido, que puede interpretarse en clave retributiva de tipo liberal y p. 30, en donde se refiere a que tanto el Código Penal español de 1944 como su sucesor de 1995 conforman la pena proporcional sobre la base del juego de circunstancias agravantes y atenuantes que modulan la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor; al respecto, véase también p. 40, enfatizando la orientación hacia la proporcionalidad *objetiva* de la gravedad del hecho en el Código Penal español de 1995].

¹¹⁴ En tal sentido, los desarrollos alcanzados en los sistemas que profundizan el principio de legalidad de las penas en el ámbito continental europeo y en los sistemas de *sentencing guidelines* con *directrices numéricas* en el ámbito norteamericano deben valorarse positivamente. En esencia, las circunstancias previstas en los mismos como agravantes o atenuantes de la pena a imponer no constituyen sino elementos del propio tipo [sobre la naturaleza jurídica de las circunstancias como elementos del tipo, véanse BAIGÚN, *Naturaleza*, 1971, *passim*, esp. 23, 26, 35 y conc. —con referencia a las circunstancias agravantes—; BACIGALUPO ZAPATER, *RFDUC*, 3 (1980), p. 63; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 92 —«la inclusión de agravantes específicas, supone ya estadios de determinación de la pena adelantados por el legislador»—; ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, 44 (1991), p. 460; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, p. 397 —quien aboga por la existencia de tipos y subtipos penales superando la dicotomía entre elementos constitutivos y circunstanciales del delito—; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 1999, p. 596, y PERALTA, *Motivos*, 2012, pp. 23 y conc., entre otros]. Respecto a que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal constituyen elementos que reflejan el mayor/menor contenido de injusto/culpabilidad en el hecho y que deben calibrar la proporcionalidad de la respuesta punitiva, véanse MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, pp. 579-582, y PUENTE SEGURA, *La Ley*, 1 (1998), pp. 1973-1974, entre otros.

atribución del castigo. En tal sentido, cabe recordar que aquí se propone asociar la noción de proporcionalidad ordinal con la naturaleza jurídica de la función jurisdiccional y con la delimitación de las funciones del legislador y del juzgador en la elaboración, configuración y aplicación de las normas. Sobre la base de las premisas explicitadas respecto a tales cuestiones, se defiende que las exigencias de proporcionalidad ordinal constituyen un cometido *primordialmente* legislativo y que la función del órgano judicial reviste un carácter *marginal* en la ordenación de los delitos y de sus correlativas penas dentro de la escala de punición¹¹⁵.

Con la asignación de carácter *marginal* al rol del juzgador no se ha explicitado, sin embargo, en qué radica el cometido propiamente *judicial* en la determinación de la pena. El mismo ha de identificarse con sendas operaciones de *subsunción punitiva*, que se conciben como juicios de valor conducentes al anclaje *judicial* de la pena individual en la escala *legal*. Dichos juicios se designan aquí como primer y segundo punto de anclaje y se identifican con las problemáticas consistentes en *ingresar* y *recorrer*, respectivamente, el marco penal aplicable.

El *primer punto de anclaje judicial* de la pena individual consiste —no propiamente en la determinación de una medida de *pena* sino— en la delimitación de la gravedad requerida para que una concreta configuración de un hecho formalmente típico resulte subsumible en la penalidad legal *mínima* de obligada imposición —operación de la cual dependerá finalmente la posibilidad de *ingresar efectivamente en el marco abstracto*—. Respondida afirmativamente dicha problemática del *ingreso* al marco abstracto, debe tener lugar el examen referido al *segundo punto de anclaje judicial* de la pena individual, que supone una ulterior operación valorativa conducente a *recorrer* el marco y a fijar la pena final.

La posibilidad real de recorrer judicialmente la extensión del marco aplicable dependerá del *margen* que quepa considerar como delegado por el legislador al juzgador en la tarea de delimitación del campo de lo punible. Cuanto más exhaustivo sea el legislador en dar cumplimiento al mandato constitucional de determinación de los tipos y de las penas, menos *margen judicial* subsistirá para complementar, concretar e integrar las normas incompletas por vía interpretativa. Un mayor respeto del mandato de determinación de los tipos y de las penas supondrá una menor posibilidad de que el juzgador restrinja interpretativamente el campo de aplicación de ambos¹¹⁶.

¹¹⁵ Incluso partidarios de la inadmisibilidad de valoración *judicial* de la prevención general negativa y de la legitimidad y relevancia de la prevención especial admiten que la determinación de la pena supone una distribución de funciones entre el legislador y el juzgador (véase GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 32).

¹¹⁶ No obstante, debe tenerse especial cuidado en no *legitimar* que la satisfacción de exigencias de proporcionalidad ordinal quede en manos primordialmente del juzgador, en supuestos en donde el legislador no cumpla debidamente con el mandato de determinación —de los tipos y de

La segunda operación valorativa —conducente a *recorrer* el marco abstracto y anclar la pena final— supone un juicio incluso de mayor complejidad. Mientras que en la primera operación el juzgador dispone de un parámetro de referencia fijo —la penalidad mínima legal de obligada imposición— respecto al cual analizar la relevancia *material* de un hecho formalmente típico, en la segunda se carece de un parámetro equivalente. En efecto, respondida afirmativamente la pregunta sobre el *ingreso* en el marco abstracto, se debe proceder a la determinación de la concreta medida de gravedad de injusto culpable contenida en el hecho delictivo y a atribuir a dicha medida una magnitud penal exacta.

El punto de referencia más inmediato con el que se cuenta en la segunda operación valorativa de anclaje judicial de la pena se encuentra justamente en el resultado de la primera operación, esto es, en la determinación de la medida mínima de injusto culpable materialmente típico. *La extensión del marco abstracto podrá recorrerse tanto como lo exijan y permitan los condicionamientos sistémicos de proporcionalidad cardinal*. A tal fin, deberán efectuarse ulteriores distinciones en sede de aplicación del Derecho y evaluarse si concurre una *intensidad típica* que exceda de la medida de injusto culpable mínimo materialmente relevante y que permita la imposición de una penalidad superior a la mínima legalmente prevista. La problemática del segundo punto de anclaje judicial de la pena legal versa, en esencia, sobre *recorrer el marco abstracto al que ya se ha ingresado*, debiéndose determinar la medida de gravedad de injusto culpable concurrente y la cuantía de pena que debe asociarse a la misma.

Dichos juicios valorativos permiten dotar de contenido al ámbito estrictamente *jurisdiccional* de la determinación de la pena. En ambos el juzgador se ve condicionado por exigencias de proporcionalidad cardinal emanadas de aspectos sistemáticos desvinculados del injusto culpable individual y que, en esencia, le suministran razones para proceder con cautela respecto a las decisiones de *ingresar* al marco penal —en un primer momento— y de, en su caso, *recorrer* el mismo de forma *ascendente* —en un segundo momento—. Dichas razones fundamentan un deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma primaria de conducta y de la norma secundaria de sanción¹¹⁷.

las penas—. La falta de ejercicio adecuado de las competencias *legislativas* de diferenciación típica y punitiva no puede suponer, sin más, un desplazamiento íntegro de tales competencias hacia los órganos *judiciales* competentes del enjuiciamiento y castigo —cuya labor de complementación normativa reviste carácter marginal—.

¹¹⁷ En última instancia, el proceder propuesto supone efectuar una interpretación en un plano general y sistémico más que individual del principio de parsimonia. «Mediante la aplicación del principio de parsimonia, el juez debería proceder con prudencia cuando se trata de *aumentar* la severidad de la condena, debiendo dar al ofensor el beneficio de cualquier duda» (FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 64 —sin cursiva en el original—; tal precaución, según lo que aquí se propone, no debe emplearse únicamente para *aumentar* la pena a imponer dentro de un marco predetermi-

2. El primer punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta

La primera operación cualitativa del juzgador consiste en determinar si *ingresa* al marco penal por considerar que se ha producido un hecho *formal y materialmente* típico. La subsunción formal del hecho en el tipo requiere efectuar una labor de interpretación literal del precepto. La subsunción material exige, *además*, que el hecho concreto alcance el *umbral de gravedad* que se corresponda con la *penalidad mínima* prevista en abstracto en la norma secundaria de sanción.

a) *La realización de un juicio de subsunción formal y la identificación de la penalidad mínima aplicable*

El ingreso en el marco penal abstracto requiere como primera cuestión proceder a la identificación de la penalidad mínima de obligada imposición. Dicha penalidad debe surgir como resultado de un proceso que comienza con la realización de un juicio de subsunción *formal* —para determinar la calificación jurídica del hecho penalmente relevante— y, prosigue con la identificación del marco abstracto específicamente asociado al mismo —contenido en los sistemas penales continentales en la parte especial de cada Código Penal—. El marco abstracto deberá ser depurado a partir del empleo de las diversas reglas de aplicación de la pena —previstas en la parte general del Código Penal en los sistemas de orientación germánica—.

b) *El juicio de suficiente gravedad del hecho como complemento material indispensable del juicio de tipicidad formal*

El anclaje judicial de la pena en la escala abstracta requiere que el juzgador, a la luz de las circunstancias del hecho y mediante una interpretación restrictiva de los elementos del tipo —debido a las exigencias impuestas por razones de proporcionalidad cardinal—, proceda a determinar si la concreta configuración fáctica —*formalmente* subsumible en el tipo— reviste la *gravedad suficiente* para ser considerada *materialmente* relevante¹¹⁸. En tal

nado por el legislador o la *sentencing commission*, sino que incluso supone actuar con cautela en el momento de decidir *ingresar* al mismo). Sobre el principio de parsimonia, véase Primera Parte, Capítulo II, apartado I, subapartados 2 y 3.f) y apartado V, subapartado 2.

¹¹⁸ Véase la similitud de la propuesta de Cuerda Arnaú respecto al criterio interpretativo de proscripción del efecto de desaliento de derechos fundamentales —inserto dentro del principio de proporcionalidad—, criterio que conduciría a una restricción del alcance del tipo: una mera interpretación literal no resultaría suficiente para delimitar las conductas encuadrables en el mismo [véase CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 188-189].

cometido, se deben tomar en consideración muy especialmente las opciones interpretativas que se deriven de la forma en que el legislador haya dado cumplimiento al principio de legalidad en su concreta vertiente de mandato de determinación de los delitos y de las penas¹¹⁹.

El juicio exigido para afirmar la concurrencia de injusto culpable *material* puede concebirse como un juicio respecto a si la concreta configuración del hecho —de entre las múltiples posibles e imaginables— traspasa el *umbral de gravedad suficiente* que se corresponda con la penalidad legal mínima de obligada aplicación. En dicha apreciación se deberá tener en cuenta la gravedad análoga de hechos subsumibles en el mismo tipo, a la vez que la forma de proceder frente a hechos castigados con idéntica penalidad mínima pero subsumibles formalmente en otros tipos penales¹²⁰. Ello supone un juicio de subsunción *punitiva*: se trata de determinar si procede subsumir el hecho concreto —*formalmente típico*— en la penalidad legal mínima de obligada aplicación. Únicamente cuando la *lesividad social* del hecho se considere lo suficientemente grave por corresponderse al menos

¹¹⁹ Lo aquí planteado —desde el campo de la determinación *judicial* de la pena— supone la adopción de un enfoque restrictivo que también se ha promovido específicamente en ciertos sectores normativos (véase PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, pp. 5-6 —véase esp. nota 4 respecto a las dificultades insuperables para distinguir con claridad y de forma plausible entre los homicidios más graves y los delitos que le siguen en gravedad desde el campo de la ciencia jurídica—, pp. 9-10 —en donde se alude a distintas formas de interpretación restrictiva que se han planteado para que la imagen del asesinato como un atentado de extrema gravedad se respete, evitando que cualquier homicidio doloso resulte subsumible en el tipo penal del asesinato—).

¹²⁰ Tal juicio permitirá evitar la desigualdad que supondría aplicar idéntica penalidad mínima frente a supuestos fácticos divergentes en los que la gravedad subyacente a la conducta desplegada sea diversa. Frase —desde su posición crítica hacia la previsión legislativa de mínimos de punición («*mandatory-minimum penalties*»)— ha señalado que la imposición de penas mínimas obligatorias será objeto de aplicación inconsistente y que en algunos (o incluso en muchos) casos dichas penas mínimas conducirán a castigar por encima de lo *necesario* —contraviniendo el principio de parsimonia— e incluso de lo *merecido* (véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 29, 32 y conc.). Sobre la relevancia de la comparabilidad de la gravedad relativa de hechos subsumibles en el mismo tipo y en diversos tipos, véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 213-214; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 581, 585, 595-596, 600 y conc. —en donde alude a la necesidad de distinguir entre gravedad abstracta o concreta de los delitos—; LORENZO MARTÍN, *ADPCP*, L (1997), p. 542; DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, p. 297 (señala allí el autor que al determinar la proporcionalidad de una pena se debe analizar si esta resulta, entre otras, estrictamente *necesaria* y que ello debe examinarse especialmente «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos» —sin cursiva en el original—); ROBERTS, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 19, y DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, 2014, p. 57 (indicándose que la comparabilidad de sanciones entre diversos delitos constituye una cuestión de proporcionalidad ordinal de gran relevancia). Sobre la fuerza expansiva de las valoraciones subyacentes a los tipos y su carácter orientador de las decisiones en materia de *sentencing*, véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 92-93; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, 2006, pp. 177-178 —resaltando el carácter convencional y no natural de la asociación entre gravedad del delito y gravedad de la pena y la utilidad de las escalas penales legalmente previstas como parámetros de comparación para la fijación de la gravedad de los delitos—, y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 23, 56, 59-60 y conc.

con la penalidad mínima obligatoria legalmente prevista, podrá completarse el juicio de subsunción formal y se estará ante un hecho *materialmente* típico¹²¹.

El hecho de que un mismo tipo penal pueda acoger en su interior diversas —innumerables— posibilidades de configuración fáctica constituye un aspecto ampliamente reconocido¹²². Ello significa que conductas esencialmente muy diversas —en el campo *fáctico*— pueden quedar perfectamente cubiertas —en el campo *normativo*— por el mismo tipo y marco penal. Tal situación se produce incluso en casos de tipos razonablemente determinados en sus contornos¹²³. La posibilidad de que diversas conductas resulten subsumibles en el mismo tipo requiere que existan marcos de punición que permitan dar cuenta —a través de la aplicación de penas diferenciadas— de la posible diversidad de injusto concurrente.

Lo que aquí se plantea podría entenderse como una manifestación concreta y anticipada de lo que se reconoce sin mayores controversias en el campo de la medición judicial de la pena desde hace décadas, pero con relación a la forma de *recorrer* el marco penal abstracto. Así, en tanto el tipo admite distintas configuraciones posibles que requieren de diversas medidas de respuesta punitiva —dentro de los márgenes legalmente previstos—, la primera operación de cuantificación judicial del castigo exige como presupuesto lógico que se determine la *concreta configuración del hecho que deba considerarse materialmente relevante en razón de corresponderse con la penalidad mínima prevista en el sistema penal*. Tal operación supone una *primera delimitación de la norma primaria de conducta a partir de elementos contenidos en la norma secundaria de sanción*.

Si la configuración de los tipos y de los correspondientes marcos punitivos se efectúa en sede *legislativa* de forma suficiente y razonable (con ponderaciones adecuadas que respeten exigencias de proporcionalidad *cardinal*), la primera operación valorativa de la determinación judicial de la pena que se propone no presentará mayores complejidades. Ello no significa que tal operación no se deba realizar, sino sencillamente que la misma no supondrá un obstáculo a la punición de la concreta conducta cometida, en tanto el hecho a enjuiciar pueda ser concebido como un subtipo comprendido, *por lo menos*, dentro de la gravedad (de injusto) que se deba asociar a la pena-

¹²¹ Véase GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, pp. 72-73, en donde se afirma la necesidad de que el juzgador *continúe* la tarea de valoración del legislador y se puntualiza que se debe analizar qué debe entenderse por *delito* al exigirse proporcionalidad entre el delito y la pena.

¹²² Véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, pp. 103, 286 y conc. —se señala que la abstracción de la norma permite comprender dentro de su ámbito de aplicación un número ilimitado de supuestos—; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 241; HÖRNLE, *Buff. Crim. L. Rev.*, 3 (1999), p. 186; DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 197, 306 y conc., y FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos Postdelictivos y Sistema de IJP*, 2009, p. 34, entre otros.

¹²³ Véase MORRIS, *Madness*, 1982, p. 151.

lidad mínima de obligada imposición —en función del marco abstracto de referencia para tal clase de delitos—¹²⁴.

Sin embargo, en razón de las tendencias político-criminales que caracterizan las reformas penales de las últimas décadas en el mundo occidental, existen cada vez más ámbitos de regulación sometidos a continuas modificaciones y en los que no resulta infrecuente constatar la presencia de tipos abiertos e indeterminados en sus elementos y que se castigan con penas de considerable severidad¹²⁵. En tales ámbitos de regulación resultará esencial la aplicación de filtros normativos por parte del juzgador al delimitar el alcance concreto del tipo, tomando en cuenta para ello la severidad de la punición contenida en la norma de sanción¹²⁶.

¹²⁴ Véase GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 67 («si en la descripción del injusto se ha guardado la justa proporción entre el desvalor de acto y de resultado, y entre él mismo y la conminación penal, de acuerdo con las necesidades de protección sentidas por la comunidad social, se estará en el buen camino de una correcta determinación penal en los niveles posteriores»).

¹²⁵ Especialmente en dichos supuestos debe resultar determinante el nivel de punición mínimo previsto en la norma de sanción, a fin de efectuar una delimitación restrictiva del alcance del tipo imprecisamente formulado: de la norma de sanción se derivan exigencias de legitimidad *adicionales* a las contenidas en el tipo. En el mismo sentido respecto a que la penalidad prevista en abstracto constituye un *ulterior* elemento de delimitación restrictiva del tipo —junto con el ámbito de protección de la norma y el bien jurídico afectado—, véanse DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 194, 196 y ss., 304-305 y conc. (el autor se refiere allí a efectuar una interpretación restrictiva del tipo a fin de evitar la aplicación de una pena desproporcionada, con referencias a múltiples sectores delictivos en los que así han procedido los tribunales en España —mencionándose, entre otros, los delitos de lesiones, agresión sexual, atentados agravados por utilización de instrumentos peligrosos, robo violento, usurpación, daños y desórdenes públicos—), e *id.*, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 217 (el juez debe «interpretar los contornos del tipo penal, desechar la punición de conductas de escaso valor»; «no puede hablarse del principio de proporcionalidad en la teoría del delito —o de cómo aplicar el principio a la concreción de si un supuesto de hecho puntual es o no subsumible en un dictado típico específico— sin referencia a la consecuencia jurídica que se deriva de ella. Será la pena prevista para un precepto concreto la que desde la idea de proporción permita decidir qué contenido se le da a este y si una conducta es subsumible o no en él, siempre, por supuesto, que exista margen de interpretación» (véase también *ibid.*, p. 230). Lo afirmado se encuentra próximo a la concepción de la doctrina del efecto de desaliento defendida por Cuerda Arnau, quien afirma que dicha doctrina no pretende estrictamente solucionar problemas de tipos penales válidos pero concebidos de forma imprecisa y poco respetuosa con el principio de legalidad, sino que suministra exigencias *adicionales* a las contenidas en el tipo para afirmar la legitimidad de la punición de las conductas contenidas en el mismo, a fin de evitar reacciones desproporcionadas [véase esp. CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 182-187; véase esp. p. 187 —«entre la indeterminación del tipo que sanciona conductas relacionadas con la libertad de expresión y la pena con que aquellas pueden ser conminadas existe una relación inversamente proporcional que obliga al legislador a poner a disposición del juez los resortes legales que permitan adecuar la pena al grado de desvalor de la conducta correspondiente», p. 188 —«el efecto de desaliento despliega, pues, su función dogmática en esos dos ámbitos: en la tipicidad, orientando la subsunción jurídica, y en la penalidad, guiando la determinación de la pena», y p. 200 —«cuando propongo al juez ordinario servirse de igual modo del efecto de desaliento, lo que propongo es una aplicación tan restrictiva de los tipos como lo requieran las exigencias materiales del derecho fundamental implicado y lo permita la ley»—].

¹²⁶ Véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 174 (se resaltan las dificultades de establecer si el hecho enjuiciado —o sus circunstancias— se pueden subsumir dentro del concepto contenido en

i) Las exigencias del mandato de determinación de los delitos y de las penas

En cuanto mandato de determinación de los *delitos*, el principio de legalidad exige una delimitación de los elementos configuradores del injusto de la forma más exhaustiva posible, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y las exigencias de autoría parlamentaria de las normas penales¹²⁷. En cuanto mandato de determinación de las *penas*, tal principio requiere que se fije legislativamente con la máxima precisión posible la pena que corresponde aplicar frente a la concurrencia de cada tipo. Dichas exigencias de concreción normativa se orientan a que los ciudadanos, en tanto destinatarios de las normas penales, se encuentren en condiciones de conocer qué acciones constituyen delito, qué acciones se encuentran permitidas y a qué sanciones pueden quedar expuestos.

ii) La permisión constitucional de apertura de los tipos y marcos penales

Sin perjuicio de tales exigencias de concreción legislativa, se admite también la existencia de límites a la pretensión de exhaustividad. En este sentido, se considera legítimo permitir un cierto grado de apertura en los tipos y en las sanciones, en razón de la imposibilidad o inconveniencia de predeterminar en abstracto *todo* lo referido a su configuración¹²⁸. La nece-

la ley, tanto en supuestos de tipos con elementos valorativos, como en casos de tipos con elementos eminentemente descriptivos); FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, p. 112 (se alude a que las limitaciones procesales tienen «importantes repercusiones para entender correctamente qué debe definirse como hecho punible en el Derecho penal sustantivo entendido en sentido estricto. [...] Incluso aunque no se acepte la idea de la “fuerza normativa de lo fáctico” se advierte de todos modos *una realidad*: la no-persecución práctica manifiesta una *valoración* que resulta relevante desde un punto de vista normativo»); DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, p. 35 (se manifiesta allí —con mención de jurisprudencia del Tribunal Supremo español— deferente a «que la idea de proporción penetre en la conformación del hecho al que vaya a asociarse la pena»), p. 292 (quien se refiere a que el juzgador debe actuar «como calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente») y conc., y FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 12 («Morris se opuso a todas las penas de carácter obligatorio y a todas las exclusiones categóricas respecto a la elegibilidad para la *probation*, ya sean previstas legalmente o por medio de directrices vinculantes de medición de la pena; a pesar de sus permanentes preocupaciones sobre la disparidad en el ámbito del *sentencing*, creía que los jueces debe retener *discrecionalidad sustancial para considerar hechos y circunstancias específicamente presentes en el caso*» —sin cursiva en el original—).

¹²⁷ Sobre el fundamento del principio de legalidad, véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 58-61; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 79 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en MONTIEL (ed.), *Crisis principio de legalidad*, 2012, pp. 173-175, y LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *id.* (coord.), en IDP², 2015, pp. 63-67.

¹²⁸ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 62, 286-287 y conc., quien alude a la necesidad de integrar los tipos abiertos o en blanco a partir de valoraciones judiciales, aun cuando ello deba admitirse solo de forma excepcional por suponer «una sensible limitación del principio de legalidad». Señala Freund que tanto el Derecho penal sustantivo como el Derecho de la determinación de la pena revisten carácter ideal y necesariamente abstracto [véase FREUND, en WOLTER/

Gonzalo J. Basso

sidad de mantener un cierto *margen de apertura* determina la existencia de marcos penales abstractos en lugar de penas fijas en los sistemas penales occidentales.

iii) *La importancia del bien jurídico o de la afectación de la vigencia de la norma como criterios de ordenación*

En la tarea *primordialmente* legislativa y *marginalmente* judicial de construir un sistema comparativo de distribución de los delitos y de las penas de conformidad con su gravedad relativa¹²⁹, el criterio de ordenación debe asociarse con la importancia del bien jurídico protegido y/o con la afectación de la vigencia de la norma¹³⁰. Con independencia del debate respecto a la función del Derecho penal como orientado a la protección de bienes jurídicos o a la protección de la vigencia de la norma —sobre el que no resulta posible profundizar aquí—, se reconoce que la concurrencia de *lesividad social* es requisito indispensable para afirmar que se está ante un injusto merecedor de pena¹³¹.

iv) *Las atribuciones del juzgador en el campo de los delitos pertenecientes al «Derecho» penal del enemigo*

El sector de regulación penal que se suele identificar como «Derecho» penal del enemigo¹³² presenta como una de sus notas características la parti-

FREUND (eds.), *Sistema integral*, 2004, p. 93]. La legitimidad de la existencia de cierta apertura en la formulación de los tipos y las sanciones ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional española [así, p. ej., en el ámbito de los tipos penales en blanco y de aquellos portadores de elementos normativos —véanse STC 120/1998, de 15 de junio (esp. FJ 5.º), y STC 24/2004 del Pleno, de 24 de febrero (esp. FFJJ 7.º y 8.º), entre otras—].

¹²⁹ Sobre la conveniencia de que el legislador adopte las medidas oportunas vinculadas con el establecimiento y ordenación de las cuantías de punición requeridas por exigencias de proporcionalidad ordinal, véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 597 (se indica allí que más que aplicar correctivos *judiciales* frente a marcos desactualizados, envejecidos, amplios y excesivamente punitivos —correctivos consistentes en imponer penas próximas a los mínimos de punición legalmente previstos—, sería mejor que el legislador revisara y ajustara dichos marcos a valoraciones político-criminales actuales; no obstante, el autor admite, de resultar necesario, la introducción en sede judicial de las modificaciones valorativas que exija la comunidad jurídica).

¹³⁰ Véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 11; GRACIA MARTÍN, *AP*, 37 (1993), p. 555; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 33, y FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, p. 113, entre otros.

¹³¹ Sobre la dimensión social del delito, véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 177 y conc.; HÖRNLE, *Buff. Crim. L. Rev.*, 5 (2001), pp. 258-259 —con referencia a la elevada abstracción en la discusión del bien jurídico en la doctrina alemana, en contraposición con la orientación más concreta del debate en el ámbito angloamericano—, y JAKOBS, *Pena estatal*, 2006 (2004), p. 127, entre otros.

¹³² Sobre la cuestionable utilización de la expresión *Derecho* para identificar tal sector de regulación, véase CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *DP del enemigo*, 2005, pp. 70 y 89 y ss.

cularidad de que los contornos que delimitan el tipo se configuran de forma excesivamente imprecisa: a partir de una interpretación puramente literal de la norma resulta posible subsumir *formalmente* en ella conductas que desde una perspectiva *material* no presentan una lesividad social que justifique considerarlas penalmente prohibidas. Ello se debe a que normalmente se trata de conductas que no suponen estrictamente el comienzo de ejecución de un delito, sino que serían meros actos preparatorios —que deberían permanecer, por regla general, impunes—¹³³. La gran indeterminación que caracteriza la delimitación típica en el ámbito del «Derecho» penal del enemigo conduce a que en determinados supuestos todas las configuraciones fácticas posibles del tipo queden, desde una interpretación estrictamente literal, «captadas» dentro de sus alcances¹³⁴.

Asimismo, la previsión de penas desproporcionadamente elevadas frente a las conductas de escasa lesividad constituye otro elemento característico del «Derecho» penal del enemigo¹³⁵. La previsión de penas excesivamente severas —asociadas a tipos penales formulados con elevados grados de apertura e indeterminación— conduciría al extremo de que conductas de nula o escasa lesividad social sean castigadas con penas de suma intensidad —en tanto, claro está, no se proceda a restringir los alcances del tipo respectivo por vía interpretativa—.

v) *La necesidad de reconocer la influencia de la norma secundaria de sanción en la configuración de la norma primaria de conducta*

Las tendencias político-criminales más recientes no permiten avizorar que el «Derecho» penal del enemigo se encuentre en retirada. Frente a ello, la forma de proceder que aquí se propone desde el campo de la determinación *judicial* de la pena ofrece al juzgador una herramienta hermenéutica para restringir los alcances de normas penales a fin de que el ámbito de lo criminal y de lo punible se reduzca teleológicamente a supuestos en donde exista un menoscabo típico de suficiente relevancia social como para considerarlo punible.

¹³³ Sobre el adelantamiento de la punibilidad como elemento característico del *Derecho penal del enemigo*, *ibid.*, p. 90, entre otros.

¹³⁴ Rodríguez Mourullo se ha manifestado críticamente respecto a «la introducción de cláusulas omnicomprendivas en los concretos tipos delictivos» ya hacia 1965, enfatizando la necesidad de dar concreción real y no puramente de palabra al principio de legalidad de los delitos y de las penas [véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *RGLJ*, 219 (1965), p. 773]. Sobre el adelantamiento de la punibilidad en el ámbito de los delitos de terrorismo, con referencia al ámbito español y alemán, y resaltando la necesidad de que no se desvirtúe el principio de legalidad en la delimitación del alcance del tipo, véase CANCIO MELIÁ/PETZSCHE, en LENNON/WALKER (eds.), *Handbook*, 2015, *passim*, esp. p. 205.

¹³⁵ Véanse CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *DP del enemigo*, 2005, pp. 90-92; Díez Ripollés, *Política criminal*, 2007, p. 106, y FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 63-64, entre otros.

El juzgador, como primera operación de atribución judicial del castigo, debe realizar un juicio de subsunción mediante el cual determine si la conducta —formalmente típica— reviste la gravedad mínima requerida para ser considerada como socialmente lesiva y resultar, por tanto, merecedora de la penalidad *mínima* de obligada imposición¹³⁶ —de conformidad con la escala penal abstracta depurada en función de las reglas legales de aplicación de la pena—. Dicha primera operación supone, en definitiva, dejar de lado un entendimiento clásico que diferencia estrictamente entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica aplicable, para aceptar que se trata de ámbitos que no admiten una diferenciación absoluta¹³⁷: *la norma secundaria de sanción debe ser tomada en consideración a los efectos de configurar los alcances de la norma primaria de conducta*¹³⁸.

¹³⁶ Sobre la reticencia judicial a proceder de tal forma, véase DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, p. 295 («la búsqueda de la proporcionalidad debe realizarse con sujeción plena e incondicionada al principio de legalidad que impone el respeto a la literalidad de la norma, sin que esto condicione, no obstante, y aunque en ocasiones se sea reactio a ello judicialmente, la posibilidad de interpretación del ámbito que pretende abarcar un precepto teniendo precisamente en cuenta la pena que se prevé para los comportamientos descritos en él» —sin cursiva en el original—). Véase también ELHART, *Individualización*, 2012, pp. 15-19, 48 y ss., 203 y conc. (para quien se ingresa al marco a través de la pena mínima y que los tribunales suelen ser reticentes a quebrantar el piso mínimo de la escala).

¹³⁷ La necesidad de vincular delito y pena ha sido puesta de manifiesto por Zaffaroni de la siguiente manera: «Delito y pena no pueden ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es el antecedente necesario de la otra, y esta, a su vez, la consecuencia natural del anterior. *Todo corte arbitrario, toda solución de continuidad que los desvincule, no es otra cosa que la confesión de un fracaso sistemático*» (ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, p. 281 —con cursiva en el original—; véase también *ibid.*, p. 328). Sobre la relevancia de la penalidad a aplicar en la valoración del hecho o de sus circunstancias y, más genéricamente, sobre la mutua influencia entre el fin y fundamento de la pena, véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 7; PUENTE SEGURA, *La Ley*, 1 (1998), pp. 1973-1974, y FREUND, *ATP*, 2009, 2/37, entre otros. En función de la experiencia norteamericana en materia de *sentencing*, Mannozi ha defendido que en Italia se persiga una reforma legislativa, en la que la ordenación relativa de la gravedad de cada delito del sistema se efectúe en primer lugar a partir de la escala de penas reales que se admitan [véase MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, *passim* (quien señala específicamente —p. 393— que parece más razonable de *lege ferenda* «formalizar la tabla de los delitos en función de las posibilidades realistas de implementación de las sanciones» y agrega —pp. 40, 396 y conc.— que en el sistema estadounidense se procedió de dicha forma, teniendo especialmente en cuenta en algunos casos la capacidad del propio sistema carcelario)]. Freund alude a que norma de conducta y norma de sanción deben diferenciarse en cuanto al bien jurídico subyacente a cada una —la primera busca evitar conductas lesivas de bienes jurídicos, mientras que la segunda, por su parte, pretende reforzar el mantenimiento de vigencia de la norma de conducta—; no obstante, el propio autor indica que «la importancia de la infracción normativa se inscribe principalmente en el ámbito de la imposición de la pena» [FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *Sistema integral*, 2004, pp. 97-98 —sin cursiva en el original—; véase también de forma expresa *ibid.*, pp. 99, 110 y conc.: «La determinación de la pena no es algo que pueda situarse junto a la teoría del “hecho punible” sin relación alguna con esta, sino que estos dos sectores se hallan materialmente relacionados entre sí y, por tanto, la determinación de la pena debe ser un desarrollo consecuente de la idea de réplica pertinente ante una “infracción normativa”»], en dicha línea, véase también *id.*, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, p. 28 («De las consecuencias jurídicas consistentes en el pronunciamiento de culpabilidad y la punición, se derivan consecuencias para sus presupuestos de aplicación»).

¹³⁸ Cabe señalar que tal razonamiento —que, a los efectos de determinar el *campo de aplicación del tipo penal respectivo* tiene en cuenta la severidad de la pena fijada por la norma de sanción—,

La tarea del juzgador en el marco de la primera operación valorativa de atribución judicial del castigo supondría la realización de un juicio de subsunción de una conducta —*formalmente* típica— dentro de la penalidad mínima de obligada aplicación. En caso de que dicho juicio de subsunción punitiva —se trata de subsumir un hecho formalmente típico dentro de una cuantía de pena mínima— arroje resultado positivo, se estará ante un hecho *formal y materialmente* típico por satisfacerse las exigencias de una interpretación *literal y sistemática*¹³⁹.

Por el contrario, la previsión por parte del legislador de cuantías mínimas de castigo imponible en abstracto que resulten desproporcionadamente altas respecto a la lesividad social de la conducta formalmente típica —de

ha sido empleado en ocasiones como forma de proceder en el campo de la determinación de los supuestos de hecho típicamente relevantes a los que serían de aplicación las penas *cualitativamente* de mayor severidad del ordenamiento jurídico. Así, con especial referencia a que la existencia de pena de muerte o de prisión perpetua —cualitativamente diversas a la pena de prisión temporal— hacía necesario determinar un campo de aplicación a las mismas, que se encontró históricamente en la tipificación del delito de asesinato —el asesinato como delito específico tendría razón de ser en dar cobertura o contenido a los supuestos en los que debe aplicarse pena de muerte o perpetua—, véase lo señalado críticamente por PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, pp. 69-72, con ulteriores referencias en notas 2-4 —véase esp. su posición crítica al respecto en p. 70: «Estas observaciones son desde luego valiosas cuando se trata de perfilar la evolución histórica del delito de asesinato, pero resultan en última instancia algo exageradas ya en ese plano descriptivo y son aún más discutibles desde un punto de vista valorativo. Ciertamente, la existencia de penas tan graves y de tan distinta cualidad [...] han podido incitar a la búsqueda de supuestos también cualitativamente diferentes a los que proyectar su aplicación, y en esa medida la identificación de tales supuestos ha podido ser funcional al intento de legitimar la imposición de aquellas penas. La tipificación separada del homicidio y el asesinato es, sin embargo, en gran medida independiente de la naturaleza de las penas previstas para tales delitos». Más recientemente, con relación a la modificación de la regulación española de los delitos de homicidio y asesinato operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español, puntualizándose la necesidad de encontrar un *campo de aplicación* a la introducción de la pena de prisión permanente revisable —pena cualitativamente más grave del sistema penal español en la actualidad—, véanse las reflexiones críticas de PEÑARANDA RAMOS, *LH Bajo*, 2016, pp. 1257 y ss. —el autor defiende la necesidad de proceder mediante una interpretación restrictiva para delimitar los supuestos de homicidio y asesinato, de conformidad con exigencias de proporcionalidad—; véase también *id.*, *Cuadernos Penales J. M. Lidón*, 13 (2017), pp. 13 y ss. —en donde procede de similar forma, si bien con referencia a la necesidad de delimitar un campo de aplicación estrictamente para cada figura típica de conformidad con lo demandado por el principio de *ne bis in idem*—. Lo que se propone aquí no resulta cualitativamente diferente: si la gravedad de la severidad máxima justifica restringir su campo de aplicación y rebajar la *calificación jurídica* para aplicar un castigo proporcional en razón de existir un tipo penal privilegiado en el que resulte subsumible la conducta, se defiende que tal proceder debe aplicarse *también* frente a supuestos de delitos de menor gravedad y penalidades intermedias —no solo frente a los casos en que esté en juego la aplicación de la máxima penalidad prevista por el sistema— y tomando en cuenta siempre la penalidad mínima de obligada imposición legal: en tanto no exista un tipo privilegiado que pueda comprender dentro de su ámbito conductas de gravedad inferior a la requerida por una penalidad mínima, se debe afirmar su atipicidad *material*.

¹³⁹ Sobre la necesidad de complementar una interpretación literal valorando aspectos sistemáticos y procediendo a la reducción normativa de los alcances de la norma penal, véase PUENTE SEGURA, *La Ley*, 1 (1998), p. 1974. Frisch alude a que debe concurrir «suficiente gravedad» en el cuestionamiento de la vigencia de la norma (FRISCH, *InDret*, 3/2014, pp. 18-19).

conformidad con una interpretación literal— pero materialmente atípica— de conformidad con una interpretación sistemática— debe conducir a que el juzgador, *dentro del marco de la legalidad ordinaria*, proceda a una interpretación restrictiva de los elementos del tipo a partir de la severidad de la penalidad mínima aplicable. En última instancia, ello conduciría a *no atribuir judicialmente castigo alguno en razón de tratarse de conductas materialmente atípicas*¹⁴⁰. Las consideraciones vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales —a la legalidad y a la proporcionalidad de las penas— se emplean aquí a fin de delimitar las fronteras de lo típico¹⁴¹.

Dicha atribución judicial de interpretación restrictiva del tipo en supuestos que se castigan con penas excesivamente desproporcionadas forma

¹⁴⁰ Con tal planteamiento, por tanto, no se habilita al juzgador de lo penal a imponer penas inferiores a las legalmente admisibles [véase FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, p. 33]. En tanto no se alcance el *umbral de gravedad* requerido por la cuantía de punición mínima prevista en la norma de sanción, se tratará de una conducta *materialmente atípica*. De conformidad con ello, mientras se contemplen escalas con indicación de mínimos de punición, se deberá identificar un campo materialmente típico y un campo materialmente atípico en cada tipo. Con ello no se pretende negar la posible lesividad social de conductas formalmente típicas pero materialmente atípicas, sino indicar que su tutela no puede realizarse a través de la aplicación de la penalidad mínima legalmente prevista. La influencia de la norma de sanción en la concurrencia concreta de una circunstancia de agravación también es puntualizada por Dopico Gómez-Aller, quien se manifiesta en contra de la aplicación de la agravación por motivos discriminatorios cuando estos no revistan suficiente relevancia en el proceso motivacional del sujeto, en tanto ello no se compadecería con la intención del legislador y, además, resultaría *intolerablemente punitivista* [véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, LVII (2004), p. 147; no obstante, el autor luego indica que puede haber una norma de conducta legítima pero desproporcionadamente sancionada—véase *ibid.*, p. 150—]. El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado en una ocasión que las leyes penales, a fin de evitar la imposición de castigos desproporcionados, deben establecer mecanismos que faculten al órgano judicial interviniente a atemperar la rigidez de las sanciones penales legalmente previstas [véase STC 136/1999, de 20 de julio, esp. FJ 30; sobre ello, véase esp. también AGUADO CORREA, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 91]. Sobre la posibilidad de imponer penas por debajo de los mínimos contenidos en las escalas abstractas en el sistema jurídico argentino, véanse TELLO, *RDPyC (Arg.)*, 2 (2014), pp. 194 y ss., y GORDON AVALOS, *RDPyC (Arg.)* 8 (2014), pp. 117 y ss., entre otros. En el ámbito norteamericano, el MPC revisado (2007) recomienda adjudicar a los tribunales de instancia una atribución extraordinaria para apartarse de la penalidad mínima de obligada imposición—«*mandatory-minimum penalties*»— (véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 73, donde el autor se manifiesta favorable a dicha atribución extraordinaria, aun cuando defiende una posición más radical, en la que se consideran ilegítimas las *mandatory-minimum penalties*, en tanto vulneran el principio de parsimonia, exceden lo merecido, contrarían el principio de proporcionalidad global y profundizan la desigualdad social; véase esp. *ibid.*, p. 73: «[d]ebe asegurarse que las recomendaciones de las directrices de sentencia dejen a los tribunales un amplio poder de atenuación»). En Alemania se ha admitido jurisprudencialmente la posibilidad de atenuación en supuestos extraordinarios en los que las concretas circunstancias concurrentes llevan a la conclusión de que una estricta aplicación de las reglas penales conduciría a la imposición de una sanción desproporcionada. Tal posibilidad se fundamenta en una aplicación analógica de la regla de atenuación contenida en el § 49.I.1 del StGB alemán y se designa como «*Rechtsfolgenslösung*» (véase PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, pp. 29 y conc.).

¹⁴¹ Véase CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 167.

parte del ámbito de la *legalidad ordinaria*¹⁴², ya que de lo que se trata es de la configuración del supuesto de hecho cuya gravedad resulta subsumible en la *penalidad mínima de obligada imposición*¹⁴³. Si dicho razonamiento se comparte, se faculta a los órganos judiciales para hacer frente a la posible ile-

¹⁴² Que se trata de una cuestión interpretativa del ámbito de la legalidad *ordinaria* y no reservada exclusivamente a la jurisdicción *constitucional* surge en ocasiones de forma implícita de la forma de proceder en la delimitación del concreto contenido típico de las normas penales. Únicamente si se trata de cuestiones de legalidad ordinaria tiene sentido acudir a formas de interpretación restrictivas —no abrogatorias— que recurren al principio de insignificancia [véase esp. LUZÓN PEÑA, en *id.* (dir.), *Enciclopedia*, 2002, pp. 243-244] o a los principios de proporcionalidad y de *ne bis in idem* [véanse esp. PENARANDA RAMOS, *LH Bajo*, 2016, pp. 1257 y ss., e *id.*, *Cuadernos Penales* J. M. Lidón, 13 (2017), pp. 13 y ss. —en donde se acude a dichos principios para delimitar un campo de aplicación específico para las figuras de homicidio y asesinato y la aplicación de sus respectivas penalidades legalmente previstas—], entre otros. Por otra parte, la adscripción al ámbito de legalidad ordinaria supone que, en última instancia, existe una contradicción lógica entre afirmar la tipicidad penal *material* de un hecho y, de forma simultánea, que al mismo no le corresponde la penalidad mínima legalmente prevista: únicamente podría plantearse la alternativa entre interpretar restrictivamente los alcances del tipo para que la penalidad mínima resulte justificada o para, en su defecto, afirmar la atipicidad material de la conducta solo *formalmente* típica —las demás alternativas no resultarían legítimas—: no debe reputarse admisible ni *forzar* al juzgador a aplicar la pena mínima (pero desproporcionada) prevista para un tipo penal de contornos difusos ni tampoco *permitirle* imponer una punición por debajo de lo predeterminado por la legislación sustantiva. Lascuraín Sánchez alude a que la doctrina del Tribunal Constitucional español «a la jurisprudencia penal le ha aportado novedad en forma de principio interpretativo de las normas penales» y «que el tribunal constitucional hace aquí lo que debe hacer: proclamar un principio sin el cual el ordenamiento penal sería indecente, hacer pedagogía con esta proclamación, e informar a los poderes públicos —a los jueces penales, pero sobre todo al legislador penal— que resulta ineludible que la proporcionalidad (la idea de la pena mínima, eficaz y contenida) informe su actividad punitiva» [LASCURAÍN SÁNCHEZ, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Evaluación racional de leyes penales*, 2016, p. 369 —sin cursiva en el original—]. Sobre la relevancia de la proporcionalidad tanto en sede constitucional, como en sede de legalidad ordinaria —para el legislador y para el juzgador—; véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 291-292, 302, 304 y conc.; AGUADO CORREA, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 54 y ss. —véanse esp. pp. 55-57 —con referencia a que el principio de proporcionalidad en sentido estricto resulta relevante en fase legal y judicial, a que la pena debe corresponderse con el contenido de injusto del hecho y a que el juzgador debe dejar de aplicar penas desproporcionadas; se señala también que la existencia de un principio de insignificancia debe permitir que frente a un exiguo contenido de injusto el juzgador disponga de una atribución de prescindir de la pena en razón de que su imposición resultaría innecesaria (*ibid.*, pp. 64-65)—; CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 154, 156-157, 159 y ss., 201-202 —«El principio de proporcionalidad, inhábil para determinar el contenido de los derechos fundamentales, se revela, sin embargo, como un excelente canon para proceder a una interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales y en esa medida es un magnífico instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario»— y conc., y DE LA MATA BARRANCO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 211, 217 y conc.

¹⁴³ En el mismo sentido aquí indicado respecto a que la norma de sanción debe ser tomada en *consideración* en la delimitación de la norma de conducta *incluso en sede de legalidad ordinaria* (y no solo en la jurisdicción constitucional) parece expedirse el propio TS español en su reciente sentencia 459/2019, de 14 de octubre (juicio a los responsables del proceso independentista catalán). En dicha sentencia —en la que, en lo referido a la acusación por delito de rebelión, se dispuso la absolución de los acusados—, el TS señaló expresamente (p. 268) que «[r]eferencia obligada para calibrar la verdadera existencia del delito de rebelión es el bien jurídico protegido por el art. 472 del CP. Se trata de un delito contra la Constitución. No bastará, por tanto, cualquier tipo de vulne-

gitimidad ínsita en tipos y sanciones, especialmente en el creciente sector del «Derecho» penal del enemigo; ello sin perjuicio de que la posibilidad última de corrección de los excesos legislativos recaiga en la intervención (eventual y restringida) del órgano constitucional¹⁴⁴.

El establecimiento de la medida de proporcionalidad estricta —entre la penalidad mínima de obligada imposición y el contenido de injusto que se considere materialmente relevante— se debe efectuar tomando en cuenta el escaso conocimiento que los ciudadanos suelen tener de las normas jurídico-penales, especialmente de aquellas en las que se contempla la posible sanción a aplicar¹⁴⁵.

vi) *La doctrina del Tribunal Constitucional español en el caso Mesa Nacional Herri Batasuna*

La propuesta aquí contenida de que la norma secundaria de sanción —específicamente en lo referido a la penalidad mínima aplicable— deba incidir directamente en la configuración misma de la norma primaria de conducta ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional español, si bien sin referirse explícitamente a que ello constituya una atribución judicial inherente al ámbito de la legalidad ordi-

ración de la previsión constitucional para que *el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista*» (sin cursiva en el original).

¹⁴⁴ Véase DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 219 y ss., 304-305 y conc. (tras proclamarse la necesidad de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad para interpretar restrictivamente el alcance del tipo y evitar penas desproporcionadas, se alude a su relevancia para la integración de conceptos jurídicos indeterminados —con referencia a la utilidad de tal proceder en la delimitación del concepto de «notoria importancia» en los delitos de tráfico de drogas—).

¹⁴⁵ Véase FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 93-94 (al efectuar su crítica a la teoría de la prevención general negativa, indica como punto débil de la misma —no tanto el conocimiento impreciso de la norma de conducta por parte del ciudadano sino más bien— que recurrir a la intimidación o disuasión por medio de la pena pasa por alto el hecho de que «los ciudadanos (a no ser que tengan experiencias delictivas anteriores) suelen desconocer, siquiera de forma aproximada, la pena que se corresponde con los diversos delitos» —en nota 38 se señala que «[s]i el autor solo conoce la antijuridicidad de lo que va a hacer, pero no los perjuicios que derivan de la conducta antijurídica, el modelo preventivo intimidatorio se derrumba»—); el autor también añade que más que la intimidación que pueda derivarse de la cantidad de pena que corresponda al delito que se cometa, lo que tiene mayor efecto disuasorio para el sujeto es el riesgo efectivo de ser descubierto, que tiende a ser sobrevalorado (*ibid.*, pp. 99-100). En contraposición a lo aquí propuesto, Silva Sánchez ha defendido la necesidad de mantener una separación entre norma de conducta y norma de sanción, pero reconoce que se debe admitir mayor *tolerancia* con el desconocimiento de las segundas que de las primeras —ello se vincula con que existe una suerte de desconocimiento parcial «entre los ciudadanos en general del conjunto de cuestiones relativas al modo de operar de la norma secundaria o de sanción (regla de decisión), que se dirige en primera instancia solo a los funcionarios judiciales»— (SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 72). En cualquier caso, queda pendiente determinar el papel que pudiera asignarse al error respecto a la punibilidad [véase MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 4812 (se indica allí que si el error sobre circunstancias objetivas afecta la medida de injusto del hecho, entonces deberá tratarse como error relevante —de tipo o de prohibición— y no como error irrelevante sobre la punibilidad)].

naria¹⁴⁶. Tal reconocimiento se formuló en la STC 136/1999 del Pleno, de 20 de julio, que se dictó en el marco de un recurso de amparo presentado frente a la STS 2/1997, de 29 de noviembre, que había condenado por el delito de colaboración con organización terrorista a los integrantes del órgano directivo Mesa Nacional de la Coalición Herri Batasuna. El Tribunal Supremo español había enjuiciado la actuación llevada a cabo por los integrantes de dicho órgano directivo en el marco de un proceso electoral en el que se pretendió —sin éxito— utilizar los espacios de propaganda política de Herri Batasuna en los medios de comunicación para difundir como parte de su campaña electoral material que le había sido entregado por la organización terrorista ETA¹⁴⁷.

La STS se adoptó en un momento en el que en España la apología del terrorismo no constituía delito y en el que la figura de colaboración con organización terrorista requería la presencia de actos *materiales* de colaboración, interpretándose que resultaba atípica una colaboración *ideológica*¹⁴⁸. Debido a las previsiones normativas contenidas en el sistema español, la sentencia del Tribunal Supremo no era recurrible ante la *jurisdicción ordinaria*, pudiendo únicamente acudirse en amparo ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este procediera a revisar la STS en razón de la posible vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de la *jurisdicción constitucional*, pero no la corrección del juicio de subsunción realizado por el máximo tribunal judicial español en el terreno de la *jurisdicción ordinaria*.

El Tribunal Constitucional, al conocer del recurso de amparo, dispuso la inconstitucionalidad de la STS 2/1997, de 29 de noviembre, al considerar que dicha decisión judicial concreta vulneraba la *proporcionalidad estricta que debe existir entre un delito y su pena*, aplicando a tal fin la doctrina en materia de proporcionalidad que el propio Tribunal Constitucional había desarrollado previamente en su jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, el Tri-

¹⁴⁶ Sobre ello, véase BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.)/RUIZ ARIAS (coord.), *Terrorismo en la actualidad*, 2017, pp. 239 y ss.

¹⁴⁷ Véanse referencias a los hechos del caso en ASÚA BATARRITA, *La Ley*, 3 (1998), pp. 1638-1639; CANCIO MELIÁ, *Delitos de terrorismo*, 2010, p. 250; CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 196, nota 82, y BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.)/RUIZ ARIAS (coord.), *Terrorismo en la actualidad*, 2017, pp. 241-243, entre otros. Sobre la relevancia de la denominada doctrina del *efecto de desaliento* en la resolución del caso por parte del Tribunal Constitucional español, véase esp. CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 174 y ss. —el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español se situaría en una aplicación judicial del Derecho desproporcionada que desalienta el ejercicio de derechos fundamentales—.

¹⁴⁸ Véase la valoración crítica de la citada sentencia por parte de Asúa Batarrita, quien puntualiza que el Tribunal Supremo introdujo por vía de interpretación un tipo no vigente en el sistema penal español, interpretación que finalmente sustentó una condena a pena de prisión de cumplimiento efectivo de los condenados [véase ASÚA BATARRITA, *La Ley*, 3 (1998), pp. 1639-1644; véase también CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 198 —se indica que se estaba ante un supuesto de «indiscutiblemente atípico apoyo ideológico»—].

bunal Constitucional mantuvo la constitucionalidad general del precepto, ya que —a su entender— se había producido únicamente un problema de constitucionalidad en la aplicación de la norma al caso concreto. Interesa aquí destacar el FJ 30 de la STC 136/1999 del Pleno, de 20 de julio, del que se infiere la idea de que la norma de sanción debe influir en la configuración de la norma de conducta:

«Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, solo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la [...] apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, [...] el aplicador del Derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables»¹⁴⁹.

De haber existido una instancia *judicial* revisora de la sentencia de instancia, quizá no se hubiese requerido acudir a la vulneración del principio de proporcionalidad en sede constitucional y hubiese resultado suficiente efectuar una correcta aplicación del tipo para disponer la absolución de los acusados por falta de tipicidad *formal* de la conducta enjuiciada, aun cuando ello condujese —en palabras del Tribunal Constitucional— a «dejar impunes conductas particularmente reprochables». No obstante, se debe tener en cuenta que el principio de proporcionalidad de los delitos y sus penas debe jugar también un papel relevante en la jurisdicción ordinaria —y no circunscribir su eficacia únicamente a la jurisdicción constitucional—. En efecto, la configuración *materialmente relevante* del supuesto de hecho *concreto* a la luz de la pena *mínima* legalmente establecida exige un mayor esfuerzo de fundamentación y suministra un argumento adicional para evitar —en sede de legalidad ordinaria— la aplicación incorrecta de tipos penales¹⁵⁰. Ello resulta especialmente útil en situaciones en las que se realicen interpretaciones jurisprudenciales novedosas, de discutible sus-

¹⁴⁹ STC 136/1999 del Pleno, de 20 de julio, FJ 30.

¹⁵⁰ Aun dejando de lado la controvertida cuestión respecto a la tipicidad *formal* de las conductas que fueron objeto de enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo en el asunto anteriormente citado, podría haberse dispuesto su atipicidad *material* a la luz de la elevada penalidad mínima prevista en abstracto. Ello se vincula con la exigencia de proporcionalidad estricta entre la gravedad del delito y la severidad de la pena —que puede no concurrir aun cuando se castigue imponiendo la pena más baja de entre aquellas legalmente admisibles— [en similar sentido, véase CUERDA ARNAU, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 197-198]. Sobre el principio de proporcionalidad estricta entre delito y pena, véanse esp. AGUADO CORREA, *Proporcionalidad*, 1999, pp. 282 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, *La ley*, 5 (1999), pp. 2053 y ss.; AGUADO CORREA, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 33-65, y NAVARRO FRÍAS, *ibid.*, pp. 417-453, entre otros.

tento legal y que pueden suponer la afectación directa de derechos fundamentales¹⁵¹.

vii) *El principio de insignificancia en la dogmática alemana y española*

Desde el campo de la dogmática del hecho punible, la necesidad de ponderar el grado de lesividad ínsito en la conducta ha sido planteada expresamente por autores como Roxin en Alemania y Luzón Peña en España. Dichos autores han considerado que resultan atípicos aquellos hechos que, aun cuando resulten subsumibles formalmente dentro de los alcances del tipo, no superen umbrales mínimos de *lesividad*¹⁵². Lo que aquí se propone es una traslación de dicho criterio al campo de la determinación judicial del castigo: los hechos formalmente típicos pero de gravedad insuficiente en

¹⁵¹ Sobre la necesidad de mayor articulación entre límites *constitucionales* y aplicación *judicial* del Derecho, véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 28 («Aunque las doctrinas constitucionales en parte reflejan factores históricos y textuales que no se constriñen a un régimen de determinación de la pena y su marco teórico, los valores jurisprudenciales subyacentes deberían ser congruentes y reforzarse mutuamente en el Derecho constitucional e infraconstitucional, incluso cuando los estándares constitucionales vayan a ser siempre menos estrictos»).

¹⁵² Sobre el principio de insignificancia como criterio interpretativo para restringir los alcances del tipo, dejando *materialmente* fuera del mismo supuestos *formalmente* subsumibles pero de escasa importancia —situación que podría darse en la *mayoría de los tipos*—, véase esp. ROXIN, *Política criminal*, 2000 (1972), pp. 73-74 —en donde se otorga al principio el carácter de principio de validez general para la determinación del injusto, ejemplificando con referencias a ciertas figuras delictivas—. En la doctrina española, véanse esp. LUZÓN PEÑA, en *id.* (dir.), *Enciclopedia*, 2002, pp. 243-244 —en donde se afirma que tal principio se refiere a injustos de bagatela y «significa que no pueden ser penalmente típicas acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico, o sea, que no estén justificadas y no sean plenamente lícitas, sin embargo en el caso concreto su *grado de injusto* sea mínimo, insignificante: pues conforme a su carácter fragmentario las conductas penalmente típicas solo deben estar constituidas por acciones gravemente antijurídicas, no por hechos cuya gravedad sea insignificante. El principio de insignificancia significa, pues, una restricción tácita de los tipos» (*ibid.*, p. 243, con cursiva en el original)—; AGUADO CORREA, en LASCURAIN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 57 —para quien el principio de insignificancia deriva del principio de proporcionalidad estricta entre gravedad del hecho y gravedad de la pena: «No se puede seguir considerando proporcional la pena prevista por el legislador para determinados comportamientos, cuando nos encontramos ante supuestos en los que el contenido de injusto es mínimo. Para estos supuestos se debe prever la posibilidad de que el juez deje de aplicar la pena por desproporcionada»—, pp. 64-65 —el juzgador de lo penal dispone de la atribución de prescindir de la pena en razón de que su imposición resultaría desproporcionada o innecesaria al contenido de injusto— y conc., y LUZÓN PEÑA, *PG*, 2016, pp. 329-330, entre otros. En similar sentido, véanse DE VICENTE REMESAL, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales*, 1999, p. 146, nota 89 y p. 152; FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, pp. 110-111, *id.*, *AT*, 2009, 2/38, y LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, pp. 347-350 —en el marco de la interpretación de los delitos de terrorismo—. Véase también la regulación italiana contenida en el art. 131 bis del CP, mediante el cual se contempla la exclusión de la punibilidad por la especial falta de gravedad del delito («*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*») —dadas ciertas condiciones y siempre que no se esté ante supuestos de habitualidad y de que se trate de comportamientos castigados con pena de multa o de privación de libertad cuyo máximo no supere los cinco años—.

cuanto a su contenido material de injusto deben quedar exentos de la posibilidad de recibir una pena comprendida entre el mínimo y el máximo previsto en abstracto —la *punición* de los mismos, de admitirse, se ubicaría por debajo de la pena mínima legalmente prevista y supondría aplicar una pena legalmente no disponible—¹⁵³. La concesión de una atribución estrictamente judicial de interpretación restrictiva de los alcances del tipo en función del *principio de insignificancia penal* requiere que se delimite, en todo caso, el concreto ámbito de aplicación que se reconozca al tipo —esto es, se debe precisar *cuándo* no resultan insignificantes hechos formalmente típicos—¹⁵⁴.

viii) *La forma de proceder en el ámbito alemán*

En el sistema alemán la conformación del marco dentro del cual fijar la pena final, en ocasiones, debe determinarse por parte del juzgador a partir de una valoración integral que permita calificar los casos enjuiciados como *casos de especial gravedad* («*besonders schwere Fälle*») o como *casos de menor gravedad* («*minder schwere Fälle*») ¹⁵⁵. La posibilidad de fijación de un marco penal para supuestos de menor gravedad o de mayor gravedad supone que la propia escala concreta a emplear se delimita, en última instancia, en sede judicial. La punición prevista en las escalas de penas de posible aplicación —contempladas en las normas de sanción— incidirá en la valoración del juzgador respecto a la menor o mayor gravedad del hecho ¹⁵⁶.

¹⁵³ En el ámbito procesal se reconoce en ocasiones la posibilidad de que ante hechos de escasa relevancia no se incoe acción o que se ponga fin provisionalmente al procedimiento, mediante acuerdos entre las partes e intervención del órgano judicial [véanse, p. ej., los §§ 153 y 153a de la legislación procesal penal alemana (*Strafprozessordnung*, StPO)]. Con referencia a dichos párrafos, señalando la necesidad de tomar en cuenta aspectos procesales en el análisis de la estructura del sistema de sanciones, véase ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, p. 218 (con mención de la relevancia que deben tener también los mecanismos de oportunidad procesal legalmente previstos).

¹⁵⁴ Sobre la posible relevancia extrapenal (constitucional, civil o administrativa) de la conducta atípica por insignificancia y sobre la necesidad de que la interpretación restrictiva del tipo según el principio de insignificancia no suponga un vaciamiento *completo* del mismo —no puede por vía hermenéutica defenderse una interpretación de que el tipo contenga en su totalidad una conducta insignificante—, véase esp. LUZÓN PEÑA, en *id.* (dir.), *Enciclopedia*, 2002, pp. 243-244.

¹⁵⁵ Véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 597. Dicha calificación resulta permitida por preceptos de la parte especial del StGB alemán e independiente de las modificaciones que pueda sufrir el marco a emplear de conformidad con las pautas previstas en su parte general (en donde se disponen rebajas obligatorias o facultativas del marco en ciertos supuestos).

¹⁵⁶ Véanse esp. ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, p. 230 —se indica que la apreciación de un caso de menor gravedad resulta decisiva para evitar la aplicación de penas mínimas muy elevadas—; *id.*, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 215, 221-222 (nota 58), 228, 229-230 («La previsión legal de casos de menor gravedad que permite el apartamiento de penas mínimas elevadas vuelve a abrir la elección entre pena de días-multa y pena de prisión o entre pena de prisión en suspenso y de prisión efectiva. [...] En Alemania no ha habido un intento político serio de elevar las cuantías legales mínimas de punición en las últimas décadas sin que se ofrezca simultáneamente una rampa de escape en la forma de la categoría de “menor

En el ámbito específico del homicidio y del asesinato, por su parte, la aplicación literal de las reglas jurídico-penales a ciertos supuestos —como aquel en el que se produce la muerte del tirano de casa por parte de la mujer maltratada en situaciones sin confrontación— conduciría a que se deba imponer a algunas conductas la penalidad máxima correspondiente al delito de asesinato aun cuando resulte discutible que se esté ante supuestos de gravedad que puedan calificarse materialmente como asesinatos. En tales casos, se ha procurado reducir por vía interpretativa los alcances del tipo de asesinato, considerándose que la circunstancia de alevosía no concurriría materialmente al examinarse debidamente el contexto integral en que tiene lugar el hecho sometido a enjuiciamiento¹⁵⁷.

Lo expuesto refleja la incertidumbre que puede rodear la forma de construir el *supuesto de hecho* mismo del delito de asesinato —que debe contener un injusto de máxima gravedad—. Pese a la claridad de la penalidad aplicable en casos de asesinato en el sistema alemán —prisión perpetua—, la dureza de la sanción imponible conduce a que en ocasiones se revise el alcance mismo de tal figura delictiva, efectuándose una interpretación restrictiva del tipo con el fin de evitar la imposición de una pena cuya gravedad no se corresponda con la de la conducta efectivamente cometida. Tal proceder se ha avalado jurisprudencialmente mediante la denominada «teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo» («*Lehre von die Negativen Typenkorrektur*»), según la cual se admite la incorporación de elementos no expresamente previstos dentro del tipo, en caso de que ello resulte necesario para restringir sus alcances¹⁵⁸.

gravedad” que vuelva a abrir el camino otra vez hacia marcos penales de menor gravedad») y conc. —el autor puntualiza que la mayoría de los tipos contemplan únicamente una pena legal máxima en Alemania y que cuando existen cuantías de punición mínima (que suele ser de un año de prisión) se permite en ocasiones apreciar si concurre un caso de menor gravedad a fin de rebajar dicha pena (habitualmente la rebaja permite, en última instancia, la suspensión de la pena)—, y BUSSMANN, en MATT/RENZIKOWSKI (hrsg.), *Kommentar*, 2013, Rn. 9, entre otros. Respecto al diverso carácter que han tenido las reformas en el ámbito norteamericano con las denominadas sentencias mínimas obligatorias, véase TONRY, *Criminology & Pub. Pol’y*, 5 (2006), pp. 45 y ss.

¹⁵⁷ Se ha admitido jurisprudencialmente que, pese al tenor literal de la norma —que estipula prisión perpetua para el asesinato—, debe admitirse la posibilidad de aplicar penas de prisión temporal; ello se ha fundamentado en la necesidad de tomar en cuenta exigencias de individualización del castigo y de permitir ajustar la pena a la culpabilidad del autor [véanse HÖRNLE, en SCHUMANN (hrsg.), *Das strafende Gesetz*, 2010, pp. 118-120, y ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 226-227].

¹⁵⁸ Sobre la restricción jurisprudencial del campo de aplicación del delito de asesinato en la doctrina alemana y la teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo, véanse esp., entre otros, FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, p. 33 [«una delimitación restrictiva de los presupuestos típicos ofrece una cierta “válvula de escape hacia abajo” (como p. ej., en el caso del asesinato conforme al § 211 dStGB)»]; PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, pp. 5, 10 —en donde se describe la *Typenkorrektur* como la «incorporación por vía interpretativa de cláusulas generales de especial reprochabilidad que corrijan los resultados a que conduce la constatación en el hecho de los elementos definitorios de la correspondiente circunstancia cualificativa» y se advierte de los riesgos de tal proceder, que se diferencia cualitativamente de un proceder orientado hacia la

Por otra parte, en el sistema penal alemán existen diversos mecanismos para canalizar el tratamiento de hechos delictivos de escasa gravedad, sin necesidad de tener que *ingresar* y *recorrer* el marco penal abstracto previsto para el delito¹⁵⁹.

ix) *La forma de proceder respecto a la diferenciación de los delitos de homicidio y asesinato en la doctrina española*

Recientemente en la doctrina española se ha renovado el interés en profundizar en el estudio de ciertas figuras delictivas específicas, a fin de delimitar con ello el campo de aplicación de las penalidades fijadas en abstracto para las mismas. Las recientes reformas producidas en el ámbito de los delitos de homicidio y de asesinato han generado importantes problemas interpretativos y valorativos, de manera que la claridad respecto a la *penalidad aplicable* a uno y otro tipo de figuras contrasta significativamente con respecto a la de la *delimitación del campo de aplicación de cada una de dichas figuras penales*.

Al respecto, Peñaranda Ramos ha manifestado que se debe proceder mediante una interpretación restrictiva de los elementos del tipo de asesinato, que tome en cuenta la necesidad de evitar una infracción a las exigencias de los principios de proporcionalidad y del principio de *ne bis in idem*. Mediante tal proceder el autor sugiere delimitar estrictamente el campo de los supuestos de homicidio y de asesinato y ofrecer así orientación respecto a cuándo se puede *ingresar* a recorrer el marco penal de cada una de dichas figuras típicas¹⁶⁰.

c) *Conclusión sobre la primera operación de anclaje judicial de la pena*

La primera operación valorativa de subsunción del hecho que debe realizarse en el marco específico de la atribución judicial del castigo consiste en determinar si la conducta desplegada —formalmente encuadrable en un tipo a partir de una interpretación literal— satisface las exigencias de gravedad que deben asociarse a la penalidad mínima de obligada imposición. Dicha primera operación, como consecuencia de la existencia de un deber de interpretación restrictiva de los elementos de la norma penal —funda-

interpretación restrictiva de los elementos contenidos en el tipo— y conc., y CORREA FLÓREZ, *Legítima defensa*, 2017, pp. 236 y ss. —«La corrección restrictiva negativa del tipo consiste en entender las circunstancias en las que se realizó la conducta, que configuran el asesinato, como meros indicios de que concurre la *gravedad* propia de este. Estas circunstancias, al tener un mero carácter de «indicación aproximada» de la configuración del asesinato, se pueden desvirtuar con base en los motivos especiales del autor. En otras palabras, solo se condenará por asesinato si todas las circunstancias en las que se realizó la conducta, son especialmente censurables» (sin cursiva en el original)—.

¹⁵⁹ Véase KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 805 y ss. (con referencias a supuestos de bagatela, insignificancia y delincuencia leve y a su tratamiento en la legislación procesal y sustantiva alemana).

¹⁶⁰ Véase PEÑARANDA RAMOS, *LH Bajo*, 2016, pp. 1257 y ss.; *id.*, *Cuadernos Penales J. M. Lidón*, 13 (2017), pp. 13 y ss.

mentado en consideraciones de proporcionalidad cardinal—, conduce a la impunidad por *atipicidad material* en aquellos casos en los que no exista una proporción *manifiesta* entre la medida de pena mínima imponible y la gravedad del hecho¹⁶¹ —en tales casos no se debe *ingresar* en el marco abstracto y corresponde absolver al acusado—.

En cambio, de considerarse que concurre una proporción *manifiesta* entre la gravedad del hecho y la severidad de la penalidad mínima legalmente prevista, corresponde *ingresar* en el marco abstracto y efectuar la segunda operación valorativa de subsunción. Dicha segunda operación se examina a continuación y se vincula, como ya se ha adelantado, con las atribuciones *marginales* del juzgador para *recorrer* el marco abstracto en la extensión que lo permitan las exigencias impuestas por la proporcionalidad cardinal —que deben interpretarse como limitadoras de la extensión del marco que legítimamente pueda recorrerse en supuestos de condenas por unidad delictiva—. Dicho ejercicio de *recorrer* el marco penal se orienta hacia la fijación de la pena final y se designa aquí como segundo punto de anclaje judicial de la pena individual en la escala legal.

3. El segundo punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta

La segunda operación cualitativa del juzgador consiste en determinar en qué medida se debe *recorrer* la extensión del marco penal; ello requiere que previamente se haya afirmado que concurre un hecho *formal y materialmente* típico —en función de un proceder interpretativo *literal y sistemático*—. En el cometido de *recorrer* el marco abstracto se está ante una decisión de incluso mayor complejidad que la referida a si se *ingresa* al mismo. Ello en tanto que para *recorrer* el marco se carece de un punto fijo de referencia y se deben efectuar distinciones dentro del *tipo* —supuesto de hecho— y dentro del *marco* legislativo —consecuencia jurídica— de cara a fijar la punición específica de cada hecho enjuiciado.

La mayor complejidad inherente a la segunda operación valorativa se manifiesta en la necesidad de delimitar subtipos penales y de identificar segmentos de pena de posible utilización dentro de los márgenes legislativamente previstos —cuestión esta última que debe decidirse recurriendo no solo a la valoración del hecho individual, sino también teniendo en cuenta aspectos procedentes de otros campos conceptuales, especialmente de la dogmática de los concursos—¹⁶².

¹⁶¹ Se postula la imposición de penas *manifestamente proporcionadas* —estándar más exigente que el que se derivaría de la admisión de imposición de penas *no manifestamente desproporcionadas*—.

¹⁶² La construcción de una escala penal respetuosa de exigencias de proporcionalidad *ordinal* no puede efectuarse teniendo en cuenta exclusivamente casos de unidad delictiva [véase FREUND, ATP,

La sistematización *ordinal* de la penalidad aplicable a la concreta configuración de cada hecho delictivo presenta una enorme complejidad. Dicha configuración dependerá, en última instancia, del grado de lesividad social que se asigne a la conducta delictiva¹⁶³. La elevada complejidad inherente a la sistematización *ordinal* de los delitos y de las penas conduce a que aquí solo pueda procederse al esbozo de ciertos lineamientos a tomar en cuenta por el juzgador.

a) Sobre la escala abstracta a emplear

La existencia de escalas abstractas para cada delito conduce a pensar que *todas* las penas previstas dentro de dichas escalas resultan de posible imposición. La legitimidad de tal proceder —que se desprendería de una interpretación *literal* de las normas de sanción de los sistemas de determinación legal *relativa* de la pena—, no obstante, resulta discutible a la luz de una interpretación *sistemática*.

Así como *no todos los hechos formalmente subsumibles en un tipo deben resultar materialmente típicos*, una situación análoga se presenta en el campo de la escala abstracta prevista para cada delito: *no toda magnitud punitiva formalmente contenida en el marco penal debe resultar legítimamente imponible*. Tanto en un campo como en otro deben delimitarse los *fragmentos materialmente relevantes* a partir de la complementación de una *interpretación literal inicial* con la aplicación de *filtros normativos* procedentes de una *ulterior interpretación sistemática*¹⁶⁴.

2009, 11/10 —para quien la teoría de los concursos constituye un elemento de conexión importante (*«kein wichtiges Bindeglied»*) entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias del delito—].

¹⁶³ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, p. 77 —se apunta allí la «vinculación histórica de sentido axiológico» entre delito y pena, indicándose que la apreciación subyacente a la norma jurídica está condicionada por las jerarquías valorativas del orden social; a partir de las normas jurídicas y sus valoraciones, es posible construir un sistema ordenado de delitos según su gravedad—.

¹⁶⁴ Sobre la necesidad de limitar las posibles reacciones por razones de seguridad jurídica, véase FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, p. 32. El concepto mismo de escala penal debe interpretarse con arreglo a consideraciones sistemáticas, no pudiendo definirse con independencia de valoraciones subyacentes a los diversos institutos contemplados por el ordenamiento jurídico. Sobre la incorrección de un entendimiento aséptico del Derecho penal o de los términos penales, véanse, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, RGLJ, 219 (1965), pp. 762, 764 y conc.; JAKOBS, NJW, 12 (1969), pp. 489 y ss.; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 89-90; ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, p. 303; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, p. 226 (se refiere a que la pena en su justificación general y en su medición particular debe efectuarse conforme a parámetros valorativos), p. 288 [«mientras no tengamos conocimientos [empíricos] más profundos», el análisis valorativo es de máxima importancia para limitar al máximo su irracionalidad (la de los efectos preventivo general positivos de la pena)»]; MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, p. 56 —resalta la existencia de elementos valorativos en la determinación *judicial* de la pena aun cuando se consolide el principio de determinación *legal* de las penas—; MARTÍN LORENZO, ADPCP, L (1997), p. 536 —con referencia a los planteamientos de von Hirsch y Hörnle—; REYES ALVARADO, ADPCP, LX (2007), pp. 103-104 y conc.; FREUND, en ASÚA BATARRITA/

i) *Las exigencias de proporcionalidad ordinal en supuestos de unidad delictiva y la necesidad de depurar el marco penal abstracto*

En los sistemas penales occidentales existen diversas referencias a exigencias de proporcionalidad entre gravedad del hecho y sanción aplicable¹⁶⁵. El mandato de proporcionalidad *ordinal* debe guiar el proceso de atribución *legal y judicial* del castigo, en el que la construcción de un sistema relativo de gravedad de delitos y penas constituye un cometido *esencialmente* legislativo y *marginalmente* judicial. La distribución de competencias entre el órgano legislativo y los órganos judiciales en la tarea de sistematización de supuestos de hecho y de marcos penales que deban asociarse a los mismos es la forma de implementar y concretar las exigencias planteadas por el concepto de proporcionalidad ordinal¹⁶⁶.

GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, pp. 41-42, 50-51 y conc. —para quien los problemas valorativos deben ser explicitados y objeto de acuerdo intersubjetivo—, y PERALTA, *Motivos*, 2012, pp. 29-30 —con referencia a los motivos—. Un proceder aséptico resultaría incompatible con la adhesión a un Derecho penal orientado político-criminalmente como se promueve desde hace décadas [véanse, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Doctrina Penal*, 5-8 (1979), pp. 571, 579 y conc. —se alude a que la moderna política criminal aconseja evitar, en lo posible, la pena privativa de libertad—; *id.*, *PG*, 1978, pp. 12-13, 21-22 y conc.; DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 12; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 201; ROXIN, *Política criminal*, 2000 (1972), *passim*; FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, pp. 126-127; SCHÜNEMANN, *InDret*, 1/2008 (2006), pp. 10-11; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*², 2010, *passim*, esp. pp. 115 y ss.; PERALTA, *Motivos*, 2012, pp. 29-31, y SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 140, entre otros.

¹⁶⁵ Ello se refleja con claridad en palabras de García Arán que, si bien se refieren al Código Penal español de 1944, resultan aplicables al Código Penal vigente: en el sistema español la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad objetiva del hecho y la pena «se refleja con claridad en instituciones como [...] la pervivencia de la aritmética legal en la determinación de la pena, *aunque considerablemente mitigada*, el principio de acumulación de las penas en el concurso real de delitos, *pese a sus límites*, el predominio de agravantes basadas en el incremento de la gravedad objetiva del hecho, que además son de estimación obligatoria, o, por último, la atenuación obligatoria de la pena en casos de tentativa y frustración» (GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 27 —sin cursiva en el original—).

¹⁶⁶ Véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 11 (se señala que lo que suceda en la determinación judicial y administrativa de la pena «puede resultar inútil si no se afronta el problema en su verdadera raíz cual es la tipificación de conductas y el juicio de valor que ella supone»); MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, p. 558 («la tarea de determinación de la medida de necesidad de tutela de bienes jurídicos es una tarea que solo compete al legislador. Siendo cierto que este la realiza en abstracto, nada impide —por el contrario, todo obliga— a que el juez evalúe en concreto, de acuerdo con exigencias que resultan del caso *sub judice*, la medida de esas necesidades»), pp. 591 y conc.; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 597 (se enfatiza que la tarea de ordenación de la gravedad de los delitos según marcos penales genéricos a aplicar corresponde esencialmente al legislador); RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 906 (se refiere al valor decisivo de los marcos penales para determinar el valor de las normas y los bienes jurídicos dentro del sistema); ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 233-236 y conc. (partidario de una determinación judicial de la pena en la que los tribunales se autorestrinjan y procedan a la imposición de penas moderadas de conformidad con la culpabilidad por el hecho sin valorar aspectos preventivo-instrumentales, que deberían valorarse en el campo de la eventual y posterior aplicación de la custodia de seguridad; el autor defiende un enfoque empírico-comparativo, en el que la *tradición jurisprudencial* define el punto de anclaje de

El desarrollo de una sistematización *ordinal* de los delitos y de las penas debe respetar también exigencias de proporcionalidad *cardinal*. Estas últimas, como ya se ha señalado, surgen de una interpretación sistemática que se nutre de consideraciones teóricas y prácticas diversas, que proceden de una visión *integral* del sistema —según lo propuesto, procederían del campo dogmático, procesal, constitucional, del Derecho penal internacional y de las teorías de la pena—¹⁶⁷.

Las exigencias de proporcionalidad cardinal conducen a fundamentar la existencia de un deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma penal, incidiendo tanto en la primera como en la segunda operación de anclaje judicial de la pena en la escala legal. En cuanto a la primera operación de anclaje, las exigencias de proporcionalidad cardinal suponen que no todos los hechos formalmente típicos son materialmente relevantes: únicamente lo serán aquellos cuya gravedad se corresponda con la pena mínima legalmente prevista¹⁶⁸.

Respecto a la segunda operación, las implicaciones *cardinales* conducen normalmente a la inserción *ordinal* de los supuestos delictivos de *unidad de acción* en los segmentos o fragmentos inferiores próximos a la cuantía de punición mínima contemplada en la escala abstracta¹⁶⁹. Los segmentos de punición más elevados se reservarían, por su parte, al enjuiciamiento y castigo de casos de mayor contenido de injusto *acumulado* en supuestos de concursos de delitos¹⁷⁰. Tal orientación hacia la imposición de penas mínimas constituiría el único proceder posible para compatibilizar la vigencia del principio de legalidad de las penas con la asignación al juzgador de un papel marginal en el proceso de complementación de las normas (incompletas) de conducta y de sanción¹⁷¹.

la pena dentro del marco abstracto de penas permitidas). Dolcini, en tanto, alude a la distribución de competencias entre el legislador y el juzgador en la determinación de la pena, pero indica que tal cuestión escapa al objeto de su estudio y apunta también que la medición de la pena en el sistema italiano se guía en función de la tradición, de factores irracionales y de la concepción político-criminal de cada juez (DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, pp. 4, 27, 68-69 y conc.).

¹⁶⁷ Véase *supra* apartado II.2 del presente capítulo.

¹⁶⁸ Sobre ello, véase *supra* apartado III.2 del presente capítulo.

¹⁶⁹ Reservar con carácter general los segmentos inferiores de la escala para la aplicación de penas correspondientes a supuestos de unidad delictiva no supone que en casos de concursos de delitos *necesariamente* deban imponerse penas ubicadas en los segmentos superiores —la penalidad global resultante en supuestos concursales dependerá de la gravedad de las conductas individuales concurrentes y de la relación concursal que se configure entre los tipos aplicables—.

¹⁷⁰ La reducción exponencial de pena global resultante en supuestos de concursos de delitos donde concurren hechos de significativa gravedad debe conducir a incidir en las posibilidades de determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva [véase ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, pp. 232, 234 y conc.].

¹⁷¹ La reflexión usual respecto a que lo que no se decide en sede legislativa tendría que ser resuelto en sede de determinación *judicial* de la pena debe ser interpretada con recelo: el juzgador no puede convertirse en agente *subsancionador* de la configuración de tipos abiertos e indeterminados a los que se asocian márgenes de punición excesivamente amplios. No puede admitirse, sin más,

La tarea de depuración de la escala a aplicar en supuestos de unidad delictiva y en supuestos de pluralidad delictiva no puede, sin embargo, ser objeto de tratamiento en el presente estudio —ello exigiría introducirse en temáticas de suma complejidad que exceden el campo de la investigación—. Aquí puede únicamente apuntarse que la relación ascendente dentro de la escala penal no puede ser interpretada como si fuese una función matemática puramente lineal: las cuantías de pena, por el contrario, han de concebirse como magnitudes que se deben corresponder con la respectiva medida valorativa de la gravedad de injusto culpable concurrente, interpretada según exigencias sistemáticas derivadas del nivel de severidad de castigos contenidos en el sistema penal¹⁷².

que en tales supuestos el juzgador tenga *margen de libertad* para recorrer la escala y actuar *como baría el legislador* en el supuesto de desempeñar su función con mayor corrección, elaborando tipos precisos y marcos penales estrechos respetuosos del mandato de certeza derivado del principio de legalidad. De lo que se trata es de no desvirtuar el papel *primordial* que se reconoce al legislador en la configuración material de las normas penales, debiéndose enfatizar que la búsqueda de soluciones *en sede de medición judicial de la pena* no puede ser sino una búsqueda de soluciones *también* —previamente y de forma primordial— *en sede de tipicidad* (sobre el abordaje de idéntico problema, aludiendo a la «solución en la tipicidad» o a la «solución en la medición de la pena» como dos opciones distintas, véase esp. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*², 2001, pp. 20-21 —véase esp. nota 9—; sobre la inconveniencia de *desplazar* un problema de delimitación *legal* de tipos —en la diferenciación entre homicidio y asesinato— al campo de determinación *judicial* de la pena, véase PEÑARANDA RAMOS, *Estudios*, 2014, pp. 80-81). No obstante, suele ser frecuente la referencia a que determinadas problemáticas irresueltas en el campo del *si de la pena* deben solucionarse, sin más, en el campo del *cuánto de pena* [véanse DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 72 (alude a que el juez debe compensar las carencias del art. 133 del CP italiano, señalando que el espacio del juzgador será tanto mayor mientras menos fructífera resulte la indagación sobre los fines de la pena en el sistema constitucional y jurídico-penal); ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, pp. 276-277; RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 900, 907 y conc.; REYES ALVARADO, *ADPCP LX* (2007), p. 114, notas 32 y 33 —con ulteriores referencias— y p. 117, y GIL GIL/MACULAN, *Leiden Journal of International Law*, 28 (2015), p. 351 —donde se alude a que la falta de diferenciación en el ER respecto a los diversos grados de contribución y responsabilidad de los sujetos que resulten condenados puede ser objeto de valoración en la fase de determinación de la pena —véase allí esp. la referencia al voto del juez Fulford en la sentencia *Lubanga*—]. Pareciera avalar tal posibilidad de desplazamiento del problema desde el campo de lo *legal* al de lo *judicial* Hörnle, quien defiende —por un lado— la necesidad de contar con tipos *abiertos y abstractos* en su redacción a los que se asocien marcos penales de diversa extensión y rechaza —por otro— la implementación de *sentencing guidelines*; tal rechazo se fundamenta en que la adopción de un sistema de penas fijas, a su criterio, rompería el equilibrio entre el margen de libertad que ostenta el juzgador en el ámbito de la determinación de lo punible y en el de la consecuencia aplicable: introducir límites estrechos en el segundo requeriría *también* una revisión sustancial de los tipos (sumamente abstractos) existentes en Alemania (véase específicamente HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 363-364).

¹⁷² Se ha afirmado que la aplicación de una única pena global en función de lo previsto en las reglas de concursos de delitos puede conducir a una drástica reducción respecto a la que correspondería de sumarse aritméticamente el castigo imponible individualmente a cada hecho delictivo; ello podría dificultar que la pena global resulte compatible con exigencias de proporcionalidad; también se ha afirmado que la rebaja punitiva no sigue una relación lineal, sino exponencial: a medida que aumentan las magnitudes de las penas individuales a tomar en consideración por tratarse de hechos proporcionalmente más graves, mayor será la rebaja punitiva. Al respecto, véanse ALBRECHT, *Strafzumessung*, 1994, pp. 387 y ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 581-585 y conc. —para quien el énfasis en el carácter sistémico de la justicia compensatoria conduce a una concepción del castigo

En razón de que los fines asignados a la pena se suelen satisfacer con la *condena* misma, se debe tener presente que la agravación del castigo por encima de la cuantía de pena legal mínima requiere de una justificación cualificada en supuestos de unidad delictiva¹⁷³. El aumento en la severidad de la pena no necesariamente conlleva un correlativo incremento en su eficacia para prevenir crímenes —en términos preventivos, cada unidad de pena presentaría un rendimiento marginal decreciente—¹⁷⁴. Lo mismo podría afir-

y de la pena de carácter no aritmético—; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, pp. 135-137; ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, pp. 231, 234-235 y conc.; MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 3257 —«La relación entre la gravedad teórica del hecho y la sanción aplicable no mantiene una proporción lineal, sino que va decreciendo progresivamente hasta acercarse a un límite de “saturación”: este lo marcan en nuestro Derecho los límites a la acumulación de penas en el concurso real (la pena no puede superar una determinada extensión, sean cuales sean los hechos que se agreguen)»—, e *id.*, en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, pp. 246-247 —«es una seria distorsión valorativa de la proporcionalidad entenderla en un sentido lineal. Como tantas cosas en la vida, su estructura es precisamente no lineal: el merecimiento de pena (retribución) y su necesidad (prevención) no guardan correspondencia directa con el aumento de la gravedad del delito, sino que van progresivamente disminuyendo hasta alcanzar un límite de saturación»—, entre otros. En definitiva: si la medida de pena global no se incrementa de forma lineal en supuestos de concursos de delitos en razón de la existencia de límites jurídicos de punición, las exigencias para ascender en el marco abstracto por encima del mínimo legal en supuestos de unidad delictiva no puede tampoco entenderse en términos lineales; sobre dicha implicación de proporcionalidad *cardinal*, véase *supra* Segunda Parte, Capítulo IV, apartado II.2.a).

¹⁷³ Véase RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 903. En dicho sentido se expide con especial claridad Jareborg: «La existencia de descuentos por cantidad [“*bulk discounts*”] conlleva a un “endurecimiento” creciente de la escala de penas para supuestos de múltiples ofensas. Se torna cada vez más difícil alcanzar el siguiente nivel de punición. [...] Esto implica una especie de “teoría cuantitativa” de determinación de la pena: resulta cada vez más difícil alcanzar el siguiente nivel de punición que se utiliza. Y en los casos de determinación de la pena en supuestos de múltiple comisión de delitos esto implica que la criminalidad adicional pero de seriedad menor o incluso intermedia se vuelve de forma creciente irrelevante para la medida de pena que efectivamente se imponga» [JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, p. 139]. Sobre el rendimiento decreciente de la pena como aspecto vinculado con exigencias de proporcionalidad *cardinal* procedentes de las teorías de la pena —véase *supra* Capítulo IV, apartado II.2.e)—.

¹⁷⁴ Sobre la aplicación de la lógica ínsita en la ley de rendimientos decrecientes en la distribución judicial del castigo, véase MORRIS, *Madness*, 1982, pp. 182-183 —véase nota 2—. De conformidad con dicho entendimiento, no puede afirmarse que una pena de dos años de prisión en un supuesto de unidad delictiva suponga que el hecho que se asocie a ella duplique en contenido de injusto a otro supuesto que se castigue con pena de un año de prisión. Más que tratarse de magnitudes susceptibles de ser reducidas a fórmulas matemáticas, la concreta punición debe *reflejar* adecuadamente el grado de desvalor de la conducta imputable al agente y *expresar* el nivel de desaprobación que corresponda a la misma. El énfasis, por tanto, debe situarse en el efecto simbólico, comunicativo o expresivo de la medida de pena en tanto manifestación de significado de una medida de desvalor de injusto. A tal fin, pueden tenerse por equivalentes las referencias al valor simbólico, comunicativo o expresivo. En similar sentido, señala Jareborg que las exigencias de proporcionalidad *ordinal* solamente imponen que, en caso de múltiples ofensas, cada pena adicional suponga «algún incremento» por cada nueva ofensa pero que, no obstante, aspectos de proporcionalidad *cardinal* —como la existencia de normas de concursos de delitos que suponen, en última instancia, una rebaja punitiva de la pena global resultante— tienen relevancia sobre tales incrementos exigidos por la proporcionalidad *ordinal*: se produce un endurecimiento de las exigencias para la imposición progresiva de penas más elevadas dentro del marco [véase JAREBORG, en ASHWORTH/

marse respecto de los efectos perseguidos por la pena en general, sea que se trate de efectos expresivos, preventivos o retributivos: fuera del momento de *imposición* de condena y fuera del *mínimo de pena* de legítima y obligada aplicación frente a la comisión material de un delito, la cuantía punitiva *adicional* que se pretenda fijar requiere de una justificación reforzada, por medio de la cual se fundamente la mayor afectación de derechos fundamentales que supondrá la pena para el condenado —a pesar del rendimiento marginal decreciente de cada unidad añadida de punición—.

ii) *La necesidad de uniformizar la ordenación relativa de delitos y penas de los tribunales de instancia: la relevancia de los tribunales de control*

En la ordenación relativa de delitos y penas dentro del fragmento de la escala que corresponda aplicar, se deberán efectuar distinciones conceptuales a fin de respetar exigencias de consistencia valorativa y de evitar un tratamiento desigual de casos similares. En tal ordenación, la tarea de *ingeniería punitiva* que desempeñen los órganos de jerarquía superior —con competencias de control judicial y/o constitucional de las decisiones de *sentencing*— resultará esencial para la uniformización del tratamiento penal de casos análogos¹⁷⁵.

iii) *La forma de concebir la escala: hacia la imposición discontinua de penas en segmentos próximos al mínimo en casos de unidad delictiva*

En la doctrina se admite que en un mismo tipo resultan subsumibles hechos que pueden configurarse de manera sumamente divergente¹⁷⁶. La

WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, pp. 139-140 —el autor específicamente señala que las rebajas derivadas de las normas concursales *deben incidir en la penalidad aplicable a cada delito*, en tanto así lo exige el principio de parsimonia y en tanto ello «permite satisfacer de mejor manera exigencias de proporcionalidad *ordinal* [...] [al] aumentar el campo de penas disponibles para la ordenación relativa de combinaciones de ofensas»—.

¹⁷⁵ Respecto a la concreción en sede judicial por parte de tribunales superiores de aspectos vinculados con el principio de proporcionalidad, véanse, entre otros, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 600, 605 y conc. (se indica que la amplitud de los marcos en el sistema alemán supone que la tarea de concreción de las configuraciones fácticas de casos subsumibles en los mismos es un cometido, en última instancia, del juzgador de instancia), y FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 45-46 y conc. (en donde se defiende la orientación hacia marcos punitivos *presuntos* relativamente estrechos y de obligada aplicación, junto con una amplia y activa revisión por parte de tribunales de apelación que permita la generación de una política de *sentencing* con el transcurso del tiempo; el autor también promueve una mayor proximidad entre los criterios de medición de la pena y los criterios constitucionales de control de la corrección de dicha medición —véase *ibid.*, pp. 28, 48, 73 y conc.—).

¹⁷⁶ Véanse KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 585, 600 y conc. (quien puntualiza la relevancia de lo sistémico e indica que antes de la determinación judicial de la pena en sentido estricto existen factores de suma relevancia y que condicionan el proceso cuantificador, en concreto, se refiere a las medidas de gravedad relativa de cada tipo —y de sus diversas configuraciones fácticas— y de diversos

multiplicidad de configuraciones fácticas del tipo requeriría la existencia de marcos abstractos para que el *juzgador*, al fijar la pena *individual*, adecúe la misma a las circunstancias del caso. En tal sentido, Dreher concibió el marco abstracto asociado a cada delito como *escala penal de gravedad continua*, en la que se debía proceder a aplicar la pena mínima, media o máxima a los casos imaginables que se correspondieran con la configuración fáctica de gravedad mínima, media o máxima, respectivamente¹⁷⁷.

El propio Dreher, no obstante, reconocía que su planteamiento requería cumplir con presupuestos para poder aplicarse correctamente: el autor aludía a la necesidad de que las escalas penales del legislador debían satisfacer exigencias mínimas de racionalidad —de lo contrario, el caso más frecuente de comisión en la práctica (y de enjuiciamiento ante los tribunales) no podría ser castigado con la pena aritmética media del marco abstracto (pese a que justamente Dreher pretendía para tal tipo de casos la aplicación de dicha pena aritmética media)—¹⁷⁸.

Si se pretende asignar a la teoría del marco penal como escala de gravedad continua relevancia dentro de un sistema integralmente considerado en el que lo *sistémico/cardinal* desempeñe algún papel, se debe proceder a efectuar algunas matizaciones a la misma. Así, se debe dejar de lado la visión estrictamente matemática que en ella se refleja: la pena aritmética media no debe asociarse *normativamente* al caso de gravedad media ni tampoco al caso de más frecuente comisión y enjuiciamiento en la práctica forense¹⁷⁹.

tipos entre sí, de conformidad con lo previsto en los marcos abstractos con mínimos y máximos de penas aplicables), y GUERRA ESPINOSA, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 22 (2016), p. 6 [quien al hacer referencia a la teoría del espacio de juego, califica como tarea *complementaria* la ponderación de equidad que debe realizar el juzgador, al «considerar la multiplicidad de variantes que pueden tener lugar en este espacio (que concede la ley al juez para la fijación de la pena)»].

¹⁷⁷ Tal concepción se vincula con la noción de proporcionalidad ordinal acuñada por von Hirsch. Señala Albrecht que no se discute la concepción de la escala penal como comprensiva de diversas penalidades a aplicar a casos de gravedad diferenciada; no obstante, puntualiza que se desatiende casi por completo la cuestión más importante, vinculada con la forma de distribuir los castigos dentro de la misma [véase ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 232 —«La cuestión de cómo debería verse la curva de distribución [de penas dentro de la escala del delito concreto] ha recibido solo atención marginal. Esta cuestión es ciertamente más importante que la del razonamiento sobre las características de la determinación individual de la pena y el grado de influencia que debería asociarse a la disuasión general dentro del marco de la pena culpable»—].

¹⁷⁸ Véase DREHER, *JZ*, 7 (1968), pp. 212-213.

¹⁷⁹ En Alemania se ha constatado la tendencia jurisprudencial —avalada por el BGH— de que la pena correspondiente al *caso normal que en la práctica se presenta con frecuencia* («*praktisch häufig vorkommenden Regelfall*») se inserta en los segmentos inferiores del marco —en razón de la amplitud de los marcos legislativamente previstos y de su excesivo rigor punitivo—, en tal sentido, se reconoce que la pena aritmética media —que según algunos se debería reservar para lo que se denomina caso teórico de gravedad media («*theoretischen Durchschnittsfall*») —no puede aplicarse a los casos de mayor frecuencia que llegan a los tribunales —que presentan una gravedad inferior a la gravedad aritmética media— [véanse MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, p. 590; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 597; FREUND, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos Postdelictivos y Sistema de IJP*, 2009, p. 35 —véase esp. nota 17—; ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013),

También debe relativizarse la visión marcadamente individualista respecto a la relevancia de la pena legal mínima y la pena legal máxima contemplada para cada delito. El castigo legal mínimo previsto en cada marco penal no puede aplicarse a la configuración fáctica de menor gravedad que *formalmente* resulte subsumible en el tipo, sino que únicamente puede aplicarse al hecho que *formal y materialmente* resulte subsumible en la penalidad mínima prevista. Asimismo, la penalidad máxima correspondiente a cada tipo no puede asociarse a la configuración más gravosa en supuestos de unidad delictiva —de lo contrario se podrían producir inconsistencias valorativas si se impusieran idénticas penas en supuestos de unidad y pluralidad delictiva—¹⁸⁰.

pp. 232-234, y BUSSMANN, en MATT/RENZIKOWSKI (hrsg.), *Kommentar*, 2013, Rn. 9]. Lo que aquí se propone, no obstante tal entendimiento tradicional, es que incluso la pena aritmética media no puede siquiera reservarse para los casos teóricos de gravedad media en supuestos de unidad delictiva: razones *sistemáticas* vinculadas con exigencias de proporcionalidad *cardinal* deberían conducir a reservar normalmente dicha penalidad media para casos de significativa gravedad que presenten un contenido de injusto superior al que se asocie a los casos de *unidad delictiva* de gravedad media.

¹⁸⁰ Lo afirmado conduce a la asignación de diversos fines a la cuantía *mínima* y a la cuantía *máxima* de castigo en los sistemas que contemplan escalas penales diferenciadas para cada delito. En tal sentido, la penalidad mínima se debería asociar especialmente con supuestos de unidad delictiva que traspasan cierto umbral de gravedad sistemática, mientras que la pena máxima prevista en cada marco cumpliría funciones normalmente en supuestos de concursos de delitos [al respecto, véase JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, pp. 138-140 —se transmite la idea de que lo sistémico, vinculado con el nivel de severidad general del sistema y, en particular, con las rebajas de pena previstas para supuestos de múltiple comisión de delitos (concurso de delitos), debe tener un *campo* propio dentro de la sistematización ordinal de los delitos y de las penas—]. Con la vinculación entre teoría de los concursos y segmentos superiores de penas se pretende limitar los posibles casos de exceso de punición en supuestos de unidad delictiva, en tanto se considera aquí que supone un problema de mayor gravedad castigar en exceso que castigar de forma indulgente o que, incluso, dejar impune ciertas conductas (en dicha línea, señalando que la indulgencia excesiva en la distribución del castigo supone un problema de menor gravedad que la imposición de castigos excesivamente severos, véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 73 —quien acentúa también que la falta de límites constitucionales efectivos a la severidad de la pena a imponer, a la vez que la discrecionalidad de la parte acusadora para condicionar la pena *judicial* de legítima imposición, pueden facilitar la imposición de penas excesivas—). De forma más general, la defensa de que las cuantías legales mínimas y máximas de punición desempeñan funciones diversas no debería resultar tan sorprendente: las teorías *asimétricas* que defienden la necesidad de imponer una pena preventiva que no desborde hacia arriba la medida de la culpabilidad por el hecho ya han indicado criterios divergentes de punición mínima —vinculados con la prevención— y máxima —vinculados con el injusto culpable— y en numerosas ocasiones los planteamientos propugnan —de forma más explícita o más matizada— la justificación de modelos de imposición de penas moderadas —sea que ello suponga una orientación hacia la pena *legal* mínima, hacia la pena mínima exigida por la *culpabilidad*, hacia la pena mínima *necesaria* o, más genéricamente, hacia la aplicación de penas *moderadas* o *suficientes*—. Al respecto, véanse, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, pp. 39-41; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, *passim*, esp. pp. 121-122, 170, 199 y conc. (con referencias a la pena *suficiente* según consideraciones de prevención general y a aplicar el mínimo de pena legal en función de lo exigido por la prevención especial); ROXIN, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, pp. 34-35 («En algunos casos, pero no necesariamente siempre, ya el límite mínimo del marco penal asegura el respeto del “mínimo de prevención general”»); MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, p. 571 (quien se refiere a mínimos de punición que sean suficientes para la prevención general comunitaria); MARTÍN LORENZO, *ADPCP*, L (1997), pp. 540, 546 y conc. —con referencia al plan-

Las consideraciones expuestas podrían aportar racionalidad a la forma de concebir los marcos abstractos de cara a su aplicación judicial, en tanto permiten matizar el margen de penas utilizables normalmente en supuestos de unidad delictiva y continuar asignándoles un valor como portadores de diversas penalidades de posible imposición y de gravedad diferenciable. No obstante, también el propio carácter *continuo* que asigna Dreher a la concepción de escala penal que defiende resulta de cuestionable legitimidad: si se pretende incrementar las posibilidades de control de la penalidad *exacta* que se imponga, no resulta razonable legitimar la imposición de *cualquier* medida de pena —cualquier punto del *continuum*— que se encuentre dentro del fragmento del marco penal abstracto que se considere de legítimo empleo en supuestos de unidad delictiva¹⁸¹.

teamiento de von Hirsch y Hörnle—; VON HIRSCH, *Censurar*, 1998 (1993), pp. 73 y ss., esp. p. 83, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena*, 2002, p. 116; LUZÓN PEÑA, en *id.* (dir.), *Enciclopedia*, 2002, p. 622; ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, *PG*, 2006, p. 741; FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, p. 121 (con especial referencia a la trascendencia de lo procesal dentro del sistema integral del Derecho penal, se señala que solo la reacción más moderada puede ser adecuada y correcta); *id.*, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos e IJP*, 2009, p. 32; ELHART, *Individualización*, 2012, pp. 10, 207 y conc.; LASCURAIN SÁNCHEZ, en *id.*/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 289 —«la norma penal será legítima si es positiva (si persigue un bien legítimo y de un modo posible), si reduce al máximo su componente negativo (*si es mínima*) y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa)» (sin cursiva en el original)—, y LUNA, en DUBBER/HÖRNLE, *Handbook*, 2014, p. 278 (se refiere —siguiendo a Frase— a que quizá se suele colocar más énfasis en evitar castigos excesivamente severos y no tanto en evitar castigos excesivamente indulgentes), entre otros. No obstante, dicha orientación contrasta con lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, donde las normas jurídicas sitúan el énfasis en la cuantía de punición máxima prevista en los marcos penales nacionales [así, p. ej., la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI) requiere —art. 2— para su aplicación que se esté ante penas privativas de libertad «cuya duración máxima sea al menos de doce meses» —si se dicta una orden para proceder a un enjuiciamiento— y requiere —junto con la inclusión dentro de un elenco de delitos que se enumeran en la propia decisión— que se esté ante delitos «castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años» cuando se trate de invocar la decisión para dictar una orden sin necesidad de que se cumpla con el requisito de la doble tipificación de los hechos] [la relevancia de la fórmula del *mínimo de pena máxima* en el Derecho de la Unión Europea es puesta de relieve por MIRANDA RODRIGUES, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coord.), *Fraude y corrupción*, 2006, p. 522].

¹⁸¹ Respecto a la práctica de los tribunales de instancia, se ha señalado que la genuina *individualización* de la pena en función de circunstancias personales del sujeto presenta una relevancia sumamente limitada (véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 52). En consonancia con ello, también se encuentran estudios empíricos que dan cuenta de que pese a la existencia de un gran abanico de posibles medidas de pena legalmente admisibles, los juzgadores de instancia suelen recurrir en gran medida a la utilización de un número más bien *limitado* de cuantías de penas o de segmentos de punición, en tal sentido, véanse DOLCINI, *RIDPP*, 1981, p. 42; STRENG, *Strafzumessung*, 1984, p. 105; ALBRECHT, *Strafzumessung*, 1994, pp. 287-291; MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, pp. 104-105; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 52; OSTROM/OSTROM JR., en TATA/HUTTON (eds.), *Sentencing*, 2002, pp. 277 y ss.; ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, p. 227 («En conjunto, las penas se ubican en el tercio inferior del marco penal legal; estas distribuciones han sido siempre una y otra vez detectadas desde hace tiempo; la utilización del marco penal se concentra en pocas magnitudes de pena dentro del

El marco legalmente previsto no debería ser entendido como marco discrecional del juzgador o como marco o ámbito de juego, sino como escala gradual pero discontinua de punición, dentro de la cual debería insertarse —anclarse— el caso sometido a juzgamiento, en función de su gravedad sistemática¹⁸². La necesidad de depurar normativamente el marco legalmente previsto para cada delito constituye un presupuesto indispensable para combatir la escasa fundamentación de la pena concreta que se explicita en las sentencias¹⁸³.

De lo expuesto cabe concluir entonces como lineamiento general que una teoría que tome debidamente en cuenta exigencias de proporcionali-

marco penal») y p. 229 (se indica que en ciertos ámbitos delictivos de gravedad existen estudios empíricos que demuestran que en porcentajes significativos de casos las penas se insertan en únicamente siete magnitudes individuales de punición —con referencias a estadísticas de Alemania y Austria—), e *id.*, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 227-228, entre otros.

¹⁸² Véase esp. MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, pp. 521-523 —donde diferencia (esp. en notas 107-110) entre autores partidarios de la medición de la pena como actividad discrecional (como Spendel) y autores partidarios de la medición de la pena como acto de aplicación del Derecho dentro del margen de la culpabilidad o del marco penal (como Bruns y Zipf); véanse también pp. 589-590, con ulteriores referencias en nota 44—. Sobre la naturaleza de la escala penal como escala de gravedad *continua* y no como espacio de libre discrecionalidad del juzgador, véase esp. DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1947, pp. 73 y ss. Sobre ello, véanse también, en similar sentido, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 1974, pp. 643-644; DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 356; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 11; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, p. 23; CARO CORIA, *LH Jakobs*, 2005, p. 323; DE LA MATA BARRANCO, *Individualización*, 2008, pp. 306-307 (se refiere a que dentro del marco el juzgador no puede moverse con «una libertad absoluta de actuación»); BUSSMANN, en MATT/RENZIKOWSKI (hrsg.), *Kommentar*, 2013, Rn. 8-9, y ELHART, *Individualización*, 2012, pp. 44 y ss. La propuesta aquí formulada supone avanzar sobre tal concepción, reconociendo sencillamente que no todos los puntos de la escala *continua* resultan de legítimo empleo para insertar el hecho enjuiciado —se deben reducir y espaciar los puntos de punición de posible aplicación—; por ello, más que de escala *continua*, se prefiere acuñar la expresión «escala gradual discontinua».

¹⁸³ Sobre la —en numerosas ocasiones— escasa, contradictoria, arbitraria o nula fundamentación de la medida de pena judicialmente fijada, véanse ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, pp. 270 y 272; MAGARIÑOS, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 71; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 390-391; ZIFFER, *Lineamientos*, 1999, pp. 26-28 y conc.; RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 900; CARO CORIA, *LH Jakobs*, 2005, p. 324, y SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, pp. 3-4, entre otros. También se ha puntualizado la exigua relación que existe entre los fundamentos explicitados y los realmente empleados para la graduación del castigo [véanse, con referencia al sistema alemán, ALBRECHT, *Strafzumessung*, 1994, pp. 408 y ss., esp. pp. 426-427, e *id.*, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 234 —«la mayoría del razonamiento en las decisiones de determinación judicial de la pena se vincula con argumentos no correlacionados con la medida final de pena impuesta. De ello parece resultar claro, por lo menos para los sistemas que requieren explicaciones escritas detalladas de la pena judicialmente impuesta, que tales explicaciones escritas suponen una respuesta a exigencias normativas para decisiones complejas que no puede cumplirse al *elaborar* la decisión, pero sí perfectamente al *presentarse* la decisión tomada» (sin cursiva en el original)]. Para el citado autor, ni los enfoques normativos —por su abstracción— ni los enfoques orientados a lo empírico —por la inabarcable combinación de circunstancias individuales y vinculadas con la culpabilidad del sujeto que pueden concurrir en el caso— han sido capaces de identificar una ubicación precisa de la pena correspondiente al hecho *dentro del marco legislativo* [véase ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), p. 233 —califica allí la cuestión como problema irresoluble—].

dad cardinal y ordinal para efectuar la distribución judicial del castigo debe contemplar las escalas penales abstractas de cada delito como escalas de gravedad *graduales* que deben ser depuradas y reconstruidas normativamente —y no como escalas de gravedad *continua* para el tratamiento de *casos individuales*—¹⁸⁴. La depuración y normativización de las escalas debe conducir a que, en última instancia, se indique al juzgador, por un lado, el *fragmento* de la misma que puede legítimamente emplear en supuestos de *unidad delictiva* y, por otro, los concretos *puntos discontinuos* de anclaje que puede válidamente emplear —cuando la intensidad de afectación típica inherente a la conducta delictiva aconseje apartarse de la pena mínima obligatoria—¹⁸⁵. El apartamiento de la penalidad mínima prevista, no obstante, debe revestir más bien carácter excepcional y el ascenso dentro del marco abstracto no debe seguir una lógica lineal.

b) La valoración del menoscabo típico concurrente como criterio para recorrer el marco penal

Para *ingresar* al marco abstracto el hecho cometido debe presentar un contenido de injusto de una gravedad tal que alcance el *umbral de menoscabo típico* requerido por la penalidad legal mínima de obligada imposición. Para *recorrer* el fragmento de penas de legítima imposición, por su parte, se requiere efectuar un juicio también referido al contenido de injusto del hecho. En este segundo juicio valorativo se trata de determinar la medida en que la gravedad de la conducta excede el umbral de injusto requerido por la pena legal mínima —se debe decidir si se *añaden* unidades de punición en función del menoscabo típico concurrente—.

La necesidad de efectuar profundizaciones teniendo en cuenta las características de cada tipo no torna aconsejable asignar protagonismo *a priori* como criterio rector de la determinación de la pena a la valoración de la intensidad típica del injusto de resultado. Este podrá resultar prevalentemente relevante en aquellos sectores en los que el elemento definitorio más saliente del tipo se encuentre en el resultado material lesivo que sea atribuible a la

¹⁸⁴ La dudosa legitimidad de aplicar la pena legal máxima prevista para cada delito en supuestos de unidad delictiva podría justificar la excepcionalidad que se pretende asignar a la aplicación de la pena de prisión perpetua en supuestos de asesinato en el sistema penal alemán [sobre ello, véase HÖRNLE, en SCHUMANN (hrsg.), *Das strafende Gesetz*, 2010, p. 119 (la autora hace referencia al campo excepcional que debe reservarse al delito de asesinato y a su pena de prisión perpetua —máxima pena del sistema alemán—, indicando que podrían quizá subsumirse en dicha figura supuestos de genocidio («Völkermord») y de otros homicidios donde existan pluralidad de víctimas y se actúe por motivaciones reprochables («der Tötung vieler Menschen aus niedrigen Beweggründen»); la relevancia de aspectos sistémicos en tales tipos de delitos resulta innegable]].

¹⁸⁵ En el ámbito angloamericano, Frase ha defendido la necesidad de que las escalas previstas para diversos delitos se elaboren evitando solapamientos (véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 47).

conducta del condenado. Sin embargo, centrar la atención en tal aspecto supondría dejar fuera de consideración los tipos que no persiguen la evitación de resultados materiales. Si la determinación judicial del castigo constituye una actividad a desarrollar en todos los supuestos en los que se dicta sentencia condenatoria, el énfasis no puede colocarse —desde la parte general de la dogmática de la determinación de la pena— *siempre* en el injusto de resultado, sino que debe situarse en la valoración sistemática del menoscabo típico que produzca el hecho en función de consideraciones de proporcionalidad cardinal y ordinal.

El segundo punto de anclaje judicial de la pena en la escala legal presenta la complejidad de que no se cuenta con punto de referencia alguno, en tanto se deben definir y configurar judicialmente tanto la *medida de gravedad del injusto culpable relevante* como la *medida de pena* correspondiente¹⁸⁶.

c) *La determinación de puntos discontinuos de castigo*

Así como la tarea de fragmentar la escala penal abstracta competiría más propiamente a la dogmática de los concursos —y muy especialmente a la forma en que se implemente el principio de gradualidad en materia concursal—¹⁸⁷, la diferenciación de puntos discontinuos de castigos dentro de cada marco abstracto *fragmentado* correspondería a lo que algunos autores han denominado la *parte especial* de la dogmática de la determinación de la pena¹⁸⁸. Desde dicho campo se deberían elaborar y profundizar distinciones de proporcionalidad ordinal con referencia a casos concretos que

¹⁸⁶ Al recorrer el marco abstracto, de lo que se trata es de efectuar distinciones cuantitativas que reflejen diferencias cualitativas del propio tipo y las circunstancias relevantes concurrentes (véase PERALTA, *Motivos*, 2012, p. 32). Tal situación es planteada también por Neumann —quien señala que el principio de proporcionalidad tiene como misión solucionar «una ecuación de tres incógnitas: la cuestión es cómo hallar, según una escala de medición no determinada, la relevancia no determinada de una magnitud en comparación con la de otra tampoco determinada» [NEUMANN, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 458]— y por Pérez Barberá —quien refiere que como «el mal del ilícito y el mal de la pena son entre sí inconmensurables, no queda otro camino que compensar esa dificultad mediante el cruce de categorías conceptuales muy amplias—» (PÉREZ BARBERÁ, *InDret*, 4/2014, p. 34).

¹⁸⁷ Se postula la idea de gradualidad en el campo de la determinación de la pena en supuestos concursales en NINO, *El concurso*, 1972, pp. 20, 21, 124, 128-129 y conc., y MOLINA FERNÁNDEZ, en *id.* (coord.), *Memento*, 2016, nm. 3257, 3290 y conc. Dicha idea subyace también cuando se defiende que el precepto *desplazado* en supuestos de concurso de leyes produzca, no obstante, efectos en la medición de la pena o en la construcción del marco a aplicar —mediante la combinación de lo previsto en la norma desplazada y en la norma preferente— (véanse NINO, *El concurso*, 1972, pp. 51-52, 76 y 117, y PEÑARANDA RAMOS, *Concurso*, 1991, pp. 55-59 —con ulteriores referencias—).

¹⁸⁸ Se refieren a la parte especial de la dogmática de la determinación de la pena, que debería estudiar aspectos orientados específicamente a cada delito y no aplicables a todas las figuras delictivas, entre otros, BRUNS, *NJW*, 7 (1956), p. 243; DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 9, y DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, p. 91.

sirvan a efectos de comparación y asignación de magnitudes de punición¹⁸⁹. Tal labor, de indudable complejidad, no puede emprenderse en el presente estudio. Sin perjuicio de los lineamientos indicados respecto a la valoración *sistemática* de la intensidad típica del hecho como criterio de determinación judicial de la pena, cabe aquí destacar dos aspectos sobre los que se requieren profundizaciones adicionales desde el campo de las consecuencias jurídicas del delito: se trata de la necesidad de relocalización sistemática de la denominada determinación judicial de la pena en sentido amplio y de la necesidad de avanzar en el desarrollo de sanciones intermedias e intercambiables.

Respecto al primer aspecto, avanzar en la profundización dogmática de la determinación judicial de la pena requiere que se siga la orientación trazada por las teorías proporcionalistas procedentes del ámbito angloamericano en lo referido a la concepción de la decisión sobre la suspensión y la ejecución de la pena (determinación judicial en sentido amplio). Dichas teorías conciben la ejecución efectiva de la pena o sus posibilidades de suspensión como decisión que no debe quedar sujeta a la discrecionalidad del juzgador y a valoraciones vinculadas al sujeto activo del delito¹⁹⁰, sino que

¹⁸⁹ Hörnle atribuye el carácter de cuestión esencial a la forma en que se construya el caso que sirva de referencia para analizar la medida de pena a aplicar (véase esp. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 365 y conc.). En la tarea dogmática de diferenciación de casos típicos *normativos* de referencia resultará de indudable utilidad la consideración de los casos normales más frecuentes empíricamente constatables y enjuiciados por los tribunales («des empirisch am häufigsten Regelfalls»). No obstante, algunos autores han puesto el énfasis en construir un caso teórico de gravedad media («des theoretischen Durchschnittsfalls»), al que se debería asignar una cuantía de punición ubicada en el punto aritmético medio de la escala abstracta (véanse DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1947, pp. 61 y ss.; *id.*, *FS Bruns*, 1978, pp. 149-150, y KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595-596). Otros autores se han decantado por la prevalencia de emplear un concepto más pragmático y menos teórico, que supone que el caso de mayor frecuencia empírica —el delito de mayor perpetración— y la penalidad jurisprudencialmente asignada al mismo se erija en punto de referencia respecto a las demás formas de comisión del delito [sobre ello, véanse SK-HORN⁷, § 46, 2001, Rdn. 85 y ss.; SK-HORN/WOLTERS⁹, § 46, 2016, Rdn. 96 y ss., y LK-GRIBBOHM¹¹, § 46, 1995, Rdn. 62; sobre ello, véase también KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595-596 (el autor advierte que el caso teórico de gravedad media debería coincidir con el caso de comisión más frecuente y castigarse con la pena aritmética media únicamente en tanto las escalas penales de gravedad continua se elaboren según el grado de injusto del hecho, sin consideración de aspectos preventivos —señalándose también que, al no cumplirse tal presupuesto, en el ámbito alemán los casos de mayor frecuencia suelen castigarse con penas ubicadas debajo de la pena aritmética media—)]. Finalmente, un tercer sector ha procurado evitar dicho tipo de planteamientos y propone determinar la penalidad aplicable enfatizando la necesidad de valorar prioritariamente el injusto de resultado y subsidiariamente los demás elementos del injusto objetivo junto con el injusto subjetivo y la posible concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad (en tal sentido, véase HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 366 y ss.). Sobre la necesidad de un desarrollo orientado hacia las particulares circunstancias de cada delito y de un proceder comparativo, véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 598.

¹⁹⁰ Véanse KÖHLER, *AT*, 1997, p. 586 («la suspensión de la ejecución de la pena es una medida de sanción autónoma»), y FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 54 [se señala que para la Corte Suprema de Minnesota la decisión de determinación judicial de la pena en sentido estricto debe reflejar

se debe fijar prevalentemente y de forma anticipada por el propio sistema jurídico-penal, al amparo de la *gravedad objetiva del hecho cometido* como criterio rector —y no en función de la peligrosidad del autor—¹⁹¹. Tal forma de proceder supone que la decisión sobre la determinación judicial de la pena en sentido amplio no requiere el agotamiento *previo* de las valoraciones referidas a la duración de la pena de prisión, sino todo lo contrario: la decisión respecto a la gravedad objetiva del hecho *condiciona* las posibilidades mismas de suspensión y sustitución de la pena: la pena en suspenso o la pena sustituta constituyen por sí mismas las posibilidades de punición de menor severidad de entre las penas posibles a adoptar en el estadio mismo de la determinación judicial de la pena en sentido estricto¹⁹².

Respecto al segundo aspecto, puede señalarse que un mayor desarrollo de los sistemas de distribución judicial del castigo requiere de una profundización en el abordaje de las problemáticas de las sanciones intermedias y de la intercambiabilidad de las consecuencias punitivas previstas. Para dicha profundización es menester avanzar en la elaboración de escalas y baremos de conversión más precisos entre las diversas alternativas de punición existentes¹⁹³. Las sanciones intermedias se suelen definir como aquellas que

estrictamente el grado de seriedad del delito en términos retributivos, pero que la decisión referida a la suspensión o ejecución de dicha decisión («*disposition*») se efectúa de conformidad con valoraciones propiamente orientadas no ya al delito cometido, sino a la persona del ofensor].

¹⁹¹ La suspensión de la ejecución de la pena supone un tipo de pena alternativa distinta a la pena de prisión de ejecución efectiva [véanse ALBRECHT, *Resource Material Series* 80 (2010), p. 30; e *id.*, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, pp. 217-218].

¹⁹² Dicho proceder, que no supone sino delimitar el ámbito de la suspensión de las penas de conformidad con exigencias más bien de prevención general, se encuentra ya previsto en los sistemas de corte continental, en tanto únicamente se permite la suspensión de ciertas penas que no exceden de una determinada duración. La propuesta aquí contenida, no obstante, pretende evitar las inconsistencias valorativas que puedan producirse de imponer castigos de igual duración pero de cumplimiento efectivo —cuando concurren necesidades de resocialización o el condenado se considere criminalmente peligroso— o de ejecución en suspenso —cuando tales necesidades preventivo-especiales estén ausentes—; tal diferenciación preventivo-especial supondrá una distinción respecto a la pena a aplicar en contra de exigencias de proporcionalidad ordinal que, según lo aquí defendido, no resulta de recibo. En tanto se conciba que *un año de prisión efectiva* no constituye una pena de idéntica clase y cuantía que una de *un año de prisión en suspenso* se debe concluir que el acto de determinación judicial de la pena en sentido amplio supone una decisión lógicamente inherente a la determinación judicial de la pena en sentido estricto —y *no posterior* a la misma— [véanse ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, p. 53 —se afirma con claridad que «[p]retender valorar un hecho en tres años de prisión, sin distinguir si se está hablando de años en prisión, cumplidos efectivamente, o de una condena suspensiva, es “medir” en unidades de pena diferentes. La “unidad de pena” no es solo “tiempo”, sino que la “calidad” (en suspenso o no, en dinero o en prisión) tiene una importancia evidente—; FREUND, en WOLTER/FREUND, *Sistema integral*, 2004, pp. 100-101; RIGHI, *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 905, y ELHART, *Individualización*, 2012, p. 195 —se indica que una pena *efectiva* es una pena agravada respecto a una *condicional*—, entre otros].

¹⁹³ Sobre la necesidad de profundizar en dicho campo, véanse ALBRECHT, *Resource Material Series*, 80 (2010), *passim* —véanse esp. pp. 42-43, 50 y conc., en donde indica que resulta de importancia fundamental «el requisito de tasas de conversión claras y racionales entre las diversas penas

suponen una afectación e intrusión menor que la pena privativa de libertad, pero mayor que la condena de ejecución condicional¹⁹⁴. La intercambiabilidad de las sanciones supone establecer valoraciones que permitan considerar como equivalentes funcionales a consecuencias punitivas que no sean entre sí de idéntica clase, cuantía y/o forma de ejecución. Teniendo en cuenta que la suspensión de la ejecución de la pena se concibe en este trabajo ya como una *clase* de sanción, ella supone una de entre las diversas alternativas a las que se podría recurrir como parte de la profundización en el desarrollo de un sistema *integral* que incluya sanciones intermedias y que estipule la forma en que deba valorarse —como equivalente o divergente— la intensidad de las sanciones de posible aplicación¹⁹⁵.

En los ámbitos recién apuntados, la complejidad de las valoraciones a adoptar requiere que, en la apreciación misma que se pueda realizar respecto a la severidad de la pena, se tenga en cuenta tanto el carácter no lineal de la gravedad de la sanción punitiva como la especie y forma de ejecución de la que resulte aplicable¹⁹⁶. En última instancia, se trata de fomentar el desarrollo de mecanismos de punición que permitan afirmar si dos o más castigos deben reputarse como funcionalmente equivalentes o divergentes —especialmente en función del grado de censura o desaprobación que se deriva de cada uno de ellos—¹⁹⁷.

incorporadas en el sistema de sanciones penales», califica tal aspecto como «uno de los puntos más débiles» en las legislaciones actuales y defiende la necesidad de elaborar directrices de determinación de las penas que permitan efectuar comparaciones de las sanciones a aplicar a la luz de dos dimensiones: el tiempo en que el sujeto sea sometido a una pena y la intensidad de las restricciones que ello suponga—; FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. 12, 20, 46, 57-60 —se señala que en el diseño de tal sistema debe tomar en consideración ciertas preferencias del condenado en tanto se pretenda fomentar su cooperación en el proceso— y conc., y VON HIRSCH, *Deserved sentences*, 2017, pp. 89 y ss., entre otros. Respecto a la intercambiabilidad de sanciones sin merma de su eficacia preventivo general en el ámbito de la criminalidad de gravedad media y baja, así como en supuestos de delincuencia primaria, véase MIRANDA RODRIGUES, *Determinação*, 1995, p. 560.

¹⁹⁴ Véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 12.

¹⁹⁵ Véase ALBRECHT, *Resource Material Series*, 80 (2010), pp. 35 y conc. —el autor incluye entre las sanciones intermedias las penas pecuniarias, la suspensión de la condena o de la ejecución, la compensación/restitución y el trabajo comunitario—.

¹⁹⁶ Véase MORRIS, *Madness*, 1982, p. 195 (quien apunta que: «La diferencia entre castigar a *probation* y a dos meses de prisión es ciertamente mayor a la existente entre dos y cuatro meses —probablemente incluso sea mayor que castigar entre dos y seis meses—»). El desarrollo de sanciones intermedias e intercambiables debería incidir en el diseño global del sistema, incluso en aspectos estrictamente procesales —así, deberían regularse mecanismos alternativos al empleo de la privación cautelar de libertad del imputado— [en tal sentido, véase ALBRECHT, *Resource Material Series*, 80 (2010), p. 42].

¹⁹⁷ Sobre la necesidad de desarrollar sistemas de penas que permitan la configuración de castigos de diversa clase y cuantía pero que, no obstante, supongan un idéntico grado de desaprobación, censura o comunicación (esto es, que supongan penas funcionalmente equivalentes), véanse KÖHLER, *AT*, 1997, p. 600; VON HIRSCH, *Censurar*, 1998 (1993), pp. 97, 103 y conc.; ROBINSON, *Distributive principles*, 2008, pp. 238-240; FRASE, *Just Sentencing*, 2013, pp. 20 y conc., y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 295 y ss. —quien, no obstante, resalta que el desarrollo de un sistema de sanciones intercambiables o fungibles no puede aspirar en el corto plazo a comprender

d) Conclusión sobre la segunda operación de anclaje judicial de la pena

La segunda operación valorativa de subsunción del hecho que debe realizarse en el marco específico de la atribución judicial del castigo consiste en determinar el grado de afectación típica que se asigna a la conducta desplegada —la cual resulta formalmente encuadrable en un tipo a partir de una interpretación literal de sus elementos y *excede* materialmente las exigencias de gravedad o intensidad típica que deben asociarse a la penalidad mínima de obligada imposición—. Tal operación valorativa, que se refiere a la forma en que se debe *recorrer* el marco abstracto asociado al delito, requiere configurar la medida de pena que debe vincularse con el grado de injusto típico concurrente e insertarse dentro de alguno de los puntos discontinuos de punición que se identifiquen en la escala penal y que se consideren admisibles desde una perspectiva sistemática¹⁹⁸.

IV. SINOPSIS

El modelo alternativo de atribución judicial del castigo propuesto se estructura en torno a las nociones conceptuales de proporcionalidad cardinal y ordinal. Aun cuando se reconozca que una separación estricta de ambas nociones no puede realizarse —se trata de categorías interrelacionadas—, el enfoque parte de una profundización de los entendimientos clásicos de dichos conceptos. Ello con la finalidad de incrementar su capacidad de rendimiento en el contexto contemporáneo de sistemas de medición del castigo caracterizados por un mayor arraigo y desarrollo del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El concepto de proporcionalidad cardinal, inicialmente vinculado al anclaje del sistema general de penas y a la determinación de los puntos de mayor y menor severidad de castigo de cada delito, pasa a concebirse también como concepto influyente en el anclaje judicial de la pena individual en la

incluso en su seno la posibilidad de establecer alternativas de penas no privativas de libertad pero funcionalmente equivalentes a las de prisión previstas para los supuestos de mayor gravedad—, entre otros). En similar sentido, sostiene Dolcini también que la determinación judicial de la pena privativa de libertad debe examinarse críticamente a partir de la profundización *también* de los criterios *legales* de determinación de las demás previstas en el sistema jurídico, tanto en lo referido a su elección como respecto a la fijación de su cuantía (DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, pp. 357-358).

¹⁹⁸ A diferencia de lo que se propone, para ciertos autores la decisión respecto a si se condena o se absuelve —el sí o no de la pena— y la de cuánto penar —el *quantum* de pena— constituyen aspectos que deben diferenciarse con claridad, en tanto lo primero supone proceder con categorías y lo segundo manejarse en el ámbito de lo graduable (en tal sentido, véase MORRIS, *Madness*, 1982, pp. 145-146). Frente a tal proceder habitual en la doctrina continental y angloamericana, se ha procurado aquí reconducir el campo de lo gradual hacia juicios de subsunción que faciliten el control de la corrección de las decisiones judiciales de medición de pena.

escala abstracta. El mismo recibe un contenido específico: se analizan en su seno aquellas consideraciones sistémicas desvinculadas del injusto culpable individual —de índole dogmático, procesal y constitucional y procedentes del Derecho penal internacional y de las teorías de la pena— que, en última instancia, fundamentan un deber de interpretación restrictiva de las normas jurídico-penales.

El concepto de proporcionalidad ordinal, por su parte, también es objeto de redefinición: a su entendimiento clásico como categoría orientada a la construcción de un sistema legal de ordenación de delitos y de penas de conformidad con su gravedad relativa, se incorpora la necesidad de que en el campo de cada tipo penal y de cada marco abstracto se deban llevar a cabo dos operaciones valorativas sobre las que se estructura la determinación judicial de la pena, debiendo proyectarse en ambas las exigencias *cardinales* de interpretación restrictiva. La primera operación valorativa —*primer punto de anclaje judicial de la pena*— se vincula con la problemática del punto de *ingreso* en la escala; en ella de lo que se trata es de reconocer al juzgador atribuciones para determinar si el hecho concreto sometido a enjuiciamiento supera el *umbral de gravedad* que debe asociarse a la *penalidad legal mínima* de obligada aplicación. La segunda operación valorativa —*segundo punto de anclaje judicial de la pena*— se concibe como categoría que fundamenta la función judicial de *recorrer marginalmente* el marco abstracto aplicable, a fin de que el juzgador, en ejercicio del margen de apreciación que se le reconoce, configure —de forma complementaria a lo ya realizado por el legislador— subtipos a los que se deban asociar diversas cuantías de punición, de conformidad con la gravedad relativa del hecho concreto —esto es, del contenido de injusto concurrente—.

Tanto la primera como la segunda operación valorativa de anclaje judicial de la pena se ven influenciadas por las exigencias de proporcionalidad cardinal. En tal sentido, en ambas operaciones de anclaje la proporcionalidad cardinal exige que se proceda mediante una interpretación restrictiva de las normas jurídico-penales de conducta y de sanción. Desde una perspectiva sistemática se suministran razones prudenciales para que tanto la operación de *ingresar* como la de *recorrer* el marco abstracto se realicen con cautela. El juzgador debe proceder a un anclaje moderado de penas; ello debido a que el ejercicio de tal cometido se dirige a *complementar* aspectos inherentes al campo prevalentemente *legislativo* de la delimitación del ámbito de lo punible.

La teoría propugna una minimización de la intervención penal en razón de exigencias de proporcionalidad cardinal, cuya *debida* consideración debería facilitar que ulteriormente cada caso sea tratado de conformidad con las exigencias impuestas por la proporcionalidad ordinal: el enfoque conduciría a que se impongan penas moderadas (*penas inferiores a lo merecido en términos estrictamente retributivos, por así exigirlo razones de proporciona-*

lidad cardinal/absoluta) y a maximizar el respeto del principio de igualdad (penas de conformidad con el merecimiento igualitario en términos de proporcionalidad ordinal/relativa)¹⁹⁹. En definitiva, el modelo propuesto se orienta hacia la aplicación igualitaria de penas moderadas: se faculta al juzgador para formular juicios valorativos conducentes a imponer castigos moderados en términos cardinales e igualitarios en términos ordinales²⁰⁰.

¹⁹⁹ Ello supone tratar los aspectos sistemáticos en el ámbito de la proporcionalidad *cardinal* y, posteriormente, efectuar la distribución *ordinal* de castigos en el nivel individual de cada caso (sobre lo sistemático y lo individual en la distribución del castigo, véase FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 33).

²⁰⁰ Un resultado como el que se produce con la propuesta esbozada difícilmente resultará defendible por un enfoque puramente retributivo, que no admitiría la imposición de penas *inferiores* a lo que, en términos deontológicos, se entienda por retribución/merecimiento/culpabilidad. Ello en tanto se interprete que estos conceptos sustentan «la idea de que la pena debería ser igual al delito» (FEJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 16; véase también *ibid.*, p. 65: «La teoría de la pena no es solo una teoría de cuándo se impone, sino también de cuándo cabe renunciar a ella, tanto a nivel general como en casos concretos, y cuándo cabe renunciar a las penas más graves como las de prisión. Las teorías retributivas nunca han podido resolver adecuadamente esta cuestión, y las nuevas variantes neo-retributivas tampoco pueden hacerlo si quieren ser consecuentes»). Al respecto, véanse también MIR PUIG, *Introducción*, 1976, p. 96 —«Para una teoría relativa de la pena no está excluida la posibilidad de limitar la prevención, y, en cambio, no sería tolerable para una concepción retributiva, que viese en la Justicia la función de la pena, la presencia de excepciones a la pena justa, pues estas excepciones no serían sino supuestos de pena *injusta* que la Justicia no podría consentir»—; PERALTA, *Doxa*, 31 (2008), p. 610 —nota 57—, y FRASE, *Just sentencing*, 2013, p. 54 («un modelo estricto de merecimiento tampoco podría permitir que los ofensores inicialmente recibieran un castigo menor al que merecen»), pp. 60 y conc.

SEGUNDA LECTURA:

Fuentes Osorio, J. L. (2018). La determinación de la pena en las personas jurídicas. Suarez López, J. M.; Barquín Sanz, J.; Benítez Ortúzar, I. F.; Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (Directores). Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (PP. 247-271). Madrid, España. Editorial Dykinson.

Se pone de manifiesto de que si bien, el sistema de determinación de la pena en las personas jurídicas resultante se enfrenta a diversos problemas ¿Qué influencia tienen la posible sanción que puede sufrir la persona física en la pena de la jurídica? ¿Qué interacción existen entre las reglas específicas para las personas jurídicas y las generales para las personas físicas?

**ESTUDIOS JURÍDICO PENALES
Y CRIMINOLÓGICOS**

*En homenaje al
Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*

**JOSÉ MARÍA SUAREZ LÓPEZ
JESUS BARQUÍN SANZ
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS**
(Directores)

Dykinson, S. L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Díjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes-somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-9148-816-3
ISBN (Tomo I): 978-84-9148-817-0
Depósito Legal: M-29132-2018

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Safekat S.L.

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

JUAN LUIS FUENTES OSORIO

Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén.

Sumario: I. Introducción. II. Sistema específico de penas. III. Circunstancias modificativas. 1. Agravantes. 2. Atenuantes específicas. (art. 31 quater CP). 3. Comunicabilidad de las circunstancias. IV. Reglas de determinación. 1. Localización del delito de referencia imputable a la persona física. 2. Variaciones en el marco. 2.1. Multa. 2.2. Penas interdictivas.

I. INTRODUCCIÓN

La redacción original del CP1995¹ estableció en el art. 129 CP un modelo de transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica (siempre que aquella actuara en nombre y por cuenta de la empresa y hubiera sido condenada) que permitía imponer una serie de medidas de seguridad post-delictuales, denominadas consecuencias accesorias del delito, a las personas jurídicas que, con el objetivo de reducir su peligrosidad, pretendían evitar la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos.

La LO 5/2010, de reforma del CP, la fija por primera vez la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas respecto a un catálogo cerrado de delitos (sistema de *numerus clausus*): el hecho delictivo cometido por el representante o empleado será asimismo un hecho delictivo de la persona jurídica en cuanto que sea imputable a un defecto de organización de esta².

El art. 31 bis CP, piedra angular de este sistema, (i) establece la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por cuenta y

1 Este trabajo está dedicado al Profesor Lorenzo Morillas Cueva. Su dedicación a la Universidad y su actividad investigadora (con numerosas aportaciones en todos los ámbitos de la ciencia penal) siempre han sido un ejemplo a seguir.

2 Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de las personas jurídicas", en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.): *Memento Experto. Reforma Penal*, Madrid, 2010, págs. 11 y ss. (marg. 118); ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas (sección 1)", en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.): *Memento penal y Económico de la Empresa*, 2016, margs. 1300 y ss. (1377). Defienden que no es autónomo: Circ. FGE 1/2016: 9 y s.; GIL NOBAJAS, M.S., "Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas", en Landa Gorostiza (dir.): *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid, 2016, págs. 285-308 (302); GÓMEZ MARTÍN, V., "Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?", en Landa Gorostiza (dir.): *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid, 2016, págs. 247-284 (*passim*).

beneficio directo o indirecto de las mismas por los sujetos que tienen poder de representación o facultades de organización y control o por sus empleados en el ejercicio de actividades sociales (art. 31.1 bis CP), (ii) siempre que antes de la comisión del delito no haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31.4 bis CP). No se requiere la condena de una persona física. La persona jurídica será imputable incluso cuando no se pueda individualizar la responsabilidad penal de una persona física, pero siempre que se pueda identificar un hecho delictivo de referencia (como presupuesto, pero no como fundamento de la RPPJ).

Este nuevo modelo, consolidado tras la LO 1/2015³, introduce un catálogo de penas⁴ (art. 33.7 CP) que recoge las consecuencias accesorias anteriores y añade la multa⁵. Incorpora, por otro lado, un conjunto específico de eximentes y atenuantes y un sistema de determinación de las sanciones que se apoya en criterios ya existentes para las personas físicas y aporta otras reglas complementarias nuevas (arts. 50-52 y 66 bis CP). Con ello se ha resuelto la inseguridad que había al determinar las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Este dejaba en manos del intérprete y del aplicador del Derecho la precisión de los requisitos que debían concurrir para la imposición de estas medidas, para las que solo se demandaba una decisión motivada para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos y el respeto de los límites temporales marcados para cada medida.

A pesar de estas mejoras el sistema de determinación de la pena en las personas jurídicas resultante se enfrenta a diversos problemas: ¿Qué influencia tiene la posible sanción que puede sufrir la persona física en la pena de la jurídica?⁶ ¿Qué interacción existen entre las reglas específicas para las personas jurídicas y las generales para las personas físicas?⁷ ¿Cómo

3 Que según el Preámbulo (III) de la LO 1/2015 «(...) lleva a cabo una mejora técnica de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)». Sin embargo, la reforma no ha resuelto todas las dudas, lo que recalca expresamente la Circ. FGE 1/2016: 3.

4 En contra GRACIA MARTÍN, L., "Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica", en Gracia Martín (coord.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Valencia, 2016, págs. 225-254 (233, 245 y ss.); GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 288; GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.* n. 2, pág. 281.

5 Tras las reformas del 2010 y 2015, el art. 129 CP no ha desaparecido sino que cohabita con el modelo de RPJJ diseñado por el art. 31 bis CP. Se reserva para los supuestos en los que actúan entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica.

6 Por ejemplo, ¿la tentativa del delito marca la cuantía de la pena de la persona física que se utiliza de referencia o se tiene en cuenta el delito en abstracto imputable a esta y luego se efectúa la rebaja por tentativa al determinar la pena de la persona jurídica?

7 ¿Es posible subir y bajar grados? ¿Cuáles son sus límites?

se aplican las reglas específicas al fijar las penas de multa y las interdictivas?⁸ Este trabajo tiene como objetivo resolver estas cuestiones.

II. SISTEMA ESPECÍFICO DE PENAS

- (1) El art. 33.7 CP recoge las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas (todas, con independencia de su naturaleza o duración, se consideran graves).
- (2) Solo se podrán imponer cuando lo indique de forma expresa la ley.
- (3) Se pueden distinguir dos grupos de penas:

(3.1) Multa. Es una de las novedades introducidas con la reforma del 2010. El modelo anterior no las contemplaba en el art. 129 CP.

Puede ser una multa por cuotas o proporcional (al daño, al valor del objeto del delito o del beneficio reportado por este). Aunque cada tipo penal opta por uno de los dos, también hay situaciones en los que se establece un sistema mixto: por cuotas o proporcional en función de cuál sea el más elevado⁹.

La pena de multa tiene un carácter obligatorio en los delitos en los que específicamente se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su imposición obligatoria, con independencia del nivel de peligrosidad de la persona jurídica responsable, manifiesta su predominante finalidad disuasoria y de prevención general positiva¹⁰.

- (3.2) Penas interdictivas. Coinciden con el elenco de medidas de seguridad previstas en el art. 129 CP antes de la reforma 2010. Estas son, según la numeración del art. 33.7.b-g CP las siguientes: disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas,

⁸ Si la persona física ha sido condenada a una pena privativa de libertad de 1 año y 6 meses, esta cuantía va a actuar como límite de la pena interdictiva según el art. 66 bis CP. ¿Deja de estar vigente este límite cuando concurre alguna de las circunstancias agravantes del art. 66 bis CP que permiten rebasar la barrera de los 2 o de los 5 años?

⁹ Vid. Tabla 1.

¹⁰ Vid. FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., "Las consecuencias jurídicas del delito", en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B.; Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª Edición, Madrid, 2016, págs. 273-296. (276); GIL NOBAJAS, *op. cit.* n.º 2, pág. 291.

para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores¹¹.

Tienen un carácter facultativo, tanto en la decisión de aplicarlas, como en la elección del tipo de sanción (con los límites que se indicarán más adelante). Su imposición viene condicionada por necesidades preventivo-especiales (negativas: disuasión e inocuización), para evitar la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos (art. 66 bis.1 CP)¹². No obstante, en algunos artículos se establece su obligatoriedad. Así, las inhabilitaciones forzosas recogidas por los arts. 310 bis y 424 CP, y la disolución obligatoria de la asociación, organización o grupo de los artículos 520, 569 y 570 quater CP. Su carácter potestativo ha llevado a una discusión sobre si son penas accesorias a la multa. Su independencia de la duración de la pena de multa (requisitos de las penas accesorias, arts. 55 y 56 CP) y la existencia de situaciones en las que se pueden usar sin necesidad de que haya multa alguna (art. 570 quater CP)¹³ nos llevan a la conclusión contraria: son penas principales, pero potestativas¹⁴.

Hay autores que mantienen que su carácter facultativo y su orientación preventiva especial negativa permiten definir las, a pesar de lo indicado legalmente, como medidas de seguridad¹⁵.

- (4) Se critica que no se hayan incorporado otras penas como la de amonestación (pública o privada), la publicación de sentencia (prevista en el art. 288 CP), la de caución de conducta, la de vigilancia judicial, la obligación de adoptar medidas para eliminar las conse-

11 En lo que atañe al art. 129 CP, su redacción actual recoge todas las medidas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP con la excepción de la multa y la disolución. Sin embargo, en el último inciso del art. 129.1 CP se recoge la posibilidad de imponer una prohibición definitiva de desarrollar cualquier actividad, aunque sea lícita. Ello se ha interpretado como la introducción de una medida muy semejante a la disolución, vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1625.

12 Vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., "Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 105, 2011, págs. 159-198 (186); COLLADO GONZÁLEZ, R., *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Santiago de Chile, 2013 (121); FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 281; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*, 4.ª edición, Valencia, 2016 (575); GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 291.

13 Vid. FARALDO CABANA, P., "Las penas", en Cortés Bechiarelli, De la Mata Barranco; Juanes Peces (coords.): *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, 2015, marg. 750-995 (877).

14 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 877.

15 Vid. COLLADO GONZÁLEZ, *op. cit.* n. 12, pág. 126.

cuencias de la actividad delictiva, la imposición de prestaciones en beneficio de la comunidad¹⁶.

- (5) En cada uno de los artículos en los que se establece la responsabilidad de la persona jurídica para un grupo de delitos se fija la pena correspondiente. En concreto se indicará el tipo de multa así como los límites máximos y mínimos de su extensión y la clase de pena interdictiva.
- (6) El art. 33.7.g (in fine) CP permite utilizar tres de las sanciones previstas para las personas jurídicas como medidas cautelares: la clausura temporal de los locales o establecimientos; suspensión de las actividades sociales; la intervención judicial. No se indica nada sobre su duración. Ahora bien, el principio de proporcionalidad exige que no sea superior a la prevista para cada una de estas medidas como penas¹⁷.

III. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

Las circunstancias modificativas precisan el contenido de injusto y de culpabilidad del comportamiento, esto es, permite incrementar o reducir la pena del delito básico mediante dos sistemas diferentes y excluyentes¹⁸: tipos atenuados o agravados específicos o las reglas generales del art. 66 CP.

En el contexto de las personas jurídicas surgen tres cuestiones. ¿Rigen las circunstancias modificativas previstas de manera genérica en el CP? ¿Su incidencia en el cálculo de la pena se somete a las reglas generales previstas en el art. 66 CP? ¿Se pueden emplear los tipos que recogen directamente una pena asociada con una agravación específica? La primera y tercera pregunta serán resueltas a continuación, la segunda, en cambio, en el apartado IV.

1. Agravantes

(1) No hay circunstancias agravantes específicas. ¿Se pueden aplicar las previstas en el art. 22 CP a las personas jurídicas? Se debe dar una respuesta afirmativa. En primer lugar, por su carácter genérico y porque no hay ninguna indicación en el CP que lo impida¹⁹. En segundo lugar, el art. 66 bis CP prevé

16 Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Teoría de la imputación de las personas jurídicas", en Zugaldía Espinar (dir.): *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, Valencia, 2010, págs. 575 y ss. (592); RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *op. cit.* n. 12, pág. 196; FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 755; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1563.

17 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 252.

18 Imposibilidad de valoración doble de una misma circunstancia (principio de inherencia, art. 67 CP).

19 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 280; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *op. cit.* n. 12, pág. 187; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1551.

el uso de las reglas 1-4 y 6-8 del art. 66 CP, referidas, también, a las agravantes genéricas. Mención que sería innecesaria si no pudieran tenerse en cuenta²⁰. Por otro lado, no se puede prescindir de las agravantes de reincidencia y multirreincidencia, las que más fácilmente pueden concurrir en la persona jurídica, y que van a desarrollar un papel fundamental en la determinación de las penas interdictivas según el art. 66.2 bis CP²¹. Se puede defender, por consiguiente, que hay una referencia tacita a estas. No obstante, se podría pensar que este último argumento nos limita las circunstancias agravantes a las recién indicadas pero, en ese caso, si ya tienen previstas reglas específicas en el art. 66.2 bis CP, ¿para qué la remisión a las reglas 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 66 CP, que contienen una mención a circunstancias agravantes? Por último, esta reflexión se amplía cuando se tienen en cuenta los tipos agravados específicos. ¿La persona jurídica únicamente podrá ser sancionada por el tipo básico de los delitos que admiten su responsabilidad²²? ¿Por ejemplo, no podrá ser responsable de una estafa agravada del art. 250.1.6 CP por abuso de confianza?

(2) Los delitos cometidos por las personas jurídicas raramente presentan una dinámica comisiva que permita abarcar circunstancias agravantes. Por este motivo, se plantea la dificultad e incluso imposibilidad de imponer las agravantes a las personas jurídicas²³. Sin embargo, aunque no sea habitual, sí que es factible plantear situaciones en las que concurren. Por ejemplo, cuando una empresa se organiza para defraudar a los clientes (abuso de confianza); decide imponer, abusando de las circunstancias, un sueldo menor a las mujeres (discriminación por sexo); acepta ser subcontratada, cobrando una cantidad muy superior a la ordinaria, por otra empresa para realizar la conducta delictiva (precio), etc. Por otro lado, habría que plantearse igualmente si algunas de estas agravantes deben tener una interpretación diferente para las personas físicas y jurídicas: como se debe entender, por ejemplo, prevalerse del carácter público o el uso de disfraz en la ejecución en el ámbito de las personas jurídicas.

2. Atenuantes específicas (art. 31 quater CP)

(1) El CP recoge un grupo de circunstancias atenuantes específicas para las personas jurídicas. Estas son las siguientes: haber confesado la infracción a las autoridades, haber colaborado en la investigación del hecho, haber reparado o disminuido el daño causado por el delito, haber establecido me-

20 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", en *InDret*, 2012, págs. 1-32 (15); ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n.º 2, marg. 1551.

21 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n.º 2, marg. 1551.

22 Como regla general, es decir, como imposibilidad automática que no valora si la circunstancia era conocida por la empresa.

23 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n.º 2, marg. 1551.

didadas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

(2) A diferencia de lo que sucedía con las agravantes se señala de modo expreso en el art. 31 quater CP que únicamente se pueden emplear las indicadas («solo podrán considerarse circunstancias atenuantes (...)»).

El art. 31 bis.2 y 4 CP recoge, empero, una circunstancia atenuante adicional a las descritas por el art. 31 quater CP, introducida por la LO 1/2015²⁴: una acreditación parcial de la concurrencia de las condiciones exigidas para que el plan de cumplimiento tenga un efecto eximente se valorará como factor atenuante²⁵.

Esta restricción únicamente afecta a las circunstancias genéricas del art. 21 CP. De forma que aquellas recogidas de manera específica en cada tipo penal sí podrán imponerse a las personas jurídicas. Se discute, no obstante, si se admite la atenuante analógica. Se mantiene que el tenor literal de la ley lo impide²⁶. ¿Y las eximentes incompletas? Si no se permite su uso, nos encontraríamos con una situación contradictoria. Podríamos aplicar la eximente completa (por ejemplo cuando la persona jurídica actúa en situación de necesidad) pero no la incompleta respecto a las circunstancias del art. 20 CP²⁷.

También se ha mantenido que al no poder utilizar las atenuantes genéricas se deja sin contenido, al menos parcialmente, la remisión al art. 66 CP por parte del art. 66 bis.1 CP²⁸. Por este motivo se ha defendido el uso de las atenuantes genéricas²⁹. Ahora bien, esta afirmación no es correcta ya que, a diferencia de lo que sucede con las agravantes, la previsión de un grupo de circunstancias atenuantes propias de las personas jurídicas ya permite poner en marcha las reglas del art. 66 CP.

3. Comunicabilidad de las circunstancias

No se transmiten a la persona jurídica las circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en la física³⁰. Ello se menciona de forma expresa

24 Ello expone una contradicción con el art. 31 quater CP, vid. JUANES PECES, A. (dir.), *Compliance Penal*, Madrid, 2017, (1683).

25 Vid. JUANES PECES *op. cit.* n. 24, marg. 1680.

26 Vid. Circ. FGE 4/2011: 51; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1535.

27 JUANES PECES (*op. cit.* n. 24, marg. 1707) propone usar analógicamente las reglas de la eximente incompleta. En contra ROMA VALDÉS, A., *Responsabilidad de las personas jurídicas*, Madrid, 2012, pág. 66.

28 Vid. Díez Ripollés, *op. cit.* n. 12, pág. 249.

29 A favor Díez Ripollés, *op. cit.* n. 12, pág. 249 en relación con las que afectan al injusto.

30 Vid. Dopico, *op. cit.* n. 2, marg. 190; Ortiz de Urbina, *op. cit.* n. 2, marg. 1437. De otra opinión Díez Ripollés, *op. cit.* n. 12, pág. 249: «la exclusión de transferencia de las agravantes de la responsabilidad del art. 31 ter 2 se refiere a las de la culpabilidad».

en el art. 31.ter.1 CP para las agravantes³¹. Y se mantiene respecto a las atenuantes en la medida en que es consecuente con el modelo de responsabilidad autónoma que simplemente exige un hecho referencial pero que no transfiere la responsabilidad de la persona física a la jurídica.

Sin embargo, esta imposibilidad de comunicación automática no impide que estas circunstancias estén igualmente presentes en la persona jurídica³². Por consiguiente, hay que probar que la persona jurídica se organiza de manera defectuosa y, además, de algún modo descrito como agravado o atenuado. Así mismo, solo serán de aplicación las realizadas por los representantes legales de la persona jurídica y si actúan por cuenta de la persona jurídica³³. Las efectuadas por otros (socios, accionistas, trabajadores) no tendrán eficacia, salvo que manifiesten que obedecen las indicaciones de los representantes legales³⁴.

IV. REGLAS DE DETERMINACIÓN

En el proceso de determinación de la pena para las personas jurídicas hay que tener en cuenta seis aspectos:

- (i) Los tipos que establecen la responsabilidad de las personas jurídicas en un sistema de *numerus clausus* fijan la clase de pena de multa e interdictiva que se podrá imponer.
- (ii) Estos tipos recogen el marco de la pena de multa por cuotas y las proporciones y su criterio de referencia. (beneficio obtenido, p.e.) de la pena de multa proporcional. No imponen, en cambio, límites a las penas interdictivas. Hay que remitirse para ello a los definidos en el art. 33.7 CP.
- (iii) Las penas imponibles a las personas jurídicas se vinculan en numerosas ocasiones, pero no siempre, a la duración de la privación de libertad de la pena previsible para la persona física. Esta se utiliza para determinar la extensión de la multa, en sus dos versiones, o como límite de las penas interdictivas.
- (iv) Tras la reforma del 2010 se introdujeron reglas específicas para regular el proceso de determinación de la pena a las personas jurídicas.

31 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1553.

32 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1435. Por ejemplo, en una situación en la que la persona física actúa con error de prohibición la persona jurídica no podrá alegarlo cuando se debe a la falta de preparación para el puesto desempeñado (debería haber asignado a la persona adecuada) pero sí que sería factible cuando se debe a una situación objetiva de incertidumbre legal. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1517.

33 Vid. DÍEZ-RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 533.

34 Que no tienen que realizar todas las conductas personalmente. DÍEZ-RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 20, pág. 26; ídem, *op. cit.* n. 12, pág. 533; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1529.

cas. El nuevo art. 66 bis CP contiene esta normativa. Esta orientada principalmente a las penas interdictivas.

(v) El art. 66 CP sigue estando vigente, salvo en lo relativo a las reglas de la reincidencia (para las penas interdictivas) y la de mutirreincidencia (para las multas y las penas interdictivas)³⁵, que pasan a ser reguladas por el art. 66 bis CP.

(vi) El resto de los artículos del CP que pueden afectar a la determinación de la pena, las reglas generales (arts. 61-72 CP) y especiales (arts. 73-79 CP), también son aplicables a las personas jurídicas, en cuanto que no hay normativa que lo impida³⁶.

Ahora bien, cuando se intenta determinar la pena de la persona jurídica surgen ciertas dudas. La relación con el tipo imputable a la persona física, el uso de las reglas genéricas y su relación con las específicamente previstas para las personas jurídicas muestra contradicciones con el sistema general de determinación y nos enfrenta con situaciones que no vienen reguladas de forma expresa y que admiten diversas soluciones. Se pueden distinguir dos grupos de problemas esenciales: los que afectan a la asociación de la pena de la persona jurídica con la de la persona física; los relativos al grado y la extensión interna.

1. Localización del delito de referencia imputable a la persona física

(1) Las personas jurídicas solo pueden desarrollar sus actividades por medio de personas físicas que actúan en su nombre o bajo su dirección. Por consiguiente, la conducta delictiva de una persona física es el elemento fáctico de referencia de la responsabilidad de la persona jurídica. Por otro lado, la conducta delictiva de la persona física también es necesaria por dos razones: únicamente habrá responsabilidad penal si se establece expresamente para ese grupo de delitos en el CP (esto es, respecto a ese objeto de tutela y frente a esa forma de agresión); además, la cuantía de la pena privativa de libertad que corresponde a la persona física, puede servir como baremo para determinar la cuantía de la que corresponde a la persona jurídica. Se aprecia, por tanto, que la persona jurídica mantiene una relación de accesoriadad con el autor principal. Pero no se trata de la accesoriadad estricta propia de un modelo de transferencia de la responsabilidad³⁷, sino que tiene un carácter amplio o de referencia, porque la conducta del autor principal no afecta al merecimiento de pena de la responsabilidad de la per-

35 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 729.

36 Circ. FGE 1/2011: 72.

37 Como propone DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 575.

sona jurídica: esta no depende del cumplimiento de una serie de requisitos normativos en el comportamiento de la persona física sino del defecto de organización de la jurídica; además, no se comunica el ámbito de responsabilidad penal del autor a la persona jurídica, cada uno responderá de las circunstancias que en ellos concurren.

En suma, el hecho de referencia nos precisa el grupo de delitos que abre la puerta a la responsabilidad de la persona jurídica y con frecuencia la gravedad de la sanción prevista para la persona física condiciona la cuantía de la multa y de las penas interdictivas.

(i) El artículo que afirma la responsabilidad penal de la personas jurídica recoge la multa prevista para la persona jurídica y su conexión con la pena privativa de libertad.

Esta relación entre la sanción de la persona física y la extensión de la multa (por cuotas o proporcional) está organizada de forma genérica según el siguiente baremo temporal³⁸: pena privativa de libertad de la persona física superior a 5 años: proporción (triple al quintuple), cuotas (2 a 5 años); superior a los dos años e inferiores a 5: proporción (doble al cuádruple), cuotas (1 a 3 años); hasta los dos años: proporción (doble al triple), cuotas (6 meses a 2 años).

La extensión de la multa también se establece de manera directa. Por ejemplo, el art. 430.2 CP señala que cuando una persona jurídica sea responsable de tráfico de influencias «se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años». Ello se puede explicar en ocasiones por su conexión con un único delito (arts. 310 bis.c, 343.3 CP) y porque el estrecho marco penal de la persona física no deje espacio para estratificar la multa. En otras, obedece al deseo de ampliar la discrecionalidad del aplicador.

38 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n.º 2, marg. 1582.

Tabla 1. Relación entre la cuantía de la multa y la pena privativa de libertad de persona física

Multa proporcional		Multa por cuotas		Multa proporcional y por cuotas	
Dependiente	Independiente	Dependiente	Independiente	Dependiente	Independiente
189 bis	156 bis	258 ter	197 quinquies	264 quater	318 bis
251 bis	177 bis	261 bis	310 bis.c	288 (2º inciso)	319
288 (1er inciso)	304 bis	302	343	328	348
310 bis.a-b	386	576	399 bis	369 bis	366
			430	427 bis	
			510 bis		

(ii). Para las penas interdictivas esta vinculación con la pena privativa de libertad se fija, en cambio, en art. 66 bis.2ª CP. Sin embargo, también existen situaciones en las que estas penas se independizan de la pena de prisión, si bien es poco habitual y respecto a algunas de estas sanciones: la inhabilitación de contratar con la Administración pública u obtener subvenciones, ayudas o beneficios o incentivos fiscales (arts. 310 bis, 424 CP) y la disolución de la organización (art. 570 quater CP).

(2) ¿Esta conexión con la privación de libertad prevista para la persona física es en abstracto o tras la determinación de la pena? La primera opción³⁹ es la más respetuosa con la lógica de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica que no requiere la condena efectiva de la persona física, lo que demandaría la segunda. Por otro lado, parece igualmente lógico destacar que aunque debemos tomar la pena de la persona física en abstracto, esto no puede implicar una remisión automática al delito básico, sino que hay que precisar el tipo, de los disponibles, en el que se subsume la conducta de la persona física en función de los hechos conocidos. Por ejemplo, emplear el art. 368 o 369 CP depende de la cuantía de droga o de ciertas circunstancias como que el tráfico se realice en un lugar abierto al público, se emplee violencia, el

³⁹ A favor de la pena abstracta FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 945; DÍEZ-RIPO-LLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 687.

sujeto sea un educador en el ejercicio de su cargo, etc. Del mismo modo el tipo de aportación y la fase en que se encuentra el proceso delictivo nos permite precisar según la estructura del tipo la clase de intervención y su grado de realización. ¿Si realizamos estas operaciones al precisar la conducta de la persona física estamos comunicando sus ámbitos? En un sentido estricto ello no ocurre porque simplemente se está concretando cuál es el tipo de referencia de la persona física, en función de los hechos y características que en ella concurren, para poder elegir el marco de la multa o el límite máximo de la pena interdictiva, y no se plantean todavía si esos factores concurren en la jurídica. Sin embargo, en la práctica, la reducción o ampliación del marco punitivo de la persona física que aceptemos afectará siempre a la responsabilidad de la jurídica aun cuando los factores modificativos no concurren en ella o no sean conocidos o controlados. Ante esta situación una salida intermedia sería (i) tener en cuenta al seleccionar el delito de referencia todas aquellos hechos y circunstancias de la dinámica comisiva abarcados por el déficit organizativo de la persona jurídica. Estos aspectos no se podrán valorar con posterioridad al utilizar las reglas «generales» de determinación de la pena. Por ejemplo, si la persona jurídica se ha organizado de forma que no respeta las normas de cuidado en la gestión de residuos el delito de referencia será el delito imprudente (art. 331 CP en relación con el art. 325 CP) cometido por la persona física. Ahora bien, si la administración decide deshacerse de los residuos para abaratar costes y el operador que abre la compuerta cree que estos han sido tratados previamente, presuponiendo que se trata de una situación de error de tipo veniable el delito de referencia tendría que ser el que corresponde por la conducta dolosa y no por la imprudente. Esta solución se puede ver apoyada por el art. 66 bis CP cuando mantiene que no se podrá superar la duración de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Es decir, el límite es la sanción que los hechos imputados a la persona jurídica tendrían si estos hubieran sido imputados a la persona física⁴⁰. (ii) Todas las circunstancias que modifiquen el tipo de referencia según las reglas generales de determinación de la pena no afectarán al tipo abstracto de la persona física que actúa como límite de las penas de multa e interdictivas y se valorarán, para la persona jurídica, siempre que concurren en ella, al concretar sus penas⁴¹.

La justificación, por tanto, alcanza a la persona jurídica pero no de modo automático⁴², sino en la medida en que se pudiera aplicar a esta y si

40 Pero en la multa la conexión con el delito cometido por la persona física se expresa de manera distinta (si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de X años).

41 En contra DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 20, pág. 15; ídem, *op. cit.* n. 12, pág. 249.

42 La Circ. EGE 1/2016: 9 considera que la conducta justificada de la persona física se comunica automáticamente a la persona jurídica.

diera lugar a una eximente incompleta se valoraría este hecho al determinar la pena.

Esta solución me plantea dudas en lo que atañe a las formas imperfectas de realización y a la participación en el delito. Mi incertidumbre se debe a que estos dos aspectos se comunican directamente de la persona física a jurídica: si no se ha consumado el delito habrá una tentativa para ambos, si no alcanza la fase de tentativa será impune para los dos; si se induce a un tercero, p.e., ambos serán inductores⁴³. La cuestión reside en acordar en qué momento debe tenerse en cuenta el factor atenuante. ¿Al concretar el delito en abstracto cometido por la persona física que ejerce como límite de las penas de las personas jurídicas?⁴⁴ ¿Únicamente en el instante en que se determine la pena de la persona jurídica como he propuesto⁴⁵? ¿En ambos momentos? Una perspectiva que mantenga que la responsabilidad de la persona jurídica no es independiente de la física (al menos en el injusto), se posicionará dentro de su lógica a favor de la primera opción⁴⁶. Esta alternativa puede ser más perjudicial para el reo que partir de un marco en la multa de 2 a 5 años y luego efectuar una rebaja de uno o dos grados por la tentativa. Además, tampoco tendría efecto punitivo (de rebaja) en las ocasiones en las que la extensión temporal de la multa se determina con independencia de la cuantía de la sanción prevista para la persona física. En consecuencia, ya sea para optar por el planteamiento más favorable al reo, ya porque se defienda la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica la procedente debe ser la segunda (valorar estos aspectos al determinar la pena de la persona jurídica).

43 Obviamente ello parte de una premisa. Se admite la responsabilidad delictiva por tentativa y los actos preparatorios punibles (DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 190; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª Edición, Cizur Menor, 2015, págs. 85, 197 y ss.; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1393; FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., "Los requisitos del art. 31 bis.1", en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B.; Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª Edición, Madrid, págs. 75-88-71-) y por la intervención como partícipe (FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 43, pág. 71). Sobre la posibilidad de establecer, empero, la consumación como condición objetiva de punibilidad GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.* n. 43, págs. 199 y s.

44 A favor de la pena en abstracto pero descontando el grado de ejecución de la pena RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Sistema de penas, reglas de determinación de la pena y suspensión de la ejecución de la pena. Adaptado a la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Cizur Menor, 2017, págs.183.

45 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 792, que sostiene que hay una referencia a la «pena legalmente prevista en abstracto para el delito, sin tener en cuenta el grado de ejecución o de participación, ni las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal».

46 También se llega a esta conclusión por otras vías. Por ejemplo aplicando a este caso la interpretación del TS para determinar el marco de referencia en el art. 76 CP («para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito»; Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, Sala de lo Penal del TS de 19 de diciembre 2012).

(3) ¿El límite inferior o superior de la pena en abstracto? Supongamos que tenemos un marco penal abstracto de 3 a 6 años de privación de libertad (art. 368), ¿esta es, a efectos de determinar el marco de la multa de las personas jurídicas superior a 5 o solo a 2 años? ¿Las penas interdictivas no podrán tener una duración superior a 3 o a 6 años? La redacción de los artículos afectados nos resuelve esta duda aceptando la posibilidad más gravosa. Así, cuando el art. 369 bis señala que tenga «prevista una pena de prisión de más de cinco años» se debe interpretar como que en el caso concreto se pueda imponer una pena superior a 5 años lo que sucede en el marco de 3 a 6. Del mismo modo el art. 66 bis CP señala que la pena interdictiva «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». Por consiguiente, se podría imponer una sanción de 6 años sin exceder dicha duración. En suma, el límite superior es en ambos casos el determinante.

(4) ¿Qué sucede cuando la pena que se puede imponer a la persona física no es privativa de libertad⁴⁷? Ello sucedería, por ejemplo, en el art. 288 CP respecto al art. 286.3 CP.

Una línea interpretativa afirma que el CP no dice qué hacer en estos casos. La vinculación en exclusiva con la privación de libertad nos puede llevar a interpretar que si no está prevista la privación de libertad no se podrá imponer a la persona jurídica la multa o la sanción interdictiva⁴⁸. Ello no acontece cuando el artículo establezca la multa y la pena interdictiva con independencia de la pena de la persona física. Respecto a la multa esta independencia acontece en 14 ocasiones (de 27 supuestos de responsabilidad de la persona jurídica, vid. Tabla 1). En las penas interdictivas se produce igualmente, pero es muy poco frecuente (3). Ahora bien, el CP sí que ha establecido una regla. Los artículos que asocian la cuantía de la multa con la pena privativa de libertad de la persona física tienen un último apartado que incluye la expresión «en el resto de los casos»⁴⁹. Esta cláusula de cierre permite recoger todas las sanciones: privativas de libertad inferiores al nivel indicado y penas privativas de otros derechos. En lo concerniente a las penas interdictivas, estas se pueden determinar aunque no haya pena privativa de libertad, si bien había una restricción menos a su cuantía.

47 Vid. por ejemplo arts. 286.3 y 4 CP.

48 Así para la pena interdictiva FARALDO CABANA, *op. cit.* n.º 13, marg. 952.

49 Por ejemplo en el art. 288 CP: «Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, *en el resto de los casos*» (cursiva añadida).

2. Variaciones en el marco

En el análisis de la normativa que afecta a la fijación de la extensión de la pena (grados y mitades) hay que distinguir entre la multa y las otras penas interdictivas ya que cada grupo se somete a unas reglas distintas.

2.1. Multa

2.1.1. Proporcional

(1) Hay dos factores en la multa proporcional: la extensión y la cuantía.

La extensión viene determinada legalmente en cada tipo en el que se especifica una proporción (duplo, triplo, etc.). La cuantía final depende de la proporción elegida y de un objeto de referencia: perjuicio causado, valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo (cantidad defraudada o indebidamente obtenida). De acuerdo con el art. 52.2 CP, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, sopesando para delimitar su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. Sin embargo, aunque este artículo hable sobre la cuantía, la discrecionalidad en la determinación de la pena de multa proporcional en las personas jurídicas reside en la extensión⁵⁰. Si hay un único objeto de referencia para medir la proporcionalidad solo se podrá variar la cuantía de la multa modificando la proporción⁵¹.

(2) El principal debate, si se supera el problema esencial de cómo calcular la cuantía exacta del perjuicio, del beneficio, etc., está en decidir si deberían emplearse las reglas que afectan al grado sobre el marco de proporcionalidad dado.

Hay autores que admiten que se puede utilizar analógicamente la normativa relativa al grado⁵². De este modo si se indica del cuádruple al séxtuple, la bajada en un grado será del doble al cuádruple. Ahora bien, aunque se acepta esta posibilidad, conforme al acuerdo del Pleno del TS

50 A favor de esta interpretación FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 799.

51 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 865. Se puede modificar la cuantía, sin alterar la proporción, cuando exista más de un objeto de referencia. Solamente el art. 366 CP recoge varios objetos (beneficio obtenido/valor de las sustancias).

52 Considera que sí se pueden bajar grados en la multa proporcional JUANES PECES, *op. cit.* n. 24, marg. 1705 mediante un uso analógico de la regla del art. 70 CP. En el mismo sentido utilizando las reglas de los arts. 66 y 68 CP, FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 799 y ss.

de 22 de julio de 2008⁵³, se advierte que únicamente será para las bajadas de grados⁵⁴. Una vez precisado el nuevo marco de la proporcionalidad, la proporción exacta impuesta se precisará en función de la situación económica del autor (se emplea por tanto, la regla del art. 52.2 CP y no el art. 66 CP para fijar la extensión interna⁵⁵).

Otras líneas interpretativas mantienen que no se aplican las reglas del art. 66 CP a las multas proporcionales⁵⁶. Se defiende que el acuerdo del Pleno recién citado se adoptó para las penas cometidas por las personas físicas. Para las personas jurídicas se estableció en el 2010 un sistema específico para resolver situaciones en las que no se puede realizar el cálculo de la cuantía: se transforma la multa proporcional en días multas (art. 52.4 CP). En consecuencia, si se quiere subir y bajar grados hay que convertir la multa proporcional en multa por cuotas. No obstante, el art. 52.4 CP se refiere a un supuesto concreto: cuando no se puede efectuar el cómputo de la multa en base al objeto de referencia (beneficio obtenido, etc.) No se menciona la posibilidad de emplearlo para resolver otros problemas en la fijación de la extensión, por ejemplo, los que aparecen al intentar aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad y que obligan a bajar o subir grados.

2.1.2.- Por cuotas

(1) Sus límites son superiores a los previstos para las personas físicas. Según el art. 50.3 CP su extensión máxima será de 5 años (los meses serán de 30 días y los años de 360 días). Se concreta según la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor (grado de participación y fase de ejecución, atenuantes y agravantes, reglas concursales, etc.) No se menciona cuál es la extensión mínima, por este motivo se considera que han de ser los 10 días previstos para las personas físicas⁵⁷.

53. «1.- En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos.

2.- El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales».

54 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 799 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Aplicación y determinación de la pena", en Gracia Martín (coord.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Valencia, 2016, págs. 109-145 (113); RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *op. cit.* n. 44, pág. 69.

55 Así FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 802.

56 Así MAPELLI CAFFARENA, B., *Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª Edición, Cívitas, 2011, pág. 236, 305; BOLDOVA PASAMAR, *op. cit.* n. 54, pág. 143; ROGA DE AGAPITO, L., "Sanciones penales a entes colectivos", en Roca de Agapito (dir.): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2017, págs. 191-204 (201).

57 Así JUANES PECES, *op. cit.* n. 24, marg. 1710.

Para su determinación hay que emplear las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66 CP (art. 66 bis CP). Se excluye la regla de multi-reincidencia. Decisión extraña en cuanto que este factor no está previsto como agravante específica, tal y como sí sucede para las penas interdictivas en el art. 66 bis.2 CP.

No hay ninguna regla adicional en el art. 66 bis CP. De modo que la decisión sobre subir o bajar grados se regula por la normativa general. En el art. 70 CP no hay referencia a la multa para las personas jurídicas. Esto genera un problema. En la multa por cuotas el límite máximo a la subida es de 30 meses, inferior a los 60 meses que se establecen como pena máxima en el art. 50.3 CP. A partir de aquí caben dos interpretaciones. (i) Se puede afirmar que no hay límite porque realmente no es necesario ya que no se pueden subir grados. Sin embargo, ello sería incoherente con la remisión expresa al art. 66 CP que prevé la posibilidad de subir y bajar grados. (ii) Una segunda opción será mantener que la ausencia de regulación supone que no existen límites a la subida de grados a la persona jurídica.

(2) Una vez fijada la extensión se determinará la *cuantía de la cuota*. Según el art. 50.4 CP la cuantía mínima será para las personas jurídicas de 30 € y un máximo de 5000 € (la pena máxima será 9 millones de euros, inferior a la descrita en algunos preceptos administrativos⁵⁸). Se concreta en función de la capacidad económica del condenado (deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales, art. 50.5 CP). Igualmente habrá que tener en cuenta los resultados económicos de las sociedades mercantiles del periodo investigado, así como la información patrimonial disponible⁵⁹.

2.2.3.- Modulación por concurrencia con la persona física

El art. 31 ter.1 CP incorpora una regla para rebajar la cuantía de la multa: se permite modular su cuantía cuando al computar la impuesta a la persona física la suma de ambas se considere desproporcionada⁶⁰. Se pueden modular las «respectivas cuantías», esto es, ambas multas⁶¹, pero será sufi-

58 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 865; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1580, que cita como ejemplo el art. 63.L 15/2007, que impone una multa subsidiaria de 10 millones de euros. Mayores cantidades se consiguen con la multa proporcional que permite (junto con la figura del decomiso) recuperar lo que se ha obtenido ilícitamente y tiene, por ello, un mayor efecto disuasorio, FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 868.

59 Vid. JUANES PECES, *op. cit.* n. 24, marg. 1711.

60 Se establece así una doble posibilidad de rebaja en la multa, por desproporción y por la dificultades económicas para realizar el pago, vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 833.

61 Vid. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 279.

ciente la rebaja de una⁶². Solo se podrá realizar respecto a la pena de multa. Así mismo únicamente será factible cuando haya una igualdad en los hechos imputados para la persona física y jurídica⁶³, lo que disminuye las ocasiones en que se podrá efectuar esta compensación, especialmente cuando se exija que esa identidad alcance eximentes, circunstancias modificativas, etc.

Esta compensación de las penas de multa responde a una estructura de la responsabilidad penal compartida entre persona física y jurídica que no se adecua a la separación entre ambas recogida en el art. 31 ter.1 (primer inciso) y 2 CP⁶⁴. Si cada uno debe responder de forma autónoma por su comportamiento, la proporcionalidad de la multa debe valorarse en función de la gravedad del hecho delictivo imputado a cada uno⁶⁵. Incluso si se asume que la persona jurídica y la física responden por el mismo injusto y que se trata, por tanto, de una demanda del principio de proporcionalidad, este precepto es criticable porque en las multas el respeto de este principio, por la gravedad del injusto, no depende tanto de la cuantía total sino de las cuotas o múltiplos fijados⁶⁶.

Por ello, para algunos autores el objetivo de este artículo es evitar una desproporción, por doble sanción, cuando haya una identidad patrimonial entre la persona física (habitualmente el administrador) y la persona jurídica (su titular)⁶⁷. Ahora bien, puede suceder en muy pocos casos (sociedades personalistas: colectiva y comanditaria simple)⁶⁸ y, además, la regla no exige esta identidad⁶⁹.

2.2. Penas interdictivas

(1) Las penas interdictivas pueden tener un carácter permanente o temporal. El art. 33.7 CP establece el carácter de cada sanción y su duración cuando sea temporal.

62 Así FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 827. Otros autores mantienen, empero, que deberán rebajarse ambas, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 708.

63 «Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa (...)», art. 31 ter CP (cursiva añadida).

64 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 824.

65 Crítico porque representa un confusión entre la multa y la responsabilidad civil: la proporcionalidad se debe mantener en el segundo caso, MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.* n. 56, pág. 238.

66 Así DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 707.

67 Vid. MORILLAS CUEVA, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Anales de Derecho*, n. 29, págs. 1-33 (28); FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 279; GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.* n. 2, págs. 266 y s.

68 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 825.

69 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 827.

(2) El art. 66 bis recalca que se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66 CP.

(3) Se recogen reglas adicionales y específicas en el art. 66 bis CP.

(3.1) Un primer grupo de reglas afectan a la justificación de la necesidad de adoptar estas medidas, el carácter de las mismas y su duración, si fuera temporal. O sea, son factores que hay que tener en cuenta cuando se decida imponer la pena y al fijar su extensión⁷⁰.

a) *Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.* La imposición de penas interdictivas demanda un análisis de prevención especial negativo⁷¹; persiguen la inoquización de una persona jurídica que, después de cometer un delito, presenta un riesgo elevado de reincidencia. Este riesgo ha de ser real y actual⁷² y de comisión de futuras actividades delictivas del mismo tipo por el que la persona jurídica ha sido condenada⁷³. Si el pronóstico de peligrosidad fuera negativo o muy bajo no deberían imponerse estas penas⁷⁴.

b) *Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.* Esta regla requiere, por consiguiente, efectuar un juicio de eficiencia: una ponderación entre la peligrosidad de la empresa y los efectos potenciales de la medida⁷⁵. No se debe interpretar de manera muy estricta ya que podría reducir excesivamente la imposición de estas medidas a las empresas⁷⁶. De este modo, hay que evitar ciertas medidas que superen de forma notoria las consecuencias normales que se podrían esperar de su uso⁷⁷ (p.e. en función del porcentaje de sujetos que podrían ser despedidos). Así mismo, las penas definitivas (disolución y prohibición de actividades) han de adoptarse exclusivamente en casos extremos en los que las necesidades preventivo-especiales requieran la absoluta inoquización.

La disolución, en cuanto que producirá la pérdida definitiva de personalidad jurídica⁷⁸, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo

70 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 533.

71 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 689.

72 Destaca que el juicio de peligrosidad se ha de efectuar sobre las circunstancias existentes en el momento de imponer la sanción RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *op. cit.* n. 12, pág. 185; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 301.

73 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 266; FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 879; JUANES PECES, *op. cit.* n. 24, marg. 1717.

74 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 266.

75 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 879; DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 689; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 301.

76 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 268; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1594.

77 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 879.

78 Por este motivo se le denomina «pena de muerte societaria» (DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 574; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 292).

en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita, se debe utilizar únicamente en los casos más graves, cuando nos enfrentemos a empresas pantalla que están destinadas únicamente a la actividad delictiva⁷⁹. Lo mismo se plantearía respecto a la prohibición definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito⁸⁰. Este enfoque queda afianzado por el 66 bis.2.º al requerir multirreincidencia o uso instrumental delictivo de la persona jurídica para aplicar una sanción permanente.

La intervención judicial es la pena que persigue reducir la peligrosidad afectando lo menos posible la actividad de la persona jurídica y así proteger los derechos de los trabajadores y/o los derechos crediticios de los acreedores⁸¹.

c) *El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.* El fundamento de este criterio tiene varias interpretaciones. Cuanto más alta sea su posición, mayor relevancia tendrá su infracción ya que muestra un mayor defecto de organización y mayor será la necesidad de imposición de pena interdictiva⁸². Otros autores consideran que este aspecto no se vincula con la gravedad del hecho sino con la necesidad preventivo-especial, que se incrementa según aumente el rango de la persona física que infringió el deber⁸³. Finalmente se afirma que esta necesidad preventiva se asocia con la relevancia presente (en el momento de dictar sentencia y no cuando actuó) de la persona en la estructura de la organización⁸⁴. Es decir, se trata de valorar el riesgo actual de reiteración delictiva y la necesidad preventiva de la sanción interdictiva. Todas estas lecturas se deben tomar en consideración pero en distintos momentos. Cuando se resuelve imponer una pena interdictiva, la posición de la persona física se ha de integrar en la evaluación de la necesidad preventiva presente.

79 Vid. DOPICO, *op. cit.* n. 2, marg. 236; FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 890; Díez RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 139; ROCA DE AGAPITO, *op. cit.* n. 56, pág. 196. Destaca que la disolución se debe justificar por el uso instrumental delictivo de la persona jurídica, por las consecuencias económicas y sociales, especialmente sobre los trabajadores, que tiene, STS 154/2016, de 29 de febrero.

80 Vid. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 288 (que también la admite en casos de multirreincidencia).

81 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 935 y s.; Díez RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 689; GIL NOBAJAS (2016: 299) mantiene que «(...) es una candidata idónea en términos de prevención especial positiva, dirigida a producir el menor impacto posible para terceros no implicados en el delito».

82 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1594. En contra, GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 303 (el defecto de organización «no tiene por qué ir en paralelo a la importancia del cargo que ostenta la persona física que comete el delito»).

83 Vid. Díez RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 691.

84 Vid. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 284.

En un segundo instante, al concretar su duración, la posición de la persona jurídica mostrará un mayor desvalor del injusto.

(b) Otra cuestión distinta es precisar el alcance de esta regla y la relevancia del término «incumplió el deber de control». Si se interpreta en un sentido estricto únicamente habría responsabilidad por infracción del deber de control en relación con la conducta de los subalternos del art. 31 bis.1.b CP⁸⁵. Para que se pueda ampliar a los sujetos descritos en la letra a del art. 31 bis.1 se puede mantener que los socios tienen deberes de control sobre los administradores⁸⁶, previstos y desarrollados en los programas de cumplimiento; o que los representantes legales y administradores tienen deberes de control entre sí. No obstante, esta discusión es irrelevante porque la posición de la persona física puede utilizarse, venga o no descrita legalmente, como criterio para precisar la necesidad preventiva actual de la sanción y su cuantía en cualquiera de los dos supuestos de responsabilidad previstos en el art. 31 bis.1 CP.

(3.2) Un segundo grupo de reglas recogen criterios específicos que afectan a la duración máxima de la pena y a la posibilidad de imponer una sanción de carácter permanente.

(a) Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP se impongan con una duración limitada, esta 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. Este aspecto ya ha sido tratado con anterioridad⁸⁷. Queda, empero, una duda: ¿Qué relación guarda esta regla con las siguientes? Dicho de otro modo: ¿este límite rige cuando concurren las circunstancias de reincidencia/multirreincidencia o de uso instrumental delictivo de la persona jurídica? Depende de si interpretamos que la pena de prisión de la persona física es un límite absoluto, vigente en todos los casos, o defendemos la especificidad de las agravantes propias de las personas jurídicas, cuyo uso exigirá en numerosas ocasiones saltarse dicho límite. Si se opta por la primera solución se restringiría el empleo de estas agravantes cuando la pena privativa de libertad de referencia sea inferior a 2 años. Por esta razón, es preferible sostener que su actividad depende de la ausencia de estas circunstancias agravantes⁸⁸.

(b) 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:

85 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 690.

86 Así FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 882.

87 Vid. IV.1.

88 Así FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 953; FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 285.

(i) Que la persona jurídica sea reincidente: condenada ejecutoriamente por un delito incluido en el mismo título del CP y siempre que sea de la misma naturaleza (art. 22.8 CP)⁸⁹.

(ii) 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 ilegal. Este hecho se puede medir en un sentido cuantitativo: no concurre esta circunstancia cuando la persona jurídica está válidamente constituida y, aunque ha cometido algún delito, ejerce habitualmente y de forma mayoritaria actividades legales⁹⁰. No obstante, se tendrá que afirmar igualmente esta instrumentalización cuando concorra en un sentido cualitativo. O sea, cuando se pueda constatar que se orienta a la práctica de conductas delictivas aunque estas representen un porcentaje reducido de sus actividades. Por ejemplo, ORTIZ DE URBINA sustenta que una empresa que transporta droga en un 25% de sus viajes debe considerarse como una empresa instrumental⁹¹.

(c) La imposición permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del art. 33.7 CP, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

(i) Multirreincidencia (art. 66.1.5 CP): condena ejecutoria al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título siempre que sean de la misma naturaleza⁹². La agravación por multirreincidencia no se puede imponer cuando la pena interdictiva concreta tenga un límite temporal de 5 años. Esto es, únicamente está prevista para las penas temporales que alcanzan los 15 años.

(ii) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Por tanto, la instrumentalización delictiva permite imponer las sanciones temporales en toda su extensión, superar los dos límites temporales (2 y 5 años), y aplicar sanciones permanentes.

(d) Cuando el incumplimiento de los deberes de control sobre el personal subalterno (art. 31.1.b bis CP) no tenga carácter grave las penas previstas en las letras c) a.g) no podrán ser superiores a 2 años. Se plantea de nuevo la discusión sobre si esta regla es preferente cuando concurre alguna de las agravaciones específicas de las personas jurídica o si estas desactivan este

89 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 742.

90 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, márg. 892.

91 Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, márg. 1596.

92 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 742.

límite⁹³. Posicionarse en este punto puede ser innecesario porque no hay un supuesto al que pueda resultar aplicable ya que las infracciones no graves de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los subalternos serán impunes según el art. 31.bis.1.b CP⁹⁴.

(4) ¿Se utilizan las reglas generales que afectan a la subida y bajada de grados, especialmente las de los arts. 66 y 70 CP? En este punto nos encontramos con los siguientes problemas:

(a) No hay ninguna mención en el art. 70 CP a las penas interdictivas. De nuevo podemos repetir lo expuesto con motivo de la multa. En primer lugar, se puede sostener que no se puede subir y bajar grados. Sin embargo, esta interpretación sería incoherente con la remisión expresa al art. 66 CP. Por otro lado, si mantenemos que esta operación es posible nos enfrentamos a un escollo: no tenemos un marco punitivo claro.

¿Cuál es el límite superior? Tenemos varias opciones: la pena privativa de libertad prevista para la persona física, 2 años si es una infracción leve del deber de control, 5 años si hay reincidencia, 15 años (penas e y f del art. 33.7 CP) si hay multireincidencia, 15 años si la persona jurídica fue instrumentalizada para realizar actividades delictivas, la duración máxima de la pena prevista en el art. 33.7 CP. La selección depende de la solución que se haya elegido previamente para resolver la relación entre todos estos límites. Así, si las circunstancias agravantes específicas permiten superar la duración de la pena privativa de libertad de la persona física, no se debería fijar como límite superior el tope legal de la sanción interdictiva, sino el resultante de utilizar las reglas del art. 66 bis.2 CP. De este modo, si no están presentes las circunstancias del 66 bis.2 CP el límite superior, aunque se trate de una pena que puede llegar hasta los 15 años, será de 2 años. La pena del autor principal actuará como límite dentro del tramo en que se encuentre según el art. 66 bis CP. Si hay reincidencia y la pena privativa de libertad es de un año no se tendrá en cuenta como factor limitador, pero si tiene una duración de 4 años este será (frente a los 5 años posibles) el borde superior. Esto puede implicar ocasionalmente una infracción de las reglas del art. 66 bis. 2ª CP. Por ejemplo, si tenemos un límite de dos años, la persona jurídica actúa con abuso de confianza, por motivos discriminatorios y por precio, y no concurriera ninguna circunstancia atenuante se podría incrementar medio grado. Si quisiéramos imponer una clausura esta debería ser de 2 a 2,5 años, superior a la barrera de los 2 años aunque no hay reincidencia.

⁹³ A favor de la primera solución FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 960.

⁹⁴ Vid. Circ. FGE 1/2016: 25, 59; ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 2, marg. 1598; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 304; ROCA DE AGAPITO, *op. cit.* n. 56, pág. 201. Díez Ripollés, *op. cit.* n. 12, pág. 256 mantiene que pese a la redacción del art. 31.bis.1.b el art. 66.bis permite que el incumplimiento de los deberes pueda tener un carácter no grave.

¿Cómo bajar grados al estar el límite inferior en 1 día?⁹⁵ La bajada de grado sería imaginable si se parte de la presencia de algunas de las circunstancias descritas en el art. 66 bis.2 CP, y si se toma cada límite (2 y 5 años) como margen inferior de la pena. Así si la persona jurídica fuera multirreincidente se podrían valorar las atenuantes concurrentes bajando un grado o dos: 5 a 2 años y 6 meses, 2 años y 6 meses a 1 año y 3 meses. Si fuera una situación de reincidencia tendríamos que repetir la operación pero con un límite inferior de 2 años.

(b) Se puede defender que a la vista de estas complicaciones la reglas que afectan al grado deben reorientarse a la fijación de la mitad superior o inferior. Aunque para esta operación podemos trabajar con un límite inferior de 1 día, la fijación del margen superior se enfrenta al embrollo anteriormente descrito.

(c) Hay autores que ante la dificultades descritas para subir o bajar grados o para determinar la mitad inferior o superior mantienen que las reglas del art. 66 CP únicamente pueden aplicarse a las personas jurídicas respecto a la pena de multa⁹⁶. Las circunstancias atenuantes se valorarán según el prudente al arbitrio de los jueces y tribunales al fijar la pena. Incluso puede ser un motivo sobre el que fundar la no imposición de una pena interdictiva⁹⁷. Ahora bien, ello supondría que para este tipo de sanciones (no para la multa) una atenuación podría ser equivalente a una eximente. Por otro lado, esta decisión dificulta el uso de las reglas de la tentativa y de la participación. Por ese motivo los defensores de esta solución deben valorar estos factores al establecer la pena de la persona física de referencia.

(5) ¿Se pueden imponer varias penas interdictivas? No será factible si no son compatibles entre sí (p.e. una disolución no se puede acumular a ninguna otra medida). Una vez afirmada la compatibilidad se plantearán tres soluciones respecto a la posibilidad de acumulación: depende de la redacción del tipo: empleo del plural o del singular⁹⁸; siempre es viable porque las necesidades preventivas se pueden satisfacer mejor mediante el uso combi-

95 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 687; FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 964; JUANES PÉCES, *op. cit.* n. 24, marg. 1719; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 289. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 687 mantiene que aunque la ausencia de regulación nos conduce a las penas de 1 día, el límite inferior debería ser de tres meses por varios motivos: es el previsto legalmente para la mayoría de las penas menos graves privativas de derechos (art. 40 CP); un límite inferior sería incoherente con el carácter grave de las penas interdictivas.

96 Vid. FARALDO CABANA, *op. cit.* n. 13, marg. 964; FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 274; BOLDOVA-PASAMAR, *op. cit.* n. 54, pág. 143; GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 300; ROCA DE AGAPITO, *op. cit.* n. 56, pág. 201.

97 Vid. GIL NOBAJAS, *op. cit.* n. 2, pág. 303.

98 Vid. MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.* n. 56, pág. 306.

nado⁹⁹; no es posible, solo se puede imponer una medida ya que implicaría una doble sanción (u obligaría a repartir los límites temporales).

99 Vid. MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.* n. 56, pág. 306; DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.* n. 12, pág. 688; FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.* n. 10, pág. 286, 288.

ANEXOS

EJECUTORIAS SUPREMAS

Tema: Culpabilidad

El motivo casacional material, referido al error de comprensión culturalmente condicionado y a la responsabilidad restringida, para ser amparado, debe fundarse en la existencia de una pericia antropológica y en la necesaria aplicación del artículo 22 del Código Penal.

Casación N.º 186-2019 Junín



REPÚBLICA DEL PERÚ
CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PER
CASACIÓN N.º
JUNÍN

vaijuez desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CASTAÑEDA ESPINOZA JORGE
CARLOS / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/10/2020 14:58:33 Razón: RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

alidez
desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SAN MARTIN
SANTO CESAR / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 13/10/2020 18:20: Razón:
SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

alidez
desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: FIGUEROA
VARRO ALDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 15/10/2020 13:26:22 Razón:
SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

alidez
desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SEQUIROS
MORGAS IVAN ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 15/10/2020 08:42:46 Razón:
SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

alidez
desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CDAGU
LA VEZ ERAZMO ARMANDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 14/10/2020 09:39: Razón:
SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

alidez
desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Sala: LAS CAMPOS PILAR
XANA / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 19/10/2020 14:44:42 Razón:
SOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Fundado en parte el recurso de casación

El motivo casacional material, referido al error de comprensión culturalmente condicionado y a la responsabilidad restringida, para ser amparado, debe fundarse en la existencia de una pericia antropológica y en la necesaria aplicación del artículo 22 del Código Penal. La sentencia de vista omitió aplicar la eximente imperfecta referente al retardo mental leve del encausado (que se prevé en el artículo 21 del Código Penal), por lo que corresponde amparar este extremo del recurso.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de octubre de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia privada (vía videoconferencia), el recurso de casación interpuesto por **Santiago Cesarlo Cainicela Quispe** contra la sentencia de vista del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 514), que confirmó la sentencia de primera instancia del once de enero de dos mil dieciocho (foja 355), en los extremos que lo condenó como autor de los delitos contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad y contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales G. E. M. P., y la revocó en el extremo de la pena impuesta (de veinte años) y, reformándola, le impuso treinta años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Castañeda Espinoza.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Hechos y sentencias de instancia

Primero. Del análisis de las sentencias de primera instancia y de vista se aprecia que declararon probado, conforme a la acusación fiscal¹, que el veintitrés de mayo de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 20:00 horas, cuando la menor agraviada (de doce años de edad) salió de su domicilio (ubicado en el paradero La Victoria sin número, barrio de La Esperanza, distrito de San Jerónimo, provincia de Huancayo) a bordo de su bicicleta con destino a una cabina de internet, fue interceptada por el encausado Santiago Cesario Cainicela Quispe en el kilómetro 18 de la carretera Central del distrito de San Jerónimo, quien la sorprendió por detrás, le tapó la boca, la jaló del cuello y se la llevó por el lado oeste hacia una chacra de choclos ubicada a una distancia aproximada de treinta metros de la referida carretera.

Posteriormente, ante la resistencia de la víctima, el procesado la golpeó de manera reiterativa en el rostro y el cuerpo hasta dejarla inconsciente. Luego la cargó sobre sus hombros, caminó alrededor de cincuenta metros y arrojó la cartera que portaba la menor a un costado de la chacra; después continuó su recorrido hasta llegar a un barranco que daba al río Mantaro, aproximadamente a unos tres kilómetros, mientras llevaba a la agraviada en su espalda.

Cuando la menor empezó a reaccionar, se defendió, cogió una piedra y se la tiró en la cabeza al procesado; después, al llegar a las orillas del río Mantaro, cuando la menor se encontraba nuevamente inconsciente, el procesado le bajó el pantalón, desgarró su ropa

¹ A fojas 1 y 71 –subsanción del requerimiento acusatorio– del cuadernillo de acusación fiscal.

interior y la violó (arrojó dicha ropa interior al río). Al concluir este acto, Cainiceia Quispe continuó golpeando a la menor; luego cogió la chalina que esta usaba, la ató fuertemente de las manos y los pies hacia atrás, y la arrojó al río Mantaro (así como su teléfono celular).

El encausado siguió el recorrido del cuerpo de la menor aproximadamente unos cien metros y, al notar que se había quedado atascado en una roca, lo hundió en el mencionado río.

El cuerpo de la menor fue encontrado, por información y guía del propio procesado, el dos de junio de dos mil dieciséis, a orillas del Mantaro.

Segundo. Realizado el juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín condenó a Santiago Cesario Cainicela Quispe como autor de los delitos de violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, en concurso real, a veinte años de pena privativa de libertad.

Ante los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público (que solicitó el incremento de la pena) y por la defensa del procesado (que solicitó la absolución o la nulidad de la sentencia), la Sala Penal de Apelaciones de Huancayo de la referida Corte Superior confirmó la condena en contra de Cainicela Quispe, pero la revocó en cuanto a la pena y la incrementó a treinta años de privación de libertad (foja 514).

§ II. Motivo casacional

Tercero. La defensa del sentenciado interpuso recurso de casación, que una vez elevado a la Corte Suprema fue declarado bien concedido mediante la ejecutoria del dieciséis de agosto de dos mil

diecinueve (foja 46 del cuadernillo) por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal, esto es, por indebida interpretación y falta de aplicación de los artículos 15 y 22 del Código Penal.

§ III. Audiencia casatoria

Cuarto. Instruido el expediente en la Secretaría y tras señalar como fecha para la audiencia de casación el veintitrés de septiembre de dos mil veinte, esta se celebró –vía videoconferencia– con la intervención de la defensa técnica del casacionista, la cual se encuentra registrada en el acta correspondiente. Deliberada la causa en forma reservada, por unanimidad, se dispuso que se dé lectura a la sentencia expedida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ I. Pretensión impugnatoria del casacionista

Quinto. En virtud de la ejecutoria de calificación de casación que se concedió, corresponde evaluar si, en atención a los hechos probados, en la sentencia de vista del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 514) existió (de parte del Tribunal Superior) una indebida interpretación y falta de aplicación de los artículos 15 y 22 del Código Penal, ya que ello tendría incidencia en la determinación de la pena impuesta a Cainicela Quispe. Al respecto, el casacionista alega como fundamento jurídico que la Sala Superior rechazó erradamente la aplicación de dichas circunstancias (error de comprensión culturalmente condicionado y responsabilidad restringida por la edad) y que debió eximirlo de responsabilidad en atención a que este posee un escaso grado

cultural, es iletrado y padece de retardo mental leve, por lo que no tiene la capacidad para comprender el carácter delictuoso de sus actos.

¶ II. Primer motivo casacional

Sexto. El primer motivo casacional concedido está referido a la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, que establece lo siguiente:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Séptimo. Al respecto, esta modalidad de error está basada en las vivencias y experiencias que tiene una persona durante su desarrollo en un determinado contexto social. Así pues, corresponde al derecho encuadrar cuándo nos encontramos ante este error que determina quién es culpable o quién no, y en qué medida.

7.1. En línea jurisprudencial, la Corte Suprema desarrolló los criterios de interpretación de esta figura en el Acuerdo Plenario número 1-2015/CJ-116 (fundamento jurídico 12):

El artículo 15 del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión.

7.2. Para decidir la aplicación del artículo 15 del Código Penal, se estableció que es obligatorio, en todos los casos, que se realice una pericia antropológica, que debe centrarse en:

El origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de edad a prácticas sexuales tempranas [fundamento jurídico 16, literal ii].

De igual manera, se precisó que, aunque se admita la incorporación de otros medios de prueba, "el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello" (fundamento jurídico 16, literal iii).

Octavo. Es importante precisar que este argumento jurídico (de aplicación del error culturalmente condicionado) fue introducido por la defensa del procesado recién en su escrito de ampliación de apelación (foja 462), por lo que no existe pronunciamiento al respecto en la sentencia de primera instancia.

8.1. En la sentencia de vista (considerando 4.13) sí se respondió a dicho argumento introducido en el recurso de apelación, al indicar que el encausado residía en una vivienda ubicada en el distrito de San Jerónimo, en la provincia de Huancayo, por lo que se encontraba debidamente asimilado al predominio de la cultura occidental (religión, leyes, administración pública) y estaba debidamente informado de sus obligaciones y responsabilidades como ciudadano a través de los medios de comunicación, la interacción familiar y vecinal,

etc. Por lo tanto, se concluyó que no era de aplicación el precepto del artículo 15 del Código Penal.

- 8.2. Resulta evidente, conforme a lo precisado en el acuerdo plenario, que el error culturalmente condicionado se relaciona con el concepto de cultura como "conjunto de conocimientos, ideas, tradiciones y costumbres que caracterizan a un pueblo, a una clase social, a una época, etc."², es decir, un concepto antropológico –de ahí la importancia de la pericia especializada–; mas no se refiere a la acepción general de cultura como el "conjunto de conocimientos e ideas no especializados adquiridos gracias al desarrollo de las facultades intelectuales, mediante la lectura, el estudio y el trabajo", que es como la defensa pretende sustentar uno de sus argumentos de exculpación planteados en el recurso casatorio como supuesto error jurídico por parte de la Sala Superior.

Noveno. Se aprecia de lo analizado que la defensa introduce una eximente de responsabilidad en atención a los datos y las características personales del procesado proporcionados durante el juicio e invoca su grado de cultura, sobre la base de que Cainicela Quispe tenía la condición de analfabeto, sin estudios de primaria o secundaria, y en general poseía un "escaso grado cultural". Empero, como ya se refirió, los argumentos expuestos por la defensa (sobre su capacidad intelectual) no encajan dentro de los conceptos recogidos por el artículo 15 del Código Penal que permitan su aplicación como causal de exculpación, por lo que la precisión de la Sala Superior respecto al entorno y los vínculos familiares y sociales del procesado en un contexto "occidental" –esto es, de la situación en la que se encontraba el

² <https://dle.rae.es/cultura>

puede ser aceptado, ni siquiera consta que una cultura originaria en el Perú acepte esas prácticas. De consiguiente, ni siquiera resulta necesario, bajo el deber de esclarecimiento, ordenar la actuación de una pericia antropológica sobre este extremo.

III. Segundo motivo casacional

Décimo. El segundo motivo casacional está vinculado con la responsabilidad restringida por la edad (prevista en el 22 del Código Penal), en tanto el casacionista sostuvo que esta no fue aplicada por la Sala Superior (a solicitud del fiscal apelante), ya que en lugar de reducir la pena impuesta en primera instancia (veinte años) se incrementó (treinta años), sin apreciar que el procesado es iletrado y padece de retraso mental. Por ende, corresponde verificar si efectivamente en la sentencia de vista se excluyó la aplicación del referido artículo 22 del Código Penal para el caso del procesado, quien, al momento de los hechos, tenía dieciocho años de edad.

Undécimo. El artículo 22 del Código Penal establece que “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años”. Si bien el segundo párrafo del mismo artículo señala que se excluye la responsabilidad restringida para cierto tipo de delitos de mayor gravedad, entre los que se encuentran los casos de violación de la libertad sexual y homicidio calificado (como el presente), la Corte Suprema ha establecido (como doctrina legal) mediante el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116 y la reiterada jurisprudencia que dicha exclusión (por el tipo de delito) afecta el principio de igualdad ante la ley y

la favorabilidad al reo, por lo que "no está constitucionalmente justificado [...] y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas" (fundamento jurídico 15).

Esta decisión vinculante acogió criterios similares expuestos por la Corte Suprema en previos pronunciamientos al respecto.

Duodécimo. Del análisis de los recaudos se verifica que las sentencias de primera y segunda instancia hicieron expresa referencia a la edad del procesado (dieciocho años) y que correspondía que se le aplicara la responsabilidad restringida por la edad. En ese orden, se aprecia que la sentencia de primera instancia aplicó esta causal de disminución de punibilidad para reducir la pena del máximo fijado y solicitado por el fiscal de cadena perpetua a veinte años.

Al ser apelado este extremo por el Ministerio Público, la Sala Superior, al resolver sobre el *quantum* de la pena que le correspondía por tratarse de dos delitos en concurso real, sostuvo (considerando 4.14, primer párrafo) que la pena privativa de libertad concreta a aplicarse era de treinta y cinco años, ya que este es el máximo de la pena temporal establecida en nuestro ordenamiento y la sumatoria de las penas mínimas previstas para los delitos de violación sexual de menor y homicidio calificado –materia de condena– excedía dicho límite³.

Así, la Sala aplicó el beneficio de la reducción de la pena por responsabilidad restringida por la edad y estableció que la sanción a imponerse debía ser de treinta años de privación de libertad –es decir, redujo cinco años a la pena concreta inicial que había determinado–.

³ Los delitos de violación sexual de menor y homicidio calificado tenían, al momento de los hechos, una pena privativa de libertad mínima de treinta y quince años, respectivamente, por lo que la suma de ambas (al tratarse de un concurso real) era de cuarenta y cinco años.

De ello se evidencia que no existe infracción o vulneración en la aplicación del artículo 22 del Código Penal.

Decimotercero. Del motivo casacional admitido fluye en efecto, otra exigente imperfecta de responsabilidad penal. Se trata del retardo mental leve que padece el imputado y, aunque erróneamente la defensa lo consideró como parte del error culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal), ello no impide que pueda valorarse como tal en atención al principio *iura novit curia* y su evidente favorabilidad.

13.1. De la revisión del Dictamen Psiquiátrico Establecimientos Penales número 038822-2017-EP-PSQ (foja 235 del expediente judicial, debidamente ratificado por la perita en juicio oral), se verifica (entre otros) que el encausado Cainicela Quispe clínicamente presenta retardo mental leve; rendimiento intelectual impropio de tipo social (falta de estimulación); y no sufre de psicosis.

13.2. La perita psiquiatra Elba Yolanda Placencia Medina, en juicio oral, sostuvo que el procesado elementalmente diferenciaba entre lo bueno y lo malo, conocía los hechos de la imputación que se le venía realizando y se tornaba peligroso por el descontrol de los impulsos que tenía. Luego, no es inimputable.

Decimocuarto. Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud define el retraso mental como un:

Estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las

aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales⁴.

Específicamente, se considera que las personas con retardo mental leve:

Adquieren tarde el lenguaje, aunque son capaces de mantener una conversación y, por lo tanto, de expresarse en la vida cotidiana. Una gran parte llega a alcanzar una independencia para el cuidado de su persona (comer, lavarse, vestirse y controlar los esfínteres). Las mayores dificultades se presentan en las actividades escolares, sobre todo en la lectura y la escritura. Pueden desempeñarse en labores prácticas, más frecuentemente en trabajos manuales semicualificados. Cuando el retraso va acompañado de una falta de madurez emocional o social destacadas, pueden presentarse dificultades para hacer frente a las demandas del matrimonio o la educación de los hijos, así como en la adaptación a la cultura⁵.

Decimoquinto. Por lo tanto, en el análisis de la configuración de un delito, el retardo mental leve puede incidir en el ámbito de la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad del agente, que "no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de omitir en el caso concreto"⁶, específicamente desde la concordancia de los artículos artículo 20, inciso 1, y 21 del Código Penal.

No obstante, debe precisarse que no basta con dicha capacidad psíquica para configurarse la inimputabilidad, sino que:

⁴ https://www.who.int/mental_health/media/en/391.pdf

⁵ Majluf, Emilio y Vásquez Palomino, Francisco. (1998). Capítulo 11. Retardo mental. En A. Perales (Ed.). *Manual de psiquiatría "Humberto Rofondo"* (2.ª ed.). Lima: UNMSM. Recuperado de https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/psicologia/manual_psiquiatr%C3%ADa/cap-11.htm

⁶ Donna, Edgardo Alberto. Capacidad de culpabilidad o inimputabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (3), pp. 45-57. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica04.pdf

Será necesario un juicio normativo consistente en imputarle a esa persona la posibilidad de actuar conforme a derecho y, por lo tanto, el deber jurídico penal de responder por tal conducta. Esta atribución constituirá el elemento normativo de la culpabilidad. Así, habrá inimputabilidad ahí donde la persona cometió un hecho delictivo en un estado en el que tenía la capacidad de controlar su comportamiento y en el que el derecho penal le atribuya el deber de haber actuado de otro modo⁷.

Decimosexto. En el caso de autos, las peritas psicóloga y psiquiatra han coincidido en explicar en el juicio que el procesado Santiago Cesario Cainicela Quispe distingue –en términos meridianos– entre lo bueno y lo malo, discrimina entre lo adecuado e inadecuado. Por ende, de lo expuesto se desprende que su condición de retardo mental leve no constituía un impedimento para comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión, aunque con cierta dificultad y, por lo tanto, es de considerar que su condición psíquica no descarta su culpabilidad y pueden imputársele los delitos de violación sexual y homicidio calificado (materia de condena). No obstante ello, su situación de retardo mental leve debe valorarse a efectos de la disminución de la pena, conforme a lo previsto en el artículo 21 del Código Penal (responsabilidad atenuada), pues “no concurren todos los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente su responsabilidad”⁸, tal como se consideró en la sentencia de primera instancia.

⁷ Rodríguez Vásquez, Julio. (s. f.). Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: *statu quo* y crítica. Revista MPD. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37676.pdf>

⁸ En criterio similar: Recurso de Nulidad número 4091-2009/Santa, fundamento séptimo.

Decimoséptimo. Delimitada la responsabilidad atenuada por esta causal de disminución de punibilidad, corresponde señalar que el juicio de determinación de la pena realizado por la Sala Superior es incorrecto, pues cuando concurre el concurso real de delitos (violación sexual de menor y homicidio calificado), se ha establecido en el Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116 (fundamento séptimo) que la determinación de la pena concreta en estos casos se rige por un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación", en el cual, en primer lugar, se debe identificar una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso, para lo cual se aplicarán las circunstancias que incidan en la concreción de la pena de la misma forma como si cada hecho deba enjuiciarse solo.

En segundo lugar, se procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real (que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real).

Por lo tanto, la Sala Superior debió reducir la pena por aplicación de las circunstancias de disminución de esta (como la responsabilidad restringida por la edad) antes de realizar la sumatoria de penas concretas por los delitos de violación sexual de menor y homicidio calificado, y no después de ello, como se desprende de la sentencia de vista.

Decimooctavo. En tal sentido y como es criterio uniforme de esta Sala Suprema, en aplicación del artículo 22 del Código Penal, se pueden

establecer penas por debajo del mínimo legal previsto para el delito que es materia de condena.

Además –conforme ya indicamos *ut supra*–, el procesado presenta otra circunstancia de responsabilidad restringida (estipulada en el artículo 21 del Código Penal) que también habilita al juez a la disminución prudencial de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Por lo tanto, corresponde determinar la pena concreta parcial por cada uno de los delitos que son materia de concurso real –en aplicación de lo previsto en los artículos 21 y 22 del Código Penal– para luego proceder a la sumatoria de ambos y determinar la pena final correspondiente.

Decimonoveno. Dentro del marco referencial se aprecia, en primera instancia, que la pena conminada, al momento de los hechos, para los delitos de violación sexual y homicidio calificado –estipulados en los artículos 173 (numeral 2) y 108 (numeral 2) del Código Penal, respectivamente–, era “no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años” (conforme a la modificación de la Ley número 30076) y “no menor de quince años” (conforme a la modificación de la Ley número 30253).

19.1. Esta Sala Suprema estima razonable y proporcional, en atención a la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho cometido, así como en razón a la potencial peligrosidad del encausado por su descontrol de impulsos (indicado por la perita psiquiatra), que se reduzcan seis años por cada una de las circunstancias de disminución de la pena en el caso (artículos 21 y 22 del Código Penal) para el delito de violación sexual, es decir, partiendo del mínimo legal previsto (treinta años), correspondería la reducción total de doce años, por lo que la pena privativa de libertad concreta parcial para este ilícito es de dieciocho años.

- 19.2. De forma similar, para el caso del delito de homicidio calificado, se reducirán cuatro años por cada una de las circunstancias de la pena y así, desde el mínimo legal previsto (quince años), se disminuirán ocho años, por lo que la pena privativa de libertad concreta parcial para este ilícito es de siete años.
- 19.3. Finalmente, al superarse esa primera etapa de determinación de la pena, se procederá a sumar ambas penas concretas parciales (dieciocho y siete años), por lo que en el presente caso la pena concreta total del concurso real entre los delitos de violación sexual de menor de edad y homicidio calificado es de veinticinco años de privación de libertad.

Debe anotarse que este *quantum* de la pena establecido en el presente pronunciamiento modifica, de forma favorable, la situación del casacionista –quien recurrió una condena de treinta años de privación de libertad–, por lo que esta decisión respeta el principio de interdicción de la reforma peyorativa.

Vigésimo. De lo expuesto, se colige que en la sentencia de vista se incurrió en la indebida aplicación de las normas legales sustantivas (artículos 20 –numeral 1– y 21 del Código Penal), por lo que corresponde amparar este extremo del recurso y, actuando en sede de instancia, se reformará el extremo de la sanción impuesta de veinte años (conforme a la sentencia de primera instancia) y se impondrá a Santiago Cesario Cainicela Quispe la pena de veinticinco años de privación de libertad. Al haberse acogido, en parte, el recurso de casación del encausado, es pertinente exonerarlo del pago de las costas procesales, conforme a lo dispuesto por el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO**, en parte, el recurso de casación por inobservancia de norma legal interpuesto por el encausado **Santiago Cesario Cainicela Quispe**; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 514) y, **sin reenvío** actuando como órgano de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia del once de enero de dos mil dieciocho (foja 355), en cuanto condenó a **Santiago Cesario Cainicela Quispe** como autor, en concurso real, de los delitos contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, y contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en perjuicio de la menor identificada con G.E.M.P.; la **REVOCARON** en el extremo que le impuso veinte años de pena privativa de la libertad, **reformándola** le **IMPUSIERON** al citado encausado **veinticinco años de pena privativa de la libertad** (que, se computará desde el veintiocho de mayo de dos mil diecisiete y vencerá el veintisiete de mayo de dos mil cuarenta y dos); y la **CONFIRMARON** en lo demás que contiene.
- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia privada y que, acto seguido, se publique en la página web del Poder Judicial y se notifique a todas las partes personadas en la instancia.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 186-2019
JUNÍN

III.MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CE/wchgi

Tema: Determinación judicial de la pena

CASO 1

Determinación de la pena: sistema de tercio, circunstancias agravantes específicas, y coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”

Recurso de Nulidad N^a 1434-2019
Lima Norte



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD
LIMA NORTE

Validez desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: COAGUILA CHAVEZ ERAZMO
ARMANDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 2/12/2020 09:11:21, Razón: RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SAN MARTIN
CASTRO CESAR EUGENIO /
Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 16/12/2020 09:53:33, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: FIGUEROA
NAVARRO ALDO MARTIN /
Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 16/12/2020 14:05:28, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTANEDA
ESPINOZA JORGE CARLOS /
Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 15/12/2020 14:31:00, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SEQUEIROS
VARGAS IVAN ALBERTO /
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 15/12/2020 18:21:19, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema: VILLACRISSES ROMERO,
Liliana Haydee FAU 20159981216
soft
Fecha: 12/01/2021 16:44:35, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Determinación de la pena: sistema de tercios, circunstancias agravantes específicas, y coexistencia simultánea de una "causal de disminución de la punibilidad" y de una "circunstancia agravante cualificada"

I. Existe una relación normativa de exclusión entre circunstancias genéricas y específicas, y priman estas últimas. Con ello se evita la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in idem*. Las circunstancias genéricas y específicas poseen una estructura propia y autónoma, por ende, sus componentes no pueden intercambiarse o mezclarse entre sí al momento de su aplicación. El test de compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias se adopta analizando su contenido y estableciendo si responden (o no) a realidades o hechos distintos.

II. Dada la casuística, conviene abordar el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una "causal de disminución de la punibilidad" y de una "circunstancia agravante cualificada", ambas con efectos punitivos contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta.

Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la doctrina, acoplado al caso analizado. Consiste de tres etapas: **a.** en primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado en el artículo 16, segundo párrafo, del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica, para decidir la pena concreta del caso; **b.** en segundo lugar, se construye el límite final o máximo para cerrar el nuevo espacio de punición. Ese límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia. Ello debido a que se trata de un ilícito de robo agravado; **c.** en tercer lugar, se busca la pena concreta del caso en el nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes o atenuantes genéricas o agravantes específicas concurrentes.

III. La impugnación del señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR incidió en que se desarrolle un nuevo esquema de determinación penal, cuyo resultado es que corresponde aplicarle catorce años de privación de libertad. En uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, se elevará la pena.

Lima, veintisiete de enero de dos mil veinte

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR y el encausado DANIEL LINCOLN SERAFICO ZEGARRA contra la sentencia conformada, del diecinueve de marzo de dos mil diecinueve (foja 345), emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que impuso diez años de pena privativa de



libertad a DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Javier Montes Arrieta.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, en su recurso de nulidad del tres de junio de dos mil diecinueve (foja 364), requirió el incremento de la pena impuesta al procesado DANIEL LINCOLD SERAFICO ZEGARRA. Señaló que la Sala Penal Superior incurrió en error al aplicarle una sanción por debajo del mínimo legal, pues, en su conducta, se apreciaron las agravantes "durante la noche" y con "pluralidad de agentes"; además, no se verificó la confesión sincera, pues fue capturado en flagrancia.

Segundo. El encausado DANIEL LINCOLD SERAFICO ZEGARRA, en su recurso de nulidad del veintidós de marzo de dos mil diecinueve (foja 355), solicitó la rebaja de la pena establecida. Indicó que no tiene la condición de reincidente debido a que no cumplió con el íntegro de la sanción fijada por la comisión de un delito anterior. Sustentó su pretensión en lo resuelto en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 1872-2018/Lima, del veintitrés de julio de dos mil diecinueve, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

§ II. Imputación fiscal

Tercero. Conforme a la acusación fiscal del cuatro de mayo de dos mil dieciocho (foja 199), los hechos incriminados fueron los siguientes:

- 3.1. El diecinueve de marzo de dos mil diecisiete, aproximadamente a las 05:00 horas, cuando el agraviado Javier Montes Arrieta se encontraba en los servicios higiénicos de la discoteca Los Cocos, situada en el distrito de Puente Piedra, fue asaltado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA y Jorge Celestino Mayhuire Afata. El primero lo sujetó de la espalda y el cuello, y le asestó un puñete en los labios. Mientras que el segundo, rebuscó en sus bolsillos y le arrebató su teléfono celular marca LG de color negro y la suma de S/ 10 (diez soles).
- 3.2. Después de ello, ambos agentes delictivos se dieron a la fuga. Sin embargo, fueron capturados aproximadamente a veinte metros de distancia por efectivos del Grupo Terna. Se realizó el registro respectivo y al imputado Jorge Celestino Mayhuire Afata se le halló en posesión de los bienes previamente robados.



§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

A. Cuestiones previas

Cuarto. El Juzgado Penal competente, a través de la sentencia de terminación anticipada del veintiuno de marzo de dos mil diecisiete (foja 98), condenó a Jorge Celestino Mayhuire Afata como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Javier Montes Arrieta, a cuatro años de pena privativa de libertad convertida en doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad y fijó la suma de S/ 400 (cuatrocientos soles), que deberá abonar como reparación civil.

El señor fiscal adjunto provincial y el encausado Jorge Celestino Mayhuire Afata estuvieron conformes con la decisión.

Quinto. Por otro lado, cabe indicar que, según el acta (foja 352), la sentencia materia de la presente evaluación fue dictada el diecinueve de marzo de dos mil diecinueve. Ese mismo día, el procesado DANIEL LINCOLN SEFARICO ZEGARRA interpuso recurso de nulidad, en tanto que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR se reservó el derecho a promoverlo, pero lo hizo al día siguiente, de acuerdo con el escrito del veinte de marzo del mismo año (foja 361).

Según la cédula (foja 362), la mencionada sentencia recién fue notificada al representante del Ministerio Público el veintiuno de mayo de dos mil diecinueve. Como puede observarse, desde la lectura hasta el emplazamiento respectivo, transcurrieron dos meses, lo que no puede ser atribuible al órgano fiscal.

En ese sentido, a partir de esta última fecha es que corresponde contabilizar el plazo de diez días para la fundamentación de la impugnación, conforme al artículo 300, numeral 5, del Código de Procedimientos Penales.

Según el escrito (foja 364), el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR formalizó recurso de nulidad el tres de junio de dos mil diecinueve. Por lo tanto, se dio cumplimiento al plazo legal concernido.

B. Análisis de las pretensiones procesales

Sexto. Al inicio del juzgamiento, según acta (foja 341) el acusado DANIEL LINCOLN SEFARICO ZEGARRA, con la autorización de su abogado defensor, se sometió a los alcances de la Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres, admitió su responsabilidad penal y reconoció los cargos atribuidos por el Ministerio Público.

En mérito de ello, se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se dictó la sentencia conformada respectiva, de la cual fluye que fue

condenado como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Javier Montes Arrieta.

Se le impusieron diez años de pena privativa de libertad y se fijó como reparación civil la suma de S/ 400 (cuatrocientos soles).

Conforme a la parte expositiva de la ejecutoria suprema, solo la primera consecuencia jurídica fue objeto de cuestionamiento recursal.

Séptimo. En el presente caso, subyacen dos impugnaciones, las cuales, si bien estriban sobre el *quantum* de la pena, son diferentes en cuanto a su contenido. El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR requirió el aumento de la pena. Por su parte, el procesado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA solicitó la rebaja de la sanción.

En ese orden de ideas, por cuestiones metodológicas, corresponde pronunciarse por la pretensión defensiva y, seguidamente, en caso de que esta no haya prosperado, dilucidar la acusatoria.

1. De la impugnación defensiva

Octavo. El imputado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA centró su requerimiento de aminoración punitiva en la no configuración de la reincidencia.

Es pertinente señalar que, el Tribunal Constitucional, al momento de declarar la constitucionalidad del artículo 46-B del Código Penal, estableció que “la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*”¹.

El artículo 46-B del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo número 1181, del veintisiete de julio de dos mil quince, definió a la reincidencia de la siguiente forma: “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años, tiene la condición de reincidente [...]”

Asimismo, en el tercer párrafo, se precisó: “El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos [...] 189 [...] del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal [...]”.

En la jurisprudencia emitida en esta instancia suprema, se han elucidado los alcances normativos de la reincidencia. Así, se puntualizó:

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva. Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46° B

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, fundamento jurídico vigésimo cuarto.

del Código Penal [...] son los siguientes: (1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva [...]².

Noveno. En autos consta el certificado judicial (foja 237) conforme al cual el procesado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA registra una condena por el delito de robo, por la que se le impuso cinco años de pena privativa de libertad. La sanción debía ejecutarse desde el trece de noviembre de dos mil nueve hasta el doce de noviembre de dos mil catorce; sin embargo, se decretó su libertad procesal el cinco de agosto de dos mil catorce, según el registro penitenciario (foja 159).

Cabe señalar que el cumplimiento “en todo o en parte” de una pena se configura en los siguientes escenarios: se cumple una pena totalmente cuando el egreso del establecimiento penitenciario coincide con el tiempo máximo de la sanción establecida judicialmente; en cambio, se cumple una pena parcialmente cuando el licenciamiento se produce con antelación de la fecha límite fijada, lo que puede darse, por ejemplo, en virtud de la concesión de un beneficio penitenciario, entre otros supuestos.

Entre la fecha que egresó del establecimiento penal (cinco de agosto de dos mil catorce) y la data del evento delictivo (diecinueve de marzo de dos mil diecisiete), pasaron dos años, siete meses y catorce días.

En ese sentido, resulta evidente que el procesado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA, a quien anteriormente se le aplicó una pena de cinco años y solo cumplió una parte de esta, posee la condición de reincidente.

Por otro lado, la jurisprudencia invocada contempla una situación distinta y no se desarrolló lo relativo a la reincidencia, por lo que no es de recibo su aplicación.

Los agravios son desestimados.

2. De la impugnación acusatoria

Décimo. Se destaca que la Sala Penal Superior utilizó el “sistema de tercios” previsto en el artículo 45-A del Código Penal.

Tal proceder, sin embargo, es incorrecto y colisiona con la jurisprudencia establecida por esta Sala Penal Suprema, en el sentido de que, cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no se aplica el “sistema de tercios”,

² SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico décimo segundo.

sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar, proporcionalmente, el marco punitivo³.

Existe una relación normativa de exclusión entre circunstancias genéricas y específicas, y priman estas últimas. Con ello se evita la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in ídem*.

Las circunstancias genéricas y específicas poseen una estructura propia y autónoma, por ende, sus componentes no pueden intercambiarse o mezclarse entre sí al momento de su aplicación al caso concreto. El test de compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias se adopta analizando su contenido y estableciendo si responden (o no) a realidades o hechos distintos.

La diferencia entre las circunstancias genéricas y específicas surge de su ubicación en el Código Penal. Las primeras se regulan en la parte general, mientras que las segundas se hallan en la parte especial.

Las circunstancias genéricas resultan de aplicación general para todos los tipos de delitos, mientras que las circunstancias específicas (o elementos típicos accidentales), en principio, solo producirán efectos modificadorios en relación con ciertos tipos penales específicos⁴.

Las agravantes genéricas están consignadas en el catálogo del artículo 46, numeral 2, del Código Penal, y son aplicables a cualquier delito que no contenga agravantes específicas, como es el caso, por ejemplo, del robo agravado, previsto en el artículo 189 del Código Penal. En este último, las agravantes específicas tienen una conexión funcional exclusiva con el delito de robo.

Undécimo. Seguidamente, corresponde que este Tribunal Supremo efectúe un nuevo esquema de dosificación penal, para contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta.

La aplicación de la pena engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada "determinación legal" y la segunda rotulada como "determinación judicial". En esta última fase atañe realizar un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de reducción o disminución de la pena.

Como nota esencial, se subraya que el principio de proporcionalidad de la pena se concreta como un mandato de fundamentación conforme a Derecho de la correlación entre el supuesto de hecho y la

³ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 393-2018/Sullana, del veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, fundamento jurídico cuarto.

⁴ BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 256.

consecuencia jurídica, en función de concretos factores de ponderación. Además, la proporcionalidad ha de ser entendida como una exigencia de argumentación racional, en el contexto de los ordenamientos jurídicos⁵.

Duodécimo. El marco de punibilidad abstracto previsto para el ilícito de robo agravado, según el artículo 188 (tipo base), concordado con el artículo 189, primer párrafo, numerales 2 y 4, del Código Penal – modificado por Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece–, es no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad.

En el caso se coteja, por un lado, una “causal de disminución de la punibilidad”, como la tentativa, prevista en el artículo 16 del Código Penal, que autoriza la rebaja de la pena por debajo del mínimo legal; y, por otro lado, una “circunstancia agravante cualificada”, como la reincidencia, regulada en el artículo 46-B del Código Penal, que permite aumentar el espacio punitivo en no menos de dos tercios por encima del máximo legal (por tratarse del delito de robo agravado).

Decimotercero. Desde una perspectiva hermenéutica, conviene abordar la diferencia entre las “causales” y las “circunstancias”.

Las “causales” son intrínsecas al delito e integran su estructura desde su presencia plural (concurso de delitos), la exclusión de sus componentes (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), el grado imperfecto de su realización (tentativa) y el menor nivel de intervención punible (complicidad secundaria).

En cambio, las “circunstancias” son externas o accesorias al ilícito y de su presencia no depende la existencia de este. En la mayoría de los casos, su fundamento radica en motivos de política-criminal. Solo tienen repercusión para determinar su gravedad, permitiendo disminuir o aumentar el injusto penal, por lo que se operativizan como factores de medición o graduación de la pena.

No cabe aplicar una compensación entre “causales” y “circunstancias”, pues, cada una de ellas posee una naturaleza independiente y responde a un fundamento punitivo distinto.

Decimocuarto. Las “causales de disminución de la punibilidad” están previstas en los artículos 13 (omisión impropia), 14 y 15 (error de tipo, de prohibición y culturalmente condicionado), 16 (tentativa), 21 (eximentes imperfectas de responsabilidad), 22 (responsabilidad restringida por razón de la edad) y 25 (complicidad secundaria) del Código Penal.

⁵ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarreme. *Una teoría principialista de la pena*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2016, p. 57.



En cambio, entre las “causales de aumento de punibilidad” se instituyen el concurso ideal y el delito masa, regulados en los artículos 48 y 49 del Código Penal, respectivamente.

Por su parte, entre las “circunstancias agravantes cualificadas” se estatuyen en los artículos 46-A (condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia), 46-C (habitualidad), 46-D (uso de menores en la comisión de delitos) y 46-E (abuso de parentesco) del Código Penal.

Decimoquinto. Los efectos de las causales de disminución o aumento de punibilidad y de las agravantes cualificadas se proyectan sobre la “pena”. Cuando en el Código Penal se puntualiza este último término, en realidad, se hace referencia a la “pena abstracta” o “penalidad conminada”.

La “pena concreta” y los procedimientos para establecer su cuantificación conciernen a los órganos jurisdiccionales, en cumplimiento de las reglas jurídicas que, para tal efecto, han sido estipuladas en la ley y en la jurisprudencia penal.

Decimosexto. El principio de legalidad compele a que se ponderen todas y cada una de las causales de disminución o aumento de punibilidad, y las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, de acuerdo a su condición, naturaleza, dimensión y eficacia.

Dada la casuística, concierne abordar el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”, ambas con efectos punitivos contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta.

Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la doctrina, acoplado al caso analizado. Consiste de tres etapas:

- A. En primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado el artículo 16, segundo párrafo, del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica, para decidir la pena concreta del caso.
- B. En segundo lugar, se construye el límite final o máximo para cerrar el nuevo espacio de punición. Ese límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B, del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada

por reincidencia. Ello debido a que se trata de un ilícito de robo agravado.

- C. En tercer lugar, se busca la pena concreta del caso al interior del nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes o atenuantes genéricas o agravantes específicas concurrentes⁶.

El *quantum* de lo que corresponde disminuir por la tentativa no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Se otorga un amplio margen de discrecionalidad, por lo que han de seguirse criterios racionales y motivados. La reducción se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido la disposición normativa que emana del artículo 16 del Código Penal.

Decimoséptimo. En aplicación de las pautas precedentes, se fija el siguiente marco de punibilidad.

A. Pena básica original

12 años _____ 20 años

Robo agravado

Artículo 189, primer párrafo, del Código Penal

B. Pena básica nueva

Factores de ponderación

- Causal de disminución de punibilidad: tentativa, rebaja de 2 años por debajo del mínimo legal (este *quantum* es discrecional según el caso juzgado y se sujeta al principio de proporcionalidad).
- Agravante cualificada: reincidencia, extensión de 14 años por encima del máximo legal (equivalente a no menos de dos tercios de 20 años).

10 años _____ 34 años

Tentativa

Artículo 16

Código Penal

Reincidencia

Artículo 46-B

Código Penal

Robo agravado

Artículo 189 del Código Penal

⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018, pp. 277-278.

En esta sede suprema, a lo anterior se ha connotado como un supuesto de “tentativa con agravantes”⁷.

Decimoctavo. La pena abstracta nueva oscila entre 10 y 34 años.

El espacio punitivo entre el mínimo y el máximo legal enunciado alcanza los 24 años. En este caso, el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal prevé ocho circunstancias agravantes específicas del mismo nivel. A cada una de ellas, por equivalencia y proporcionalidad, ha de asignársele un valor o peso cuantitativo similar.

Seguidamente, respecto a la dimensión de la pena concreta, se aprecia la confluencia de dos circunstancias agravantes específicas, estipuladas en el artículo 189, primer párrafo, numerales 2 y 4, del Código Penal, esto es: “durante la noche” y “con el concurso de dos o más personas”.

En estos casos, ha de recurrirse a la fórmula general en el sentido de que a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena también es mayor⁸. *Contrario sensu*, la menor cantidad de circunstancias agravantes, conducirá a que se fije la pena en el mínimo legal o cercano a él.

Por lo tanto, partiendo del mínimo legal, en línea ascendente, se concluye que la pena concreta es dieciséis años.

Decimonoveno. El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en confirmar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal, como la confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal.

De este modo, a favor del encausado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA solo converge su acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral, el cual, según la jurisprudencia, conlleva una reducción en el máximo permisible de un séptimo o menos de la pena concreta previamente establecida (dieciséis años), en función de la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal⁹.

⁷ SALA PENAL TRANSITORIA. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 66-2017/Junín, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve. Voto del señor juez supremo Prado Saldarriaga, fundamento jurídico vigésimo primero.

⁸ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, fundamento jurídico décimo.

⁹ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico vigésimo tercero.

En ese sentido, si a la pena concreta de dieciséis años se le reduce un séptimo o menos, el resultado punitivo final asciende a catorce años de privación de libertad.

Vigésimo. Por otro lado, la aceptación de los cargos del IMPUTADO DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA no se condice con la confesión sincera.

El artículo 161 del Código Procesal Penal, vigente según Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, estipula su inaplicabilidad en los siguientes supuestos: **a.** flagrancia delictiva; **b.** irrelevancia de la admisión de los cargos, en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso; y **c.** cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

El Tribunal Constitucional ha enunciado que la flagrancia contiene como requisitos la inmediatez temporal y personal¹⁰.

El procesado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA ha sido catalogado como reincidente y, además, fue detenido inmediatamente después de haber intentado perpetrar el robo de las pertenencias del agraviado Javier Montes Arrieta, de acuerdo con el acta de intervención policial (foja 23). Este documento posee la característica de literosuficiencia, pues, sin necesidad de recurrir a una inferencia probatoria compleja, resulta por sí mismo apto para arribar a la conclusión de que fue aprehendido mientras huía del lugar. De ahí que no existe posibilidad para reducir aún más la pena establecida precedentemente.

Vigesimoprimer. Como colofón, no puede soslayarse el contexto en que se perpetró el delito. La acción fue eminentemente dolosa y detenta un reproche absoluto. La capacidad de culpabilidad fue plena y la comprensión de la ilicitud de la conducta no estuvo rescindida. Hubo dos ejecutores materiales que desplegaron violencia, pues el agraviado Javier Montes Arrieta fue agredido físicamente y se le ocasionaron diversas lesiones traumáticas en la cara y cuello, según el certificado médico legal número 010761-L (foja 37).

De ahí que lo descrito resulta suficiente para connotar los hechos como graves.

Vigesimosegundo. A partir de lo razonado, esta Sala Penal Suprema observa que en primera instancia la pena impuesta al procesado DANIEL LINCOLD SEFARICO ZEGARRA es benigna y transgrede los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues se soslayó la gravedad del hecho perpetrado.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 04487-2014-PHC/TC Puno, del veinte de septiembre de dos mil dieciséis, fundamento jurídico noveno.



La impugnación del señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR incidió en que se desarrolle un nuevo esquema de determinación penal, cuyo resultado es que corresponde aplicarle catorce años de privación de libertad.

En uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, se elevará la pena.

El recurso de nulidad acusatorio y los motivos que lo integran han prosperado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON HABER NULIDAD** en la sentencia conformada, del diecinueve de marzo de dos mil diecinueve (foja 345), emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que impuso diez años de pena privativa de libertad a DANIEL LINCOLN SEFARICO ZEGARRA como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Javier Montes Arrieta; y, reformándola, le **IMPUSIERON** catorce años de privación de libertad, que computada desde la fecha de su detención, el diecinueve de marzo de dos mil diecisiete, según notificación (foja 7), vencerá el dieciocho de marzo de dos mil treinta y uno.
- II. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene.
- III. **DISPUSIERON** que la presente resolución sea publicada en la página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por periodo vacacional del señor juez supremo Príncipe Trujillo.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CCH/ecb

CASO 2

La determinación judicial de la pena y la pena privativa de cadena perpetua.

Casación N.º 814-2017 Junín.



Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SALAS ARENAS
Jorge Luis FAU 2015981216 soft
Fecha: 01/10/2020 09:09:54, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTANEDA
OTSU SUSANA YNES / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 1/10/2020 12:22:35, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PACHECO
HUANCAS IRIS ESTELA / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 05/10/2020 08:52:07, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: BERMEO RIOS
RAMIRO ANIBAL / Servicio Digital -
Poder Judicial del Perú
Fecha: 4/10/2020 20:22:47, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema: ALMONACID DE LA
CRUZ Daniel Antonio FAU
2015981216 soft
Fecha: 06/11/2020 16:34:44, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y LA PENA PRIVATIVA DE CADENA PERPETUA

1. La determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales, tanto en sus aspectos cualitativo, cuantitativo y ejecutivo.
2. La pena privativa de cadena perpetua es de naturaleza atemporal e indeterminada, pero revisable luego de haber cumplido treinta y cinco años de esa sanción y, de ser el caso, extingible según el grado de "resocialización alcanzado" por el penado. Por ello, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, ese tipo de castigo penal es constitucionalmente válido.
3. La cadena perpetua debe ser aplicada en justos términos, pero, excepcionalmente, cuando concurren causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal, debe imponerse una pena privativa de libertad temporal de treinta y cinco años.
4. Las causales de disminución de punibilidad no son circunstancias atenuantes —menos aún las "privilegiadas", cuya supuesta existencia no está fijada, específicamente, en el Código Penal—, en tanto ellas no están fuera del delito, sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes. Son causales de disminución: la tentativa, eximentes imperfectas, el error de prohibición vencible y la complicidad secundaria. Sus efectos de operatividad es la disminución de la pena por debajo del mínimo legal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, ocho de septiembre de dos mil veinte

VISTO: el recurso de casación ordinaria interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del doce de abril de dos mil diecisiete (folio 181), en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia respecto a la pena de cadena perpetua impuesta a César Máximo Suazo Llamuco, y reformándola, le impuso quince años de pena privativa de libertad, ello en el proceso en el que se le declaró autor del delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704), en perjuicio de la menor identificada con las iniciales C. S. B. V.

Intervino como ponente la jueza suprema Aquize Díaz.



CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

De acuerdo a la imputación del representante del Ministerio Público, el acusado César Máximo Suazo Llamuco, aprovechando que la menor agraviada vivía sin el cuidado de su madre en el mismo inmueble donde él residía (ubicado en la avenida Andrés Bázuri mz. 27, lt. 18, La Victoria-El Tambo-Huancayo), y al tener la condición de tío de la menor, se ganó su confianza; la llamaba a su cuarto y le hacía echarse en la cama, para proceder a meter su mano por debajo de su ropa tocándole el trasero (sic) y luego introducir sus dedos en la vagina de la agraviada, conforme ella señala: "nosotros estábamos en el cuarto de mi tío, él estaba echado en su cama y me llamó, yo me tiré en su cama, luego me agarró primero mi trasero, luego mi parte y me hizo doler". Agregó que estos hechos sucedieron en tres oportunidades, desde el veintinueve de julio de dos mil trece hasta el dieciocho de agosto de ese mismo año; la menor se encontraba en el cuarto de su tía Ana (esposa del procesado) viendo televisión con sus hermanas y primos, quienes salían afuera a jugar, se quedó sola con el acusado y este procedía a realizar los actos antes descritos. Asimismo, la menor señaló que la primera vez, el acusado le dijo que no dijera nada y las otras veces le daba dinero en valor de diez soles.

SEGUNDO. ANTECEDENTES PROCESALES

- 2.1. La Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo formuló acusación directa (folio 2, del expediente de debate) contra César Máximo Suazo Llamuco, como autor del delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal), en perjuicio de la menor identificada con las iniciales C. S. B. V., solicitando se le imponga la pena de cadena perpetua.
- 2.2. En el juicio oral, el representante del Ministerio Público ratificó su acusación. Al culminar esa etapa procesal, el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo emitió sentencia el dos de diciembre de dos mil dieciséis (folio 75), condenando a César Máximo Suazo Llamuco como autor del delito objeto de proceso y le impuso la pena de cadena perpetua. El

Colegiado sustentó la imposición de esta pena por ser la prevista para el delito, y al no existir una atenuante privilegiada no se puede imponer una pena privativa temporal, por principio de legalidad.

- 2.3. Esta sentencia fue apelada por la defensa técnica del encausado (folio 102), lo que motivó que los autos sean elevados a la Sala Superior. Con fecha doce de abril de dos mil diecisiete dicho órgano jurisdiccional emitió sentencia de vista (folio 181), que confirmó la condena y revocó el extremo de la pena de cadena perpetua, y reformándola, le impuso quince años de pena privativa de libertad, por el mismo delito y agravada.
- 2.4. El veintiocho de abril de dos mil diecisiete, la Tercera Fiscalía Superior Penal de Junín interpuso recurso de casación ordinaria (folio 192) contra la sentencia de vista en el extremo que revocó la pena impuesta; lo que es materia de la presente ejecutoria.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL CASACIONISTA

El representante del Ministerio Público, al fundamentar el recurso de casación ordinaria (folio 192), invocó la causal prevista en el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, alegando lo siguiente:

- 3.1. La Sala Superior inaplicó la pena conminada para el delito imputado, previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal, que es la de cadena perpetua, para imponer una pena privativa de libertad de quince años sin que exista alguna circunstancia atenuante privilegiada que la justifique; por lo que, vulneró el principio de legalidad.
- 3.2. Tampoco consideró que el Tribunal Constitucional, en los expedientes números 04044-2011-PHC/TC y 01715-2011-PHC/TC, determinó como jurisprudencia que la cadena perpetua es constitucionalmente válida, de modo que, no colisionaría con los derechos de libertad, dignidad humana y fin resocializador de la pena.

3.3. Asimismo, el Colegiado Superior para individualizar la pena concreta se amparó en la Casación N.º 335-2015/Santa; sin embargo, no consideró que el acontecimiento delictivo objeto de este proceso no es semejante al que motivó la referida casación, que consistió en una relación sexual voluntaria entre una menor de trece años con veinticinco días y un procesado de diecinueve años, circunstancias que dieron lugar a que los magistrados supremos inaplicaran la pena prevista en el inciso 2, del artículo 173, del Código Penal, y fijaron criterios de proporcionalidad para individualizar la pena aplicable.

CUARTO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

- 4.1.** La sentencia de vista (folio 181) fue cuestionada únicamente por el recurso de casación —en su modo ordinario— interpuesto por el representante del Ministerio Público, en el extremo de la determinación judicial de la pena. En resumen, el recurrente no estuvo de acuerdo con las razones judiciales que sustentaron la revocatoria de la cadena perpetua y su modificación a una pena privativa temporal de quince años. Su pretensión es que se vuelva a imponer al acusado la cadena perpetua, que es la pena conminada para el delito objeto de condena.
- 4.2.** Ante ello, este Supremo Tribunal, mediante ejecutoria del doce de diciembre de dos mil diecisiete (folio 40 del cuadernillo formado a esta instancia, en adelante el cuadernillo), declaró bien concedido el recurso extraordinario por la causal del inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, al advertir por parte de la Sala Superior una posible vulneración del principio de legalidad en la determinación judicial de la pena, por indebida aplicación de la ley penal (específicamente en el extremo de la pena conminada para el delito imputado, previsto en el último párrafo y el inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal).
- 4.3.** Mediante decreto del treinta de julio de dos mil veinte (folio 48 del cuadernillo) se citó a audiencia de casación para el doce de agosto del mismo año, oportunidad en la cual el recurrente (representante del Ministerio Público) sustentó su impugnación. Al culminar la audiencia, se realizó la

deliberación de la causa en sesión secreta; luego, se efectuó la votación, en la que se obtuvieron los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

- 5.1. La determinación judicial de la pena “es la institución referida a una de las consecuencias jurídicas que se impone al responsable por la comisión de un delito”¹. Esta institución alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales, tanto en sus aspectos cualitativo (el tipo de pena), cuantitativo (extensión) y ejecutivo (efectiva o suspendida)². Es por ello que, Demetrio Crespo³ distingue dos modalidades de individualización judicial de la pena: **i) en sentido estricto**, que alude al tipo y cantidad de pena que se aplicará al agente del delito; **ii) en sentido amplio**, referido a la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otros sustitutivos penales.
- 5.2. Actualmente, en el artículo 28 del Código Penal se regulan los tipos de penas: privativa de libertad, restrictiva de la libertad, limitativas de derechos y multa. En esta ocasión, nos centraremos a explicar solo los castigos penales de privación de libertad, el cual, desde el siglo XIX es en todo el mundo la columna vertebral del sistema de penas⁴.
- 5.3. La pena privativa de libertad se encuentra regulada en el artículo 29 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N.º 982, que

¹ VÁSQUEZ GUEVARA, Erick Rony. *La flexibilización del principio de legalidad en la determinación judicial de la pena*. En: *Gaceta Penal*, marzo 2020, P. 74-75.

² Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 188-189.

³ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación de la pena*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, P. 78-79.

⁴ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Editorial Planeta, Tercera Edición, 2012, P. 309.

prescribe: la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

Como se aprecia, coexisten dos modalidades de castigos privativos de libertad: pena privativa de libertad **temporal** y pena privativa de libertad de **cadena perpetua**. Este tipo de pena se caracteriza porque afecta la libertad personal del agente del delito.

- 5.4. En el caso de la pena privativa de cadena perpetua, esta es de naturaleza atemporal e indeterminada, pero revisable luego de haber cumplido treinta y cinco años de sanción y, de ser el caso, extingible. Como evolución legislativa, debemos indicar que la cadena perpetua fue incorporada en mil novecientos noventa y dos como una opción punitiva excepcional y focalizada en la represión de formas graves de terrorismo, y consistía en una privación de libertad de por vida sin otra posibilidad de excarcelación que la muerte del condenado. Sin embargo, luego, como consecuencia de un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional rechazó la duración indefinida de la pena privativa de libertad de cadena perpetua, **y se planteó la necesidad de constitucionalizar dicha sanción** a través de la previsión legal de una revisión temporal que permitiera la excarcelación del condenado (STC. Exp. N.º 010-2002-AI/TC, del cuatro de enero de dos mil tres). Es así que, desarrollando esa disposición del Tribunal Constitucional, se emitió el Decreto Legislativo N.º 921, del dieciocho de enero de dos mil tres, que configuró en el Código de Ejecución Penal un procedimiento de revisión para que los condenados que hayan acumulado treinta y cinco años de cumplimiento de aquella pena privativa de libertad indeterminada, puedan acceder, de oficio o de parte, a una audiencia que evaluando el grado de "resocialización alcanzado" les permita obtener su excarcelación definitiva⁵.

⁵ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 66-67.

5.5. Al haberse superado la discusión sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua, la misma que debe ser aplicada en justos términos; surgió otro problema interpretativo en torno a este tipo de castigo penal, y es la dosimetría de la pena cuando concurren causales de disminución de punibilidad y/o reducción por bonificación procesal. Actualmente, la praxis judicial ha optado mayoritariamente por una posición individualizadora y de menor rigor en aquellas situaciones, que consistiría en la imposición de una pena privativa de libertad temporal de treinta y cinco años; criterio interpretativo que contiene soporte legal⁶.

5.6. Por otro lado, debemos señalar que ya se ha precisado que las causales de disminución de punibilidad⁷ no son circunstancias atenuantes —menos aún privilegiadas; si bien las llamadas "atenuantes privilegiadas" tienen un soporte legal en el inciso 3, del artículo 45-A, del Código Penal, no se ha identificado normativamente cuáles serían esas circunstancias—, en tanto ellas no están fuera del delito, sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes. Entonces, la característica esencial de las causales de disminución de punibilidad es que no son externas al delito, como sí lo son las circunstancias atenuantes —conocidos también como elementos accidentales del delito, que atenúan la punibilidad—. Por esa razón, el legislador alude con frecuencia a que su efecto es "disminuir prudencialmente la pena" y no "atenuarla"⁸.

5.7. Este Supremo Tribunal, como línea jurisprudencial⁹, estableció que son causales de disminución de punibilidad la tentativa (artículo 16 del Código Penal), las eximentes imperfectas (artículos 21 y 22 del Código Penal), el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15 del Código Penal) y la complicidad

⁶ Se ha adoptado un criterio de disminución punitiva similar al que se contemplaba para el caso de la pena de internamiento en el inciso 1, del artículo 148, del Código Penal de 1924. Se debe reconocer que un antecedente histórico de la cadena perpetua, fue la pena de internamiento que se reguló en el referido Código.

⁷ Por punibilidad nos referimos al marco penal o pena conminada que corresponde a un determinado delito.

⁸ En esa misma línea, la Casación N.º 66-2017/Junín y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 243-244.

⁹ Recursos de Nulidad N.ºs 1006-2018/Lima, 914-2018/Lima Norte, 1319-2018/Lima, 916-2018/Callao, 684-2018/Lima Norte, 1284-2018/Sala Penal Nacional; y ahora último, la Casación N.º 66-2017/Junín.

secundaria (artículo 25 del Código Penal); cuyo efecto de operatividad es la afectación de la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito, esto es, que siempre la disminución deberá operar por debajo del mínimo legal, teniendo como límite final, conforme lo plantea Prado Saldarriaga¹⁰, la pena concreta que el órgano jurisdiccional decida discrecionalmente, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso. Estos efectos de disminución, sostiene el referido jurista¹¹, se justifican según el tipo de causal, por los principios de lesividad (para la tentativa y complicidad secundaria) y culpabilidad (para el error de prohibición vencible e imputabilidad disminuida).

SEXTO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

- 6.1. La presente casación fue declarada bien concedida por la causal prevista en el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, en tanto que, se advirtió que la sentencia de vista (folio 181) habría incurrido en una indebida aplicación de la ley penal (específicamente la pena conminada para el delito objeto de condena, previsto en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal), se vulneró posiblemente el principio de legalidad al efectuar la determinación judicial de la pena.
- 6.2. En primer lugar, al acusado César Máximo Suazo Llamuco se le declaró responsable del delito de violación sexual de menor, previsto, en la época de los hechos, en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, que establecía como pena conminada la de cadena perpetua.
- 6.3. En torno a ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia emitió sentencia condenatoria (folio 75) imponiéndole, como consecuencia jurídica de carácter penal, la pena privativa de libertad de cadena perpetua. Sin embargo, ante la apelación de la defensa técnica del acusado, la Sala Superior emitió sentencia de vista (folio 181), revocando la

¹⁰ En: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 246.

¹¹ En: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 245-246. Bajo esa misma línea, AVALOS RORÍGUEZ, Constante Carlos. *Determinación Judicial de la Pena. Nuevos criterios*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 150.

sanción penal para aplicar la pena privativa de libertad temporal de quince años. El Tribunal Superior sustentó su decisión (en el extremo de la determinación judicial de la pena) en los siguientes lineamientos:

a) La pena de cadena perpetua es atentatoria a los fines de la pena, pues su imposición no garantiza en nada la prevención de delitos; por el contrario, afecta directamente a los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

b) Resulta necesario determinar una pena concreta y adecuada, siendo de aplicación lo señalado en la Casación N.º 335-2015/Santa, que estableció que cuando se inaplica por “control difuso” la pena conminada prevista en el inciso 2, del artículo 173, del Código Penal, el juez debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29 del Código Penal; es sobre este marco general el contexto en que se debe individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En consecuencia, la Sala Superior sostuvo que al sentenciado se le debe imponer una pena menos gravosa, considerando sus carencias sociales, condición de agente primario y los fines preventivos de la pena, concluyendo que la pena a imponérsele debe ser de quince años.

6.4. El representante del Ministerio Público, en su recurso de casación (folio 192), expuso tres agravios, conforme se puede apreciar en el considerando tercero de la presente ejecutoria. Uno de ellos es que la Sala no consideró que el Tribunal Constitucional determinó como criterio jurisprudencial que la cadena perpetua es constitucionalmente válida, de modo que, no colisionaría con los derechos de libertad, dignidad humana y fin resocializador de la pena.

Sobre este agravio estimamos lo siguiente:

a) Como indicamos en el considerando 5.4., el Tribunal Constitucional, mediante STC. Exp. N.º 010-2002-AI/TC, rechazó la duración indefinida de la cadena perpetua, debido que podría vulnerar la libertad personal, la dignidad humana y el principio resocializador de la pena; pues, de las

exigencias de "reeducación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Es en ese sentido, que planteó la necesidad de constitucionalizar ese tipo de castigo penal a través de la previsión legal de una revisión temporal que permitiera la excarcelación del condenado, esto es, que correspondía al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos para hacer que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

b) Producto de esa disposición del Tribunal Constitucional, se emitió el Decreto Legislativo N.º 921, que insertó en el Código de Ejecución Penal un procedimiento para que los condenados que acumulen treinta y cinco años de cumplimiento de aquella pena privativa de libertad indeterminada, puedan acceder a una audiencia que evaluando el grado de "resocialización alcanzado" les permita obtener su excarcelación definitiva.

c) Con esta medida legislativa, que también fue ratificada como constitucional en el Exp. 003-2005-PI/TC, se subsanaron aquellas objeciones que relativizaron la legitimidad de la cadena perpetua; en consecuencia, el Tribunal Constitucional¹² reconoce aquel castigo —indeterminado, pero revisable y extingible según el grado de "resocialización" alcanzado por el condenado— como constitucionalmente válido, y bajo la nueva regulación, no puede afirmarse se afecte la dignidad humana ni el principio resocializador de la pena, se consideró por otra parte que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes y en el caso de los atentados sexuales contra niños, niñas y adolescentes el Estado debe responder con firmeza y severidad.

6.5. Otro de los cuestionamientos de argumentación efectuado por el casacionista es que la sentencia de vista se amparó en la Casación

¹² En ese mismo sentido, los Expedientes N.ºs 01715-2011-PHC/TC, 04044-2011-PHC/TC, entre otros pronunciamientos.

N.º 335-2015/Santa, cuando en realidad los dos casos no se asemejan. Sobre esto debemos indicar que:

a) Es cierto que el hecho objeto del proceso de la referida sentencia de casación¹³ es totalmente diferente al del presente caso, pues, en principio, no nos encontramos ante un acto sexual consentido; no obstante, sin perjuicio de la ausencia de similitud de las dos causas, debemos indicar que los criterios jurisprudenciales —en su momento de carácter vinculante— establecidos en aquella casación, fueron persistentemente cuestionados, tanto por la doctrina¹⁴ como la jurisprudencia¹⁵, lo que motivó que se llamase a un Pleno Jurisdiccional para reevaluar el carácter vinculante de esos criterios.

b) Es así que, el dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho se emitió la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433, que dejó sin efecto el carácter vinculante de la disposición establecida en la Sentencia Casatoria N.º 335-2015/Santa, en virtud a lo siguiente:

"[...] la inclusión de los "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque la ley —en el artículo 46 del Código Penal— estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-A del citado Código. Segundo, porque igualmente, la ley —en un sentido amplio— es la

¹³ En dicha Casación, se reconocieron cuatro "factores" que se desprendía del acontecimiento delictivo: **a)** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. **b)** Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años -la víctima, en ese caso, contaba con trece años y veinticinco días. **c)** Afectación psicológica mínima de la víctima. **d)** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo -existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años-. Estos factores motivaron a que aplicara, para la determinación de la pena, lo que se denominó "control de proporcionalidad de la atenuación".

¹⁴ Entre estos destaca Prado Saldarriaga, quien de manera contundente refirió que esa Casación dejó notar distorsiones teóricas y prácticas, pues calificó reiteradamente a la causal de disminución de punibilidad regulada en el artículo 22 del Código Penal como una "circunstancia atenuante específica", cuya operatividad técnica no permite imponer penas por debajo del mínimo legal. Además, fijó un criterio operativo de pretensión vinculante incoherente e ilegal. Concluye, el mencionado jurista, a modo de recomendación, que bastaba con declarar o ratificar la inaplicabilidad del segundo párrafo del artículo 22 y dar validez a la disminución prudente y motivada de la pena aplicable al caso por debajo del mínimo legal; por tanto, el desconocer o confundir la naturaleza, función y operatividad del artículo 22 motivó todo ese innecesario desgaste jurisprudencial. Ver en: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 185-187.

¹⁵ Así tenemos la Casación N.º 344-2017/Cajamarca, que contradujo claramente esos criterios vinculantes.

que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) —sin fundamento jurídico expreso—, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento".¹⁶

6.6. Por último, sobre el agravio referido sobre la imposición de una pena privativa de libertad temporal de quince años, sin que exista alguna "circunstancia atenuante privilegiada" que la justifique; debemos señalar lo siguiente:

a) En primer lugar, como desarrollamos en el considerando 5.6., a través de diferentes pronunciamientos la Corte Suprema ha arribado a la conclusión que **en nuestro sistema penal no existen, específicamente¹⁷, estos "supuestos" elementos accidentales del delito —circunstancias atenuantes privilegiadas—, por lo que, no debe confundirse con las causales de disminución de punibilidad**, porque incluso estas tienen distinta naturaleza y efecto operativo que las circunstancias atenuantes —generales y específicas— sí reguladas en el Código Penal.

b) A pesar de ello, no podemos desconocer los errores incurridos —en la interpretación de la norma penal material— por la Sala Superior al realizar, en la sentencia de vista (folio 181), el procedimiento de construcción de la pena impuesta al procesado; por ello, este Tribunal Supremo, como garante de los derechos, bienes y valores constitucionales en la jurisdicción ordinaria, tiene el deber de dotar de consistencia, coherencia, uniformidad y predictibilidad al ordenamiento jurídico y jurisprudencia nacional, como medio de interdicción de la arbitrariedad y tutela de la seguridad jurídica; de modo que, aplicando los argumentos antes expuestos, corresponde efectuar la corrección del tipo de pena privativa de libertad que se le impuso al acusado, lo cual se realizará a continuación.

¹⁶ Fundamento jurídico N.º 26.

¹⁷ Decimos "específicamente" porque si bien el inciso 3, del artículo 45-A, del Código Penal, hace referencia, de modo "general", a "las circunstancias atenuantes privilegiadas", sin embargo, no se ha identificado legalmente cuáles serían esas circunstancias.

- 6.7. El acusado César Máximo Suazo Llamuco fue declarado responsable por el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, ilícito que preveía como consecuencia jurídica o pena legal, la pena privativa de libertad de cadena perpetua.
- 6.8. Ese tipo de pena privativa, como lo hemos sostenido, si bien es de naturaleza atemporal e indeterminada, debe ser aplicada en sus justos términos, por lo tanto, también cabe la posibilidad, conforme lo estableció la Sentencia Plenaria N.º 1-2018/CIJ-433, que ante situaciones excepcionales se puede imponer una pena privativa de libertad temporal; una de estas situaciones son la concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de reducción por bonificación procesal¹⁸.
- 6.9. No obstante ello, en el presente caso, no concurre ninguno de estos motivos o situaciones excepcionales que pueda afectar la pena legal o conminada para el delito objeto de condena. La Sala Superior se limitó a señalar que se tuvo en cuenta sus carencias sociales y su medio social (sin brindar información alguna que dé contenido o explique qué carencias se encontraron en el presente caso) e invocó la condición de reo primario, lo cual no permite la reducción por debajo del mínimo legal. En consecuencia, corresponde imponer al acusado César Máximo Suazo Llamuco la pena privativa de cadena perpetua —revisable, de oficio o de parte, al cumplirse treinta y cinco años de dicha sanción y, de ser posible, extingible si se advierte un grado de “resocialización” a favor del acusado; de acuerdo a lo establecido en el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, en concordancia con el Decreto Legislativo N.º 921—, como en un primer momento le impuso el Juzgado Penal Colegiado (ver sentencia de folio 75), y no la pena privativa temporal de quince años que le determinó la Sala de Apelaciones de Huancayo (ver sentencia de vista de folio 181).
- 6.10. Con lo expuesto, estimamos que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una indebida inaplicación de la pena conminada en el delito de

¹⁸ En esa misma línea PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. En: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 271.



violación sexual de menor de edad, previsto en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704; de modo que, se configura la causal invocada, esto es, la establecida en el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON FUNDADO el recurso de casación ordinaria interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal prevista en el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, debido a la falta e indebida aplicación de la norma penal sustantiva (específicamente el marco penal establecido en el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704).

II. CASARON la sentencia de vista del doce de abril de dos mil diecisiete (folio 181), en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia en cuanto a la pena de cadena perpetua impuesta a César Máximo Suazo Llamuco, y reformándola, le impuso quince años de pena privativa de libertad, al haber sido declarado autor del delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el último párrafo e inciso 2, del primer párrafo, del artículo 173, del Código Penal; modificado por la Ley N.º 28704), en perjuicio de la menor identificada con las iniciales C. S. B. V. En consecuencia, **DECLARARON NULA** la citada sentencia de vista en cuanto revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso la pena de cadena perpetua y, reformándola, le impuso quince años de pena privativa de libertad, y **actuando en sede de instancia (como Tribunal de Apelación)**, **CONFIRMARON** la sentencia del dos de diciembre de dos mil dieciséis que impuso a César Máximo Suazo Llamuco la pena privativa de libertad de cadena perpetua, que se computará desde el dieciocho de octubre de dos mil dieciséis, y será objeto de revisión cumplidos treinta y cinco años de sanción, conforme a ley.

III. DISPUSIERON que se dé lectura a la presente sentencia de casación en audiencia privada y se notifique a todas las partes procesales, incluso a las no



recurrentes; devuélvanse los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

IV. ORDENARON se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SALAS ARENAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

BERMEJO RÍOS

CCAD/awza

CASO 3

Robo con muerte subsecuente y motivación especial en la determinación de la pena.

Casación N.º 387-2019 Cusco



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMA
CASACIÓN N.º 387-2019
CUSCO

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SAN MARTIN
CASTRO CESAR/EUGENIO
/Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 22/12/2020 18:13:25, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTANEDA
ESPINOZA JORGE CARLOS
/Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 22/12/2020 10:39:10, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SEQUEIROS
VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/12/2020 09:40:34, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CDAGUILA
CHAVEZ ERAZMO ARMANDO
/Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 22/12/2020 18:06:05, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema: VILLACRISSES ROMERO,
Liliana Haydee FAU 20159981216
soft
Fecha: 29/12/2020 14:09:00, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Robo con muerte subsecuente y motivación especial en la determinación de la pena

a. El robo es un delito autónomo, común, de resultado, de daño y pluriofensivo, esto es, tiene una estructura típica propia, puede ser cometido por cualquier persona, implica un resultado material producto de la acción violenta o amenazante del agente y afecta bienes jurídicos de distinta naturaleza al estrictamente patrimonial, como la vida, la integridad física y la libertad. En su expresión más gravosa, la realización del robo puede implicar la muerte de la víctima, y es castigada en general con la pena de cadena perpetua.

b. Aun cuando la motivación es una exigencia común en las resoluciones judiciales, existen supuestos de restricción sustancial de derechos fundamentales en los que se exige una motivación especial o reforzada. Al respecto, la motivación especial para imponer la pena de cadena perpetua responde al argumento *a minori ad maius* -si está exigido lo menos, está exigido lo más-; si en la ley procesal se exige motivación especial para la restricción temporal de derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria, con mayor razón se la debe exigir para la imposición de una pena relativamente indeterminada, como la cadena perpetua.

c. En el presente caso, es patente que, a la fecha de la comisión del acto delictivo, el encausado tenía la condición de responsable restringido, situación jurídica que no fue considerada ni su exclusión fundamentada especialmente por las instancias de mérito al momento de dosificar la pena; máxime si la pena impuesta fue la de cadena perpetua. De ahí que se deba realizar la reducción prudencial de la pena, de conformidad con el artículo 22 del Código Penal, lo que posibilitó que la pena intemporal se convierta en una temporal, cuya fijación sea proporcional a los hechos acaecidos y probados.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública, mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por



la defensa del sentenciado **Alex Raúl Loiza Huallpa** contra la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve (foja 330), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el extremo que confirmó la sentencia de primera instancia del nueve de octubre de dos mil dieciocho, que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en la modalidad “por haber causado la muerte de la víctima” (sic), en agravio de quien en vida fue el menor Edwin Anthony Escalante Condori (de dieciséis años de edad), a cadena perpetua; revocó la misma sentencia en el extremo que fijó en S/ 200 000 (doscientos mil soles) el monto por concepto de reparación civil y reformándola lo fijó en S/ 500 000 (quinientos mil soles); con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Judicial de Cusco formuló acusación fiscal (foja 2 del cuaderno de debates) contra Alex Raúl Loiza Huallpa como autor del delito contra el patrimonio robo agravado en la modalidad “por haber causado la muerte de la víctima” (sic), en agravio de quien en vida fue el menor Edwin Anthony Escalante Condori (de dieciséis años de edad), solicitó que se le imponga cadena perpetua y que se fije en S/ 200 000 (doscientos mil soles) el monto por concepto de reparación civil, que deberá pagar a favor del agraviado occiso. Mediante Resolución número 14, del veinticinco de enero de dos mil dieciocho (foja 227), se dictó auto de enjuiciamiento.

Segundo. Itinerario en primera instancia

- 2.1. Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 10) del nueve de octubre de dos mil dieciocho (foja 190), el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cusco condenó a Alex Raúl Loaiza Huallpa como autor del delito contra el patrimonio robo agravado en la modalidad "por haber causado la muerte de la víctima" (sic), en agravio de quien en vida fue el menor Edwin Anthony Escalante Condori (de dieciséis años de edad); le impuso cadena perpetua y fijó en S/ 200 000 (doscientos mil soles) el monto por concepto de reparación civil, que deberá pagar el procesado a favor de la parte agraviada.
- 2.2. La parte civil interpuso recurso de apelación, en el extremo de la reparación civil (foja 214) contra la aludida sentencia, que se concedió mediante Resolución número 11, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho (foja 220), y se elevó a la Sala Penal Superior.
- 2.3. La defensa del encausado Alex Raúl Loaiza Huallpa interpuso recurso de apelación (foja 223) contra la aludida sentencia, que se concedió mediante Resolución número 12, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho (foja 247), y se elevó a la Sala Penal Superior.

Tercero. Itinerario en segunda instancia

- 3.1. Llevada a cabo la audiencia de apelación de sentencia (foja 306), se dio cuenta de que no se admitió ningún medio de prueba para ser actuado.
- 3.2. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió sentencia de vista (foja 330), que confirmó la sentencia de primera instancia (foja 190), que condenó a Alex

Raúl Loaiza Huallpa como autor del delito contra el patrimonio robo agravado en la modalidad "por haber causado la muerte de la víctima" (sic), en agravio de quien en vida fue el menor Edwin Anthony Escalante Condori (dieciséis años de edad), a cadena perpetua; revocó el extremo que fijó en S/ 200 000 (doscientos mil soles) el monto por concepto de reparación civil y reformándola lo fijó en S/ 500 000 (quinientos mil soles); con lo demás que al respecto contiene.

- 3.3. Notificada la sentencia emitida por la Sala Penal Superior, la defensa del procesado interpuso recurso de casación (foja 372) contra la citada sentencia de vista. Mediante Resolución número 22, del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho (foja 397), se concedió el recurso.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1. Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para la calificación del recurso de casación, como se advierte del decreto del quince de noviembre de dos mil diecinueve (foja 89 del cuaderno de casación). Así, a través del auto de calificación del quince de noviembre de dos mil diecinueve (foja 95), se declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado, solo por la causal 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.
- 4.2. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, mediante decreto del cinco de octubre de dos mil veinte (foja 123 del cuaderno de casación), se señaló el dos de noviembre del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

4.3. Llegada la fecha, la audiencia de casación se realizó a través del sistema de videoconferencia, con la presencia del abogado de la defensa, como consta en el acta de audiencia. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es expedir sentencia, en los términos que a continuación se consignan, y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

Quinto. Motivo casacional

Conforme se establece en el fundamento jurídico décimo del auto de calificación del recurso de casación y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación, por la causal prevista en el numeral 4 ("Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor") del artículo 429 del Código Procesal Penal. En este sentido:

Debemos indicar que se está ante esta causal cuando exista falta de motivación o cuando exista manifiesta ilogicidad en la motivación. En cuanto a lo primero, se evidencia que el accionante cuestiona la pena impuesta (cadena perpetua), indicando que esta afecta el principio reeducativo, rehabilitador y resocializador de las penas, así como los derechos a la dignidad y la libertad personal. Al respecto, no existe motivación alguna, tanto en la sentencia de primera instancia como en la de vista, respecto a la aplicación de la responsabilidad restringida del encausado, quien a la fecha de los hechos contaba con dieciocho años y dos meses de edad. En efecto, se aprecia que existe ausencia de motivación en este extremo, en tanto no se hace referencia a la edad del sentenciado, al momento de cometer el hecho ilícito, para la fijación de la pena cuestionada por el accionante. En este contexto, se ha de admitir el recurso de casación en este extremo.

Sexto. Agravio expresado en el recurso de casación

El sentenciado Alex Raúl Loiza Huallpa, en su recurso de casación (foja 372), alegó que la pena impuesta no es la acorde, pues la pena de cadena perpetua afecta tanto el fin reeducativo, rehabilitador y resocializador de las penas como los derechos a la dignidad y la libertad personal.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con la acusación fiscal (foja 2 del cuaderno de debates) se atribuye a Alex Raúl Loiza Huallpa, lo siguiente:

7.1. Circunstancias precedentes

7.1.1. El menor de iniciales E. A. E. C. tenía 16 años de edad, era estudiante del cuarto grado de secundaria en la Institución Educativa Particular San Gabriel y estudiaba inglés en el ICPNA, donde cursaba el intermedio 5; además, le gustaba practicar sus deportes favoritos, *downhill* (ascenso y descenso con bicicleta) y *dirt jump* (piruetas con la bicicleta), conocidos también como ciclismo urbano. Fue por estas actividades que, meses atrás (inicios del año 2017), conoció al acusado Alex Raúl Loiza Huallpa, pues ambos acudían al parque de la urbanización Larapa para montar bicicleta, y se generó una amistad entre ellos.

7.1.2. El acusado advirtió que el agraviado poseía una bicicleta marca Viking y suspensión marca Marcsocmi de color plomo y negro, valorizada en más de tres mil soles, casco blanco a rayas marca Sicsiwar, lentes para ciclismo, así como un celular *smart phone* táctil marca ZTE Blade A510 de color plomo, valorizado en más de S/ 1500 (mil quinientos soles). También advirtió que el agraviado tenía prendas de vestir costosas, como zapatillas marca Reebok, todo valorizado en un aproximado de S/ 1000 (mil soles). En

total, estos bienes ascendían a un monto aproximado de S/ 5500 (cinco mil quinientos soles), lo cual motivó que Alex Raúl Loaiza Huallpa planificara y cometiera el delito contra el agraviado.

7.1.3. Aproximadamente a las 19:00 horas del siete de abril de dos mil diecisiete, el señor Edwin Moisés Escalante Mendoza, padre del menor agraviado, retornó a su domicilio, ubicado en la urbanización María Angola A-16 en el distrito de San Jerónimo, y cenó junto a su familia. Luego, aproximadamente a las 20:17 horas, su menor hijo –ahora agraviado– le solicitó permiso para ir al parque número 01 de la urbanización Larapa, ubicado frente a la Institución Educativa Particular San Gabriel, ya que recibió una llamada del acusado y contestó: "Ya, ya, ya salgo", con la finalidad de practicar su deporte favorito –el ciclismo urbano–.

7.2. Circunstancias concomitantes

7.2.1. Ante la llamada del acusado, y obtenido el permiso de sus padres, el menor agraviado salió de su inmueble con su vehículo menor, bicicleta marca Viking color azul y blanco, con número de serie TF256A1SE042; casco blanco con rayas negras, marca Sicsiwar, y lentes para ciclismo; salió vestido con polo negro, pantalón jean negro, zapatillas negras de cuero, con planta color blanco, marca Reebok; además, llevaba su celular táctil *smart phone* marca ZTE BLADE A510 de color plomo, con línea número 949755087, y sus audífonos. El acusado, con la intención premeditada de robar sus bienes, logró que el agraviado salga de su domicilio para encontrarse en dicho parque, luego procedieron a realizar su deporte y, finalmente, el acusado le pidió al agraviado que fueran a otro sitio, esto es, hacia el sector arqueológico de Marcarupampa (Larapa), un lugar oscuro y desolado, con la

finalidad de consumar el delito de robo, para lo cual el acusado llevaba un cuchillo en su mochila.

7.2.2. Es así que, en el video de las cámaras de seguridad de la Municipalidad de San Jerónimo, sector parque Larapa, y de la cámara del inmueble F-38 de la calle Circunvalación norte de la urbanización Larapa, se advierte que, a las 20:30 horas, el acusado y el agraviado transitaron por dicha zona con dirección a Marcarupampa. Ya en este sector subieron manejando hasta la segunda explanada; al ver que pasaron un par de personas, el acusado convenció al agraviado de subir hacia la tercera explanada; ya ahí, aproximadamente las 21:00 horas, el agraviado manipulaba su celular táctil, lo que fue aprovechado por el acusado, quien sacó el cuchillo de su mochila para atacar, reducir y victimar al agraviado, así como robar los bienes que traía consigo esa noche; así, lo acuchilló por el costado izquierdo, a la altura del estómago. En tales circunstancias, Edwin Anthony intentó defenderse y evitar ser víctima de la agresión y del robo de sus bienes, por lo que el acusado nuevamente le introdujo el cuchillo a la altura del pecho; no contento con ello y ante la huida emprendida por el agraviado, lo persiguió hasta alcanzarlo y lo tumbó en el suelo; en ese momento, volvió a acuchillarlo varias veces a la altura del cuello y, finalmente, lo dejó sin signos de vida, boca arriba, conforme al informe pericial de necropsia médico-legal, el diagnóstico de la muerte es: "Choque Hipovolémico, laceración vascular yugular y cardiaco-pulmonar, taponamiento cardiaco, heridas punzo cortantes penetrantes en cuello y tórax [sic]".

7.2.3. Una vez reducida la víctima, como consecuencia de la ejecución del robo, el encausado se apoderó ilegítimamente de todos los bienes que en ese momento tenía el agraviado, esto es:

bicicleta, casco, lentes, pantalón jean, correa negra de cuero, zapatillas, plantillas ortopédicas y celular táctil, que luego trasladó hacia su vivienda en dos momentos. Es así que, cuando el cuerpo ya se encontraba sin vida, el acusado le sustrajo de inmediato las zapatillas marca Reebok y sus plantillas ortopédicas, para luego trasladar el cadáver a rastras unos diez metros; no lo cargó, porque temía mancharse con la sangre que brotaba del cuerpo del cadáver, que finalmente escondió en una pequeña acequia cubierta de maleza, no sin antes quitarle el pantalón jean; una vez escondido el cadáver, tomó el pantalón y fue hacia la bicicleta, la cual escondió junto al casco, debajo de un árbol cercano a un maizal, un lugar oscuro que era propicio para esconder los bienes; entonces, metió en su mochila las zapatillas sustraídas, las plantillas ortopédicas y el pantalón, en cuyo bolsillo derecho estaba el celular táctil; luego se puso la mochila y el casco y, una vez escondidos los demás bienes sustraídos, se fue del lugar en su bicicleta, hacia su domicilio, en la calle Circunvalación lote 1-9 D, urbanización Agua Buena, en el distrito de San Sebastián, Cusco. En el trayecto por la vía de evitamiento, se detuvo en un grifo, donde advirtió que sus zapatos, su polera negra y su pantalón jean se habían manchado con sangre del agraviado, por lo que se lavó y, finalmente, llegó a su casa.

7.2.4. Una vez en su casa, el acusado se duchó y cambió de ropa; inmediatamente después, decidió volver a la escena del crimen, en busca de los bienes que robó y ocultó, luego tomó la bicicleta y el casco, que sacó de la maleza, “empujando con el casco en los tiros [sic]”, y volvió a su domicilio; después, aproximadamente a las 23:00 horas, procedió a alistar sus cosas y los bienes robados del agraviado, con la intención de fugarse a la localidad de Yanatile,

Quebrada, con todas las cosas robadas. Ya con todo en su poder, aproximadamente a las 04:30 horas del ocho de abril de dos mil diecisiete, fue al terminal de buses de Urubamba, siempre manejando la bicicleta robada al agraviado; luego llegó a Calca y, finalmente, a la avenida Benjamín Hermosa S/N del centro poblado de Quebrada, distrito de Yanatile, provincia de Calca, Cusco, donde viven sus padres, allí guardó los bienes robados hasta que, el diez de abril de dos mil diecisiete, fue intervenido por la policía.

7.2.5. En el acto de intervención se incautó la bicicleta robada, luego se procedió a ingresar a su domicilio y, debajo de la cama, se halló un par de zapatillas de color negro de cuero volteado con planta blanca, marca Reebok, de propiedad del agraviado.

7.3. Circunstancias posteriores

7.3.1. Posteriormente, el acusado se trasladó a la ciudad de Cusco y se dirigió hacia su domicilio de Agua Buena, donde se realizó el registro domiciliario, allí se incautaron las prendas de vestir que el acusado usó el día de los hechos; además, se incautó un par de plantillas ortopédicas de propiedad del agraviado que el acusado venía usando.

7.3.2. Finalmente, se tiene que el móvil fue robar los bienes del agraviado, para cuyo fin el acusado planificó fríamente su actuar, llevó a su víctima al lugar de los hechos y consiguió hasta un arma blanca (cuchillo); todo estaba calculado. Es así que, finalmente, robó todos los bienes del occiso, excepto su polo y ropa interior, es decir, se llevó consigo bicicleta, celular, casco, correa, llaves, lentes, pantalón jeans, zapatos y plantillas ortopédicas; en la escena del crimen solo quedaron los audífonos, por la oscuridad de la noche; con ello, el delito quedó agotado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Robo simple y agravado

Octavo. El delito de robo, en su modalidad básica, consiste en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, y su sustracción del lugar en que se encuentra, mediante el empleo de violencia sobre la persona o amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física. Es un delito autónomo, común, de resultado, de daño y pluriofensivo, esto es, tiene una estructura típica propia, puede ser cometido por cualquier persona, implica un resultado material producto de la acción violenta o amenazante del agente y afecta bienes jurídicos de distinta naturaleza a los estrictamente patrimoniales, como la vida, la integridad física y la libertad.

Noveno. Ahora bien, aun cuando el robo simple es un delito autónomo –estructurado en función de los medios empleados para su comisión–, se construye sobre la base del apoderamiento de un bien mueble, sustraído del ámbito de dominio de su propietario. A su vez, al robo simple se le agregan circunstancias que califican aún más la conducta básica. Así, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se prevén modalidades calificadas del robo en el artículo 189¹. Sin embargo, la modalidad del robo agravado, calificada por el resultado muerte o lesión, se resolvía de acuerdo con las reglas del

¹ Artículo 189:- La pena será no menor de tres ni mayor de ocho años, si el robo se comete: 1. Con crueldad; 2. En casa habitada; 3. Durante la noche o en lugar desolado; 4. A mano armada; 5. Con el concurso de dos o más personas; 6. En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicios; 7. Fingiendo ser agente de policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.

concurso². Recién en 1998, con la entrada en vigencia de los denominados decretos legislativos de seguridad nacional, se reintrodujo la modalidad agravada en tercer grado del robo –por muerte subsecuente de la víctima–³, cuando “[...] como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental”, conminándose dicha conducta con la pena de cadena perpetua⁴. En las sucesivas reformas legislativas del artículo 189 se ha mantenido el mismo texto y pena conminada⁵.

B. El sentido de la agravación del robo por muerte subsecuente

Décimo. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario número 3-2009/CJ-116, señalaron como criterio hermenéutico, que el delito de robo agravado con muerte subsecuente: “Se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte”, esto es, dicha agravante tiene los siguientes componentes: **i)** el uso de violencia desmedida para la sustracción del bien, **ii)** la violencia debe ser actual e inminente al suceso delictivo, y **iii)** como consecuencia de la violencia ejercida para el apoderamiento del bien, se produce la muerte de la víctima.

² Se decía en la versión originaria del artículo 189 lo siguiente: “[...] En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso”.

³ En efecto, con la modificación del artículo 239 del Código Penal de 1924, a través del Decreto Legislativo 121, se estableció como circunstancia agravante del robo, lo siguiente: “[...] Si el agraviado falleciere a consecuencia de la agresión y si el delincuente hubiere podido prever este resultado, la pena será de penitenciaría no menor de doce años”.

⁴ Decreto Legislativo número 896, del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

⁵ Así se verifica en las modificaciones verificadas en las Leyes número 27472, del cinco de junio de dos mil uno; número 28982, del tres de marzo de dos mil siete; número 29407, del dieciocho de septiembre de dos mil nueve; número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece y número 30077, del veinte de agosto de dos mil trece.

Ciertamente, la atribución del resultado más gravoso al autor debe hacerse desde la perspectiva de la proscripción de la responsabilidad objetiva. En este sentido, en el plano de la tipicidad subjetiva, se sostiene que el agente no debe haber planeado la muerte del sujeto pasivo (*animus necandi*). Esta se debe dar como consecuencia de la violencia ejercida en contra de la víctima (*vis in corpore*), pero cuyo resultado más grave debe haberse producido culposamente, es decir, el agente, para el apoderamiento del bien, debe actuar con el ánimo de lucro (*animus lucrandi*), pero en el desenvolvimiento del curso causal de la acción produce la muerte de la víctima. De ahí que el tipo penal agravado es un caso de tipificación simultánea: dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. La ponderación del injusto – tanto desde la acción como del resultado– genera como consecuencia jurídica la pena más grave del ordenamiento jurídico: la cadena perpetua y, con ello, su imposición debe motivarse de manera reforzada.

C. Motivación especial o reforzada

Decimoprimeramente. La motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tienen el justiciable y los ciudadanos frente a la arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente, esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual, es principio de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

Queda claro, entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: **a)** se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión, y **d)** debe hacerse por escrito.

Decimosegundo. Aun cuando la motivación es una exigencia general en las resoluciones judiciales, cabe precisar que existen supuestos en los que se exige una motivación especial o reforzada. Esta exigencia se relaciona con decisiones en las que se encuentran comprometidos derechos fundamentales reconocidos no solo por nuestro ordenamiento jurídico, sino por los instrumentos convencionales de los que nuestro país es parte. En este tipo de casos, se ha de exigir, en las decisiones adoptadas por los jueces, una motivación reforzada o especial. La razón estriba en que la limitación a un derecho fundamental debe explicarse con mayor detalle⁶.

Decimotercero. La motivación reforzada, además, implica que el sustento debe ser suficiente en cuanto a la acreditación de las circunstancias de hecho y de derecho. A su vez, debe ser razonada, con el fin de justificar la decisión que se adopte en torno a la limitación de un derecho fundamental. Aun cuando no se prescriba expresamente la necesidad de la motivación reforzada o especial, para la imposición de la pena de cadena perpetua, también debe entenderse que cae dentro de los alcances de esta exigencia, pues se trata de la pena más grave del ordenamiento jurídico. Así, es de

⁶ De acuerdo con el Código Procesal Penal, se requiere motivación especial en los casos de admisión de medios de prueba (artículo. 155); las decisiones en que se impongan medidas de coerción procesal (artículo 254) y, en particular, en la imposición de una prisión preventiva (artículo 271).

aplicación el argumento *a minori ad maius* –si está exigido lo menos, está exigido lo más–; si en la ley procesal se exige motivación especial para la restricción temporal de derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria, con mayor razón se debe exigir para la imposición de una pena relativamente indeterminada⁷, como la cadena perpetua⁸.

D. Cadena perpetua y determinación judicial de la pena

Decimocuarto. De acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Esta última función, sin embargo, tiene mayor predicamento, al sustentarse en su reconocimiento convencional y constitucional como objetivo esencial de la pena, en particular de la privativa de libertad. La pena de cadena perpetua solo es compatible con esta función siempre que sea redimible, mediante la revisión temporal y los beneficios penitenciarios. Tampoco es ajena a su naturaleza intemporal, la eventual aplicación de circunstancias atenuantes privilegiadas, que autoricen una disminución de la punibilidad o bonificación procesal por conclusión anticipada del proceso. Cabe precisar que, en este tipo de casos, no corresponde aplicar las circunstancias genéricas de atenuación o de agravación previstas en el artículo 46 del Código Penal, pues su carácter relativamente tasado impide la fijación de un marco punitivo mínimo y máximo legal.

⁷ Lo relativo de su intemporalidad responde a que, desde una perspectiva de prevención especial positiva, hasta la pena de cadena perpetua es temporal –*lebenslänglich ist auch zeitlich*–, mediante la revisión a los 30 o 35 años, según el caso. Esta postura es acorde con el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 139.22 de la Constitución Política.

⁸ Su imposición está dotada de mayores garantías, como cuando se exige unanimidad (artículo 392.4 del Código Procesal Penal).

E. La responsabilidad restringida

Decimoquinto. La responsabilidad restringida por la edad del sujeto activo está regulada dentro del artículo 22 del Código Penal. Se trata de una circunstancia atenuante cualificada que incide en el ámbito de la culpabilidad. Se aplica en los casos en que el sujeto activo, al momento de cometer el hecho punible, cuenta con una edad mayor de dieciocho y menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años. En la medida en que es un factor de atenuación vinculado a la capacidad de culpabilidad, cuya disminución se sustenta en un menor reproche jurídico, su aplicación era general. Sin embargo, en el año 1998, el legislador incorporó un segundo párrafo en la aludida norma, con la finalidad de excluir de esta causal la atenuación en función del tipo de delito cometido. De este modo, se excluyó de sus alcances a los agentes que hayan incurrido en los delitos de violación sexual y tráfico ilícito de drogas, entre otros⁹. A partir de la incorporación del segundo párrafo que excluye su aplicación, el legislador adoptó el criterio político-criminal de ampliación de las excepciones¹⁰.

⁹ Artículo modificado por el artículo único de la Ley número 27024, publicada el veinticinco diciembre mil novecientos noventa y ocho, que señala:

"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

¹⁰ Así véase el artículo 1 de la Ley número 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece, en cuyo texto se señala lo siguiente:

"Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

También véase la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo número 1181, publicado el veintisiete de julio de dos mil quince:

F. Criterio jurisprudencial frente a las excepciones del artículo 22

Decimosexto. Al respecto, la Suprema Corte fijó una posición interpretativa con relación a la no admisión de excepciones a la regla de atenuación de la responsabilidad restringida. En este sentido, señaló que las exclusiones fijadas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal implican una discriminación no autorizada constitucionalmente. Esta postura interpretativa se ha asumido en las siguientes decisiones plenarios:

- 16.1. El Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, en el que se estableció como doctrina legal la imposibilidad de exclusión señalada en el segundo párrafo del artículo 22.
- 16.2. La Sentencia Plenaria número 1-2018/CIJ-433, en la que se consolida el criterio jurisprudencial de la imposibilidad de aplicar la exclusión de la atenuación por responsabilidad restringida, en función del tipo de delito cometido, por advertirse la afectación al derecho a la igualdad¹¹.

"Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

¹¹ Fundamento 27, cuarto párrafo: "Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado –el Acuerdo Plenario número 4-2006/ CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, así lo contempló; y, ha sido ratificado, entre otras, por la sentencia casatoria 1672-2017/Puno, de dieciocho de octubre del año en curso, y la sentencia casatoria 214-2017/El Santa, de ocho de noviembre del presente año–, pero las características individuales de la víctima no autorizan, en sí mismas y por lo anteriormente expuesto, a una imperativa respuesta punitiva menos intensa".

Esta misma línea hermenéutica se ha seguido en las Sentencias de Casación número 1057-2017/Cusco, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho; número 1672-2017/Puno, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho; número 214-2018/del Santa, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho; número 1662-2017/Lambayeque, del veintiuno de marzo de dos mil diecinueve; número 352-2018/Lambayeque, del trece de junio de dos mil diecinueve, y número 321-2018/Cusco, del diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

G. Exclusión no autorizada constitucionalmente de circunstancia de atenuación por responsabilidad restringida

Decimoséptimo. El criterio valorativo asumido en la doctrina consolidada por la Corte Suprema es la prevalencia del principio constitucional de igualdad ante la ley¹², frente al criterio de gravedad abstracta por el tipo de delito cometido. El respeto de este principio está vinculado a la prohibición de toda forma de discriminación. El ámbito constitucional de la prohibición de discriminación es abierto, implica toda forma de discriminación cualquiera sea su índole¹³. Esta limitación no está definida en la Constitución, ni en su forma directa o indirecta¹⁴. En su forma directa ha sido definida como: "La diferencia de trato de las personas en situaciones análogas básicamente similares y basadas en una

¹² Consagrado en la Constitución, con el siguiente texto: "Artículo 2º: toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, situación económica o de cualquiera otra índole".

¹³ Se ha asumido la cláusula general de prohibición en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se refiere al goce de derechos y libertades, sin distinción basada en cualquier situación. Cfr. TIDH, caso Savez arkava "Riječ života" y otros vs. Croacia 2010, § 103; (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173>).

¹⁴ Se ha definido la discriminación indirecta para describir los efectos perjudiciales de la desproporción de una política o medida general que, a pesar de estar sustentada en términos neutrales, tiene un efecto discriminatorio particular en un grupo determinado. Cfr. D.H. y otros vs República Checa.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-83256%22%5D%7D>

característica identificable o estatus”¹⁵. Para efectos de su determinación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido un test de discriminación¹⁶. Ahora bien, los criterios de determinación de la culpabilidad son personales y están relacionados, entre otros factores, con el menor juicio de reproche que merece el autor o partícipe de un delito que es aún joven adulto o ya es un adulto mayor. El efecto de atenuación por razón de la edad es aplicable a cualquier persona ubicada en este grupo etario, considerando que el aún incompleto desarrollo o la disminución de la capacidad de culpabilidad, se verifica en función de las condiciones personales del sujeto, y no de acuerdo con la gravedad general del injusto cometido. Por ende, una diferencia legal de trato por razón del delito, atendiendo a consideraciones de prevención general, deviene en discriminatoria.

Decimoctavo. Por consiguiente, las exclusiones fijadas en el artículo 22 del Código Penal implican una discriminación no autorizada constitucionalmente, pues está sustentada en la gravedad del hecho –factor que incide en consideraciones abstractas–, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido; el supuesto fáctico del artículo 22 del Código Penal no tiene su fundamento causal y

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (Biao v. Denmark).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163115>

¹⁶ El método de determinación de una situación discriminatoria es el siguiente: 1. ¿Ha habido una diferencia de trato de las personas en situaciones análogas o relevantemente similares? 2. Si es así, ¿dicha diferencia –o ausencia de diferencia– se encuentra objetivamente justificada? En particular, a. ¿Esta diferencia persigue un objetivo legítimo? b. ¿Los medios empleados son razonablemente proporcionales para el objetivo perseguido? Cfr. al respecto los casos: Molla Sali vs. Grecia 2018 - § 135 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188985>); Fabris vs. Francia, 2013, § 56 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116716>); D.H. y otros vs. República Checa, 2007, § 175 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>); Hoogendijk vs. Países Bajos, 2005 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68064>).

normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por otro lado, la responsabilidad restringida resulta aplicable solo con la mera constatación de la edad del imputado –entre 18 y menos de 21 años de edad o más de 65 años–, al tiempo de la comisión del hecho punible, por lo que califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena, y no es necesaria la constatación con pericia específica del grado de inmadurez del procesado.

Decimonoveno. Así las cosas, corresponde determinar el *quantum* de la rebaja de la pena por la concurrencia de la circunstancia de atenuación. Al respecto, la reducción de la pena debe realizarse en atención al mínimo legal de la pena abstracta fijada para el delito de que se trate. Sin embargo, dicha disminución debe ser prudencial. Para ello, se tiene que recurrir ineludiblemente a la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, lo que implica que la pena disminuida que se imponga no sea irrazonable y que se consideren las circunstancias del caso.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Vigésimo. La casación ordinaria interpuesta por el encausado fue bien concedida por vulneración del inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, ligado a la falta de motivación en relación con la pena impuesta (cadena perpetua). El encausado gozaría de responsabilidad restringida y no se habría tomado en cuenta su edad para la verificación respectiva al momento de fundamentar el *quantum* punitivo. En ese sentido, corresponde evaluar si la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve (foja 330), recurrida en



casación, vulnera el precepto legal aludido. Adicionalmente, al tratarse de una pena gravosa, verificaremos también si el Juzgado Colegiado justificó reforzadamente la pena impuesta.

Vigesimoprimer. Así, en el presente proceso, los órganos de instancia llegaron a condenar al accionante como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado con muerte subsecuente, previsto en el último párrafo del artículo 189 del Código Penal y le impusieron la pena de cadena perpetua. El sustento del Juzgado Colegiado, en cuanto a la pena, fue el siguiente:

13.1. A estos efectos se toma en cuenta que se ha previsto una [pena] tasada de cadena perpetua para el delito cometido, lo que imposibilita su determinación por tercios.

13.2. Estando a las condiciones personales del acusado, al no haber sufrido de ninguna carencia social, estando a la naturaleza, por demás execrable del hecho, pues se ejerció violencia excesiva en contra de un menor de edad, (con fines meramente patrimoniales y que distan de actos de necesidad en el encausado) y a su personalidad disocial y capacidad de responder por sus actos, conforme la perito Betsabé Manchego Llerena sostuvo que es así, y no verificándose ninguna atenuante privilegiada aplicada al caso, y permitida por ley, hacen que lo que corresponde sea la imposición de esa pena legal, por lo que existiendo unanimidad en los miembros del Colegiado al respecto, se impondrá la misma al acusado, al resultar proporcional a su responsabilidad penal [sic].

Como se aprecia, el Juzgado de primera instancia en modo alguno verificó si en el caso concreto concurría alguna causal de disminución de punibilidad, en especial la responsabilidad restringida por la edad del agente. Solo atinó a señalar que, en el caso concreto, no se verificaba "atenuante privilegiada", sin mayor sustento.

Vigesimosegundo. La Sala Penal Superior, por su lado, llegó a sostener, básicamente, lo siguiente:

En el caso de autos, se ha logrado probar de forma fehaciente la comisión del hecho delictivo denunciado, así como la responsabilidad penal del imputado sobre hechos imputados. Es así que al lograrse determinar y acreditar las circunstancias específicas bajo las que se perpetró el hecho delictivo; advertimos la crueldad con la que el imputado se desenvolvió, así como la falta de arrepentimiento que demuestra el que haya hecho afirmaciones que perjudicaban gravemente el honor del agraviado; todo ello a fin de justificar su execrable actuar. Espor ello que este Superior Tribunal considera que la pena concreta impuesta por el A Quo es razonable y proporcional a lo actuado en proceso [sic].

Como puede apreciarse, en la sentencia de vista se hacen apreciaciones que no inciden directamente en la ponderación concreta de la pena, en función de las circunstancias del caso. Por el contrario, se emiten juicios de valor sobre cuestiones accesorias, como “la falta de arrepentimiento” del sentenciado. Seguidamente, se hizo mención a la pena de cadena perpetua y a la posibilidad de que esta sea revisada a los treinta y cinco años. Luego se citaron algunos criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en el Expediente número 003-2005-PI/TC en relación con la constitucionalidad de la pena de cadena perpetua, para finalizar con lo siguiente: “En ese entender, debemos precisar que si la cadena perpetua no deviene en inconstitucional, no hay mayor razón para no aplicarla cuando se considere estrictamente necesario, como en el presente caso” (sic). En la decisión cuestionada se dice que no hay mayor razón para no aplicar la cadena perpetua; no obstante, no se explica si la presencia de una circunstancia atenuante cualificada, como la responsabilidad restringida por la edad del imputado, califica o no califica dentro de esta ponderación ni se dice si la aplicación de este supuesto es estrictamente necesaria.

Vigesimotercero. Como se puede apreciar, la Sala Superior no hizo mención a la concurrencia de alguna causal de disminución de

punibilidad. De ahí que es posible afirmar que los órganos de instancia no justificaron de modo especial y suficiente la pena impuesta en el presente caso. No hay duda de que, por principio de legalidad, la pena prevista en el último párrafo del artículo 189 de Código Penal es de cadena perpetua; sin embargo, como se ha señalado en la sentencia (considerando decimocuarto), el carácter intemporal de este tipo de pena no es ajeno a una eventual aplicación de circunstancias atenuantes privilegiadas o de alguna causal de disminución de punibilidad o de la reducción de la pena por bonificación procesal por conclusión anticipada del proceso.

Vigesimocuarto. Para la determinación judicial de la pena, en caso de que la sanción estipulada en el tipo sea de cadena perpetua, el juzgador debe verificar estas posibilidades. No debe aplicarla de manera automática, máxime si este tipo de pena –por su carácter relativamente indeterminado– tiene una incidencia sustancial en la libertad ambulatoria del sentenciado.

Vigesimoquinto. En el caso concreto, de acuerdo con la ficha de Reniec perteneciente al encausado Loaiza Huallpa (foja 211 del cuaderno de debate), se evidencia que este nació el once de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Por tanto, a la fecha de los hechos (siete de abril de dos mil diecisiete), su edad era de dieciocho años, un mes y veintiséis días, esto es, se trata de una persona que lindaba con la incapacidad penal –por minoría de edad–, evidente factor de atenuación vinculado, como se ha mencionado, a la capacidad de culpabilidad, cuya disminución se sustenta en un menor reproche punitivo.

Vigesimosexto. Es patente, entonces, que el encausado, a la fecha de la comisión del acto delictivo, tenía la condición de responsable

restringido, situación jurídica que no fue considerada por las instancias de mérito al momento de dosificar la pena impuesta. De ahí que se deba realizar la reducción prudencial de la pena, conforme al artículo 22 del Código Penal, lo que posibilita que la pena intemporal se convierta en una temporal y que su fijación sea proporcional a los hechos acaecidos y probados.

Vigesimoséptimo. Cabe precisar que no se debe dejar de lado que, en el caso concreto, la víctima era un menor de edad y que se truncó su proyecto de vida, que el encausado planificó el robo e hizo uso del engaño para apoderarse de los bienes y que ejecutó una violencia desmedida que ocasionó la muerte del menor de manera injustificada. No escatimó en acuchillarlo, pese a que opuso resistencia al robo. Los hechos son graves. La reducción prudencial de la pena intemporal, entonces, sería de treinta y cinco años de privación de libertad. Consecuentemente, al evidenciarse la existencia de falta de motivación, debe estimarse el recurso de casación planteado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Alex Raúl Loiza Huallpa** contra la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve (foja 330), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia de primera instancia, en el extremo que le impuso la pena de cadena perpetua como autor del delito contra



el patrimonio-robo agravado en la modalidad "por haber causado la muerte de la víctima" (sic), en agravio de quien en vida fue el menor Edwin Anthony Escalante Condori (dieciséis años de edad). En consecuencia, **CASARON** la referida sentencia de vista, en el extremo apartado de la pena impuesta.

- II. **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA REVOCARON** la sentencia apelada del nueve de octubre de dos mil dieciocho (foja 190), en el extremo que impuso al encausado Alex Raúl Loaiza Huallpa la pena de cadena perpetua, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron treinta y cinco años de pena privativa de libertad, que computados desde la fecha de su detención, esto es, el once de abril de dos mil diecisiete, vencerá el diez de abril de dos mil cincuenta y dos.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a las partes personadas en esta Sede Suprema, se publique en la página web del Poder Judicial y luego se archive el cuadernillo.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

FN/ekra

Tema: Prescripción

Suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.

**Recurso de Nulidad N° 616-2020
Puno**



Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PRADO
SALDARRIAGA VICTOR
ROBERTO /Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 03/12/2020 15:42:44, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTANEDA
OTSU SUSANA YNES /Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 3/12/2020 13:49:30, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: AQUIZE DIAZ DE
MONTES DE OCA CONSUELO
CECILIA /Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 3/12/2020 15:58:36, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: BERMEO RIOS
RAMIRO ANIBAL /Servicio Digital -
Poder Judicial del Perú
Fecha: 3/12/2020 17:31:42, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Validez
desconocida

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema: ALMONACID DE LA
CRUZ Daniel Antonio FAU
20159981216 soft
Fecha: 04/12/2020 12:07:40, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

- i. Los plazos de prescripción de la acción penal tienen naturaleza material y, por tanto, su aplicación retroactiva solo es admisible si favorece al reo. Distinta es la situación de los plazos de suspensión de los términos prescriptivos, cuyos preceptos tienen naturaleza procesal, por lo que es de aplicación el principio *tempus regit actum*.
- ii. La suspensión de los plazos de prescripción únicamente resultará constitucional —en coherencia con las garantías del debido proceso y tutela jurisdiccional, así como con el principio de seguridad jurídica— siempre y cuando no se dicten de forma arbitraria e indiscriminada y se promulguen o regulen en atención a la exigencia de ciertas circunstancias excepcionales.
- iii. La suspensión general de plazos procesales y de prescripción decretada, en el contexto excepcional, convencional, constitucional y legal descrito, resulta razonable, proporcional y de naturaleza temporal, cuya justificación radica en el estado de excepción declarado y en la necesidad de proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud, que estaba —y está— en riesgo de amenaza y lesión. Tal medida se dictó con el objeto de garantizar —en condiciones de igualdad— el pleno ejercicio de los derechos de los usuarios del servicio judicial —que no han podido acceder a los recintos y despachos judiciales— una vez levantada su temporalidad.

Lima, tres de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte, emitida por la Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora y Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de la Corte Superior de Justicia de Puno, por:

- A. El imputado JESÚS EDGARDO BENAVIDES MAZUELOS en el extremo que lo condenó como autor del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores, a cuatro años de pena privativa de la libertad, con carácter de efectiva, y fijó en quince mil soles el monto que, por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la parte agraviada.
- B. El fiscal superior de la PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE PUNO, en el extremo que se absolvió a los procesados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo, como autores de la comisión del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores.

Ponencia de la jueza suprema PACHECO HUANCAS.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. De la acusación fiscal y complementaria se desprende que el *factum* de imputación es el siguiente:

El tres de julio de dos mil ocho, a las dos horas, aproximadamente, ingresó una turba de cincuenta personas al interior del inmueble ubicado en la avenida 28 de Julio N.º 201-Desaguadero, por la parte posterior; es decir, por la parte del inmueble que colinda con la avenida Panamericana S/N. La turba ingresó por el muro a través de una escalera; ya en el interior rompieron los vidrios de las ventanas de las habitaciones donde los agraviados dormían y, aprovechando la oscuridad, les propinaron una golpiza en diferentes partes del cuerpo con los objetos contundentes que poseían. Se precisó que los procesados Celia Dominga Huarachi de Trujillo y Gilberto Trujillo Yupanqui concertaron para ello, mientras que Jesús Eduardo Benavides Mazuelos ingresó junto a la turba.

Los imputados lograron su propósito: a la agraviada Dora Cruz Flores le ocasionaron varias lesiones, resaltando una fractura del antebrazo izquierdo, heridas sangrantes en cara y traumatismo abdominal cerrado, por lo que se le indicaron quince días de tratamiento y descanso médico. Al agraviado Juan Arpasi Zambrano también se le ocasionaron lesiones, de las cuales destacan una fractura costal izquierda, herida en cuero cabelludo y contusiones en cara, por las que se le prescribieron quince días de tratamiento y descanso médico. En la agraviada Tomasa Graciela Zambrano Rojas destaca el diagnóstico de policontuso de consideración, traumatismo encéfalo craneano y herida en cuero cabelludo, por lo que mereció doce días de tratamiento y descanso médico.

Estas personas, el día de los hechos pernoctaban al interior del inmueble antes mencionado y fueron echados a la calle por los imputados. En esas circunstancias, con los rostros ensangrentados, los agraviados acudieron a la dependencia policial de la localidad de Desaguadero y encontraron al efectivo SO PNP Roger Gómez Cabrera, quien acudió al lugar de los hechos y fue agredido por la turba, resultando con una serie de lesiones, tales como una fractura costal, por las que mereció quince días de tratamiento y descanso médico.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. El Tribunal Superior, entre otros extremos, por los hechos atribuidos respecto de la agraviada Dora Cruz Flores, emitió sentencia condenatoria¹ en contra del acusado Jesús Edgardo Benavidez Mazuelos y absolvió a los

¹ Cfr. páginas 3278 y ss.

acusados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo. Su decisión, en lo medular, se sustentó en los argumentos siguientes:

- 2.1. La intención de los imputados no fue matar a los agraviados, mucho menos concurren los supuestos atribuidos por el representante del Ministerio Público, de crueldad, alevosía y empleo de fuego. Si bien de acuerdo con la imputación la conducta habría quedado en grado de tentativa, el titular de la acción penal no precisó ante qué tipo de tentativa se estaría, ni la causa o hecho ajeno que habría motivado que la conducta quede inacabada. Su propósito fue desalojar a los agraviados, máxime si los imputados se encontraban en una posición más favorable para lograr su cometido. Por lo tanto, procede la desvinculación de la calificación jurídica; es decir, de homicidio calificado a lesiones graves, previsto en el artículo ciento veintiuno del Código Penal.
- 2.2. El imputado Jesús Edgardo Benavides Mazuelos estaba en el lugar y momento en que la turba desalojó a los agraviados del inmueble que ocupaban; sin embargo, su responsabilidad penal ha quedado acreditada respecto a las lesiones ocasionadas a Dora Cruz Flores, quien en los debates orales sindicó al citado procesado como la persona que le propino un golpe en el rostro con la pata de cabra, lo que fue corroborado con los correspondientes certificados médicos, que concluyen que presenta desfiguración de rostro.
- 2.3. Respecto a los imputados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo solo se tiene la sindicación de los agraviados Dora Cruz Flores y Juan Arpasi Zambrano; sin embargo, no han dado mayores detalles de su participación. Es más, los otros testigos presenciales, quienes se encontraban en mejor estado de salud por tener lesiones de menor gravedad, no afirmaron la presencia de dichos procesados y, de otro lado, la imputación fiscal en ningún extremo atribuye que hayan ingresado al interior del inmueble.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. El imputado Jesús Edgardo Benavides Mazuelos, mediante su recurso de nulidad² fundamentado, impugnó el extremo de la sentencia que lo condenó como autor del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores, a cuatro años de pena privativa de la libertad, con carácter de efectiva, y fijó en quince mil soles el monto que, por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la parte agraviada. Alegó los motivos siguientes:

- 3.1. La desvinculación de la calificación jurídica efectuada por la Sala Superior, vulneró el principio de congruencia recursal.

² Cfr. páginas 3350 y ss.

- 3.2. Indebida apreciación de los hechos y valoración de las pruebas ofrecidas. El día en que acaeció el *factum* se encontraba en la ciudad de Arequipa, lo que se acreditó con las declaraciones de los testigos Luis Ludgardo Carrasco Castillo, Benito Nildo Monrroy Manzoni, Margarita Callasa de Sucasa, contrato de alquiler del tres de julio de dos mil ocho y contrato de préstamo de dinero, estos últimos firmados y legalizados ante el notario público de Arequipa. Las pruebas mencionadas no fueron materia de análisis.
- 3.3. Existen serias contradicciones en las declaraciones de los supuestos agraviados y los testigos examinados en juicio. Es más, no se ha individualizado de forma clara su conducta. Por el contrario, se ha efectuado una apreciación genérica y subjetiva, precisamente en razón de que no se encontraba en el lugar de los hechos.
- 3.4. No existe elemento probatorio alguno ni indicios de su responsabilidad, solamente existen meras sindicaciones de la agraviada.

El catorce de agosto de dos mil veinte, el recurrente presentó un escrito vía Mesa de Partes Única de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, deduciendo la excepción de prescripción de la acción penal.

4. El representante del Ministerio Público, mediante su recurso de nulidad³ fundamentado, expresamente impugnó el sexto punto de la parte resolutive de la sentencia cuestionada, por el que se absolvió a los acusados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo, como autores de la comisión del delito de lesiones graves, en agravio de Dora Cruz Flores. Sostuvo lo siguiente:

- 4.1. La Sala Superior omitió pronunciarse sobre la tesis central de defensa de los citados imputados, es decir, respecto a que en el momento de los hechos se encontraban en Bolivia y que llegaron, aproximadamente, a las siete horas del mismo día. Es más, los propios imputados señalaron que estuvieron en el descargo de la arena en el inmueble materia de *litis*. Entonces, si no sabían nada de los hechos, ¿cuál era la razón para que descarguen arena? La única respuesta es que concertaron participar en los hechos y, por tal razón, ya tenían contratado el descargo de dicho material, para ingresar al predio y realizar construcciones.

En atención a dicha versión cobra relevancia la declaración de Lady Lidcy Aguilar Arpasi, Dora Cruz Flores y Tomasa Graciela Zambrano. A ello, se suma el atestado policial en el que se indica “detenida”, es decir, fue capturada dada la evidencia de su participación.

³ Cfr. páginas 3342 y ss.

- 4.2. La desvinculación de la calificación jurídica por el delito de lesiones graves no se corresponde con la gravedad de los hechos. Ello no ha sido debidamente meritado.

CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

5. El delito de lesiones graves, tipificado en el artículo ciento veintiuno del Código Penal⁴, sanciona al agente que: “causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima. 2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente. 3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa”.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito es el principio de impugnación limitada, que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal, en cuya virtud se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

Por fines metodológicos, los recursos de nulidad interpuestos se analizarán de forma separada. No obstante, dado que el impugnante Jesús Edgardo Benavides Mazuelos, mediante escrito del catorce de agosto de dos mil veinte, dedujo la excepción de prescripción de la acción penal —petición reiterada por su defensa técnica al informar oralmente ante este Tribunal—, *ex ante* debe verificarse si la potestad punitiva del Estado, en su contra, sigue vigente.

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

7. Previo a resolver el medio técnico de defensa promovido ante este Supremo Tribunal, debe tenerse presente que el recurrente Benavides Mazuelos cuestionó que la desvinculación de la calificación jurídica asumida por la Sala Superior vulneró el principio de congruencia recursal.

Al respecto, el representante del Ministerio Público calificó los hechos atribuidos como delito de homicidio calificado, en grado de tentativa; en cambio, el Tribunal Superior consideró que aquellos guardan correspondencia con el delito de lesiones graves, cuyo extremo condenatorio solo ha sido objeto de impugnación por parte del procesado Benavides Mazuelos.

Entonces, indistintamente de amparar o no su reclamo, no sería jurídicamente posible condenarlo por el delito de homicidio calificado, sobre la base de la interdicción de la reforma en peor —principio de *non reformatio in peius*—,

⁴ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28878, publicada el 17 de agosto de 2006.

dado que el extremo de la decisión de condena en contra de dicho sentenciado tampoco fue cuestionado por el titular de la acción penal. Por tal motivo, los plazos de prescripción deben computarse a partir de las penas conminadas para el delito de lesiones graves.

✓ **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PERÚ: NOCIONES GENERALES, INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN**

8. La prescripción es una institución que limita el poder punitivo del Estado. Si bien extingue la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, su fundamento “radica más en razones de seguridad jurídica que en consideraciones de justicia material” [MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*. Octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 404]. Es el propio Estado el que se va a ver privado de perseguir a un sujeto por haber quedado extinguida la responsabilidad penal. “Lo que se prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo” (SSTC español 63/2005 de 14 de marzo).

9. En el Perú, la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional. Está vinculada con el contenido del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es una institución inspirada en el principio *pro homine*. La ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva. Esta finalidad se sustenta en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, “se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica” [STC 02407-2011-PHC/TC, f.j. 2]. Constituye una frontera del derecho penal material, en tanto “el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes” [Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116].

10. El instituto en mención se encuentra ligado al tipo de pena, a la gravedad del hecho y, en algunos casos, a las características particulares del sujeto agente, como cuando concurre la responsabilidad restringida. Los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal peruano establecen los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria, respectivamente. La prescripción ordinaria opera en un tiempo igual al máximo de la pena conminada, si es privativa de la libertad, cuyo término máximo es de veinte años; mientras que la extraordinaria opera en un tiempo igual a la prescripción ordinaria más la mitad de ese mismo plazo.

11. Conforme con el artículo ochenta y tres del Código Penal, la prescripción de la acción en los procesos penales incoados bajo la normativa del Código de Procedimientos Penales se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial o, en su caso, por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. En esa

línea, el plazo extraordinario debe utilizarse cuando “haya operado la interrupción del plazo de la prescripción” (STC N.º 6714-2006-PHC/TC, f. 6).

12. De otro lado, los supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal en procesos tramitados bajo los alcances del citado cuerpo normativo se establecen en el artículo ochenta y cuatro del Código Penal y en el artículo uno de la Ley N.º 26641.

El primer supuesto opera cuando el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que se suspenden los plazos hasta que este quede concluido. Para determinar el efecto suspensivo de la citada disposición legal se exige lo siguiente: i. La preexistencia o surgimiento ulterior de una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado. ii. La decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso penal se realice en otro procedimiento [Acuerdo Plenario N.º 6-2007/CJ-116, f.j. 6].

El segundo supuesto surte efecto cuando el juez declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción, dadas las evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho.

13. Es oportuno precisar que los plazos de prescripción de la acción penal tienen naturaleza material y, por tanto, su aplicación retroactiva solo es admisible si favorece al reo. Distinta es la situación de los plazos de suspensión de los términos prescriptorios, cuyos preceptos tienen naturaleza procesal, por lo que es de aplicación el principio *tempus regit actum*. Los dispositivos normativos procesales que los regulan deben aplicarse a los actos que tienen lugar en cada momento. Sin embargo, es pertinente añadir que la suspensión de los plazos de prescripción únicamente resultará constitucional —en coherencia con las garantías del debido proceso y tutela jurisdiccional, así como con el principio de seguridad jurídica— siempre y cuando no se dicten de forma arbitraria e indiscriminada y se promulguen o regulen en atención a la exigencia de ciertas circunstancias excepcionales.

14. En este caso, el delito de lesiones graves, a la fecha de ocurridos los hechos, establecía una pena privativa de la libertad conminada no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Entonces, la prescripción ordinaria opera a los ocho años y, por su parte, la extraordinaria a los doce años, computados a partir de la fecha del suceso delictivo, dado que el delito de lesiones graves es uno de naturaleza instantánea.

15. Dicho esto, los hechos objeto de imputación señalados en el apartado uno de la presente ejecutoria suprema, acaecieron el tres de julio de dos mil ocho.

A partir de esta fecha, han transcurrido más de doce años (plazo extraordinario), por lo que la acción penal habría prescrito. No se ha presentado, pues, ningún supuesto de suspensión de la prescripción de la acción penal señalados *ut supra*. Sin embargo, en líneas posteriores procederemos a desarrollar otro aspecto relevante: el cómputo de la prescripción penal frente a la suspensión de los plazos procesales.

✓ **PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: SUSPENSIÓN
Y PANDEMIA DE LA COVID-19 EN EL PERÚ**

16. Es central destacar la circunstancia excepcional que afronta nuestro país como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 —provocada por el virus coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave SARS-CoV-2—. El once de marzo de dos mil diecinueve, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote de la Covid-19 es una pandemia global, por la velocidad en su propagación, al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea. Por ello, instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y tratamiento de los confirmados; así como la divulgación de las medidas preventivas con la finalidad de mitigar los contagios. En la misma línea, diversos organismos internacionales emitieron pronunciamientos orientados a salvaguardar la vida y la salud de las personas.

17. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), el nueve de abril de dos mil veinte emitió la declaración denominada “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Instó la adopción e implementación de medidas dentro de la estrategia y esfuerzos de los Estados parte de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y señaló que es indispensable que se garantice el derecho de acceso a la justicia y los mecanismos de denuncia.

18. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) emitió la Resolución N.º 1/2020, del diez de abril de dos mil veinte. Dio un conjunto de recomendaciones a los Estados de la región, dentro de las cuales se incluyó el aseguramiento del acceso a la justicia, en especial, la justiciabilidad de los derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), como lo es el derecho a la salud. Se precisó que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos. En esa dirección, se estableció una guía de actuación de los Estados:

18.1. En el literal f, del numeral tres, de la parte resolutive se señaló que las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben sujetarse a los principios pro persona, de proporcionalidad, temporalidad y deben tener como finalidad

legítima el estricto cumplimiento de los objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado de la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

- 18.2. La CIDH también recordó a los Estados los estándares convencionales que limitan derechos y garantías. En el literal g, del mismo numeral, señaló que aun en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos —tales como la legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad— dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a los derechos humanos o afectaciones al sistema democrático de gobierno.
- 18.3. En el numeral veinticuatro de la parte resolutive, recomendó abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos, las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal. Igualmente, en los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y ocho se establecieron las medidas con las que los Estados deben enfrentar la problemática de hacinamiento, situación de riesgo en personas privadas de libertad, en contexto de pandemia.

19. En nuestro país, el artículo ciento treinta y siete de la Constitución Política prevé cómo se enfrenta un estado de excepción y reconoce qué derechos y garantías pueden ser suspendidos, claro está, bajo determinadas exigencias. El tenor es el siguiente:

Artículo 137. Estados de excepción. Estado de Emergencia y Estado de Sitio

El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f, del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

20. De ello se advierte que la Norma Fundamental ha precisado los límites de los estados de excepción y los derechos que pueden restringirse o suspenderse;

exigiendo determinados estándares, tales como: a) temporalidad —que implica que se decreta por un determinado periodo de tiempo, aunque puede ser renovado—; b) garantía de la división de poderes; c) declaración de restricción al ejercicio de derechos y a sus garantías; y d) finalidad.

21. Es en este contexto —nacional e internacional— que el Estado peruano, mediante el Decreto Supremo N.º 08-2020-SA del once de marzo último, declaró emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa días calendarios y dictó medidas para la prevención y control para evitar la propagación del referido virus. Luego, mediante los Decretos Supremos números 020-2020-SA y 027-2020-SA se prorrogó, a partir del diez de junio de dos mil veinte, por un total de ciento ochenta días calendarios adicionales.

22. Por las mismas circunstancias, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, ampliado temporalmente a través de los Decretos Supremos números 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083-2020-PCM y 094-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos 045-2020-PCM, 046-2020-PCM, 051-2020-PCM, 053-2020-PCM, 057-2020-PCM, 058-2020-PCM, 061-2020-PCM, 063-2020-PCM, 064-2020-PCM, 068-2020-PCM, 072-2020-PCM, 083-2020-PCM, 094-2020-PCM, 116-2020-PCM, 129-2020-PCM, 135-2020-PCM, 139-2020-PCM, 146-2020-PCM, 151-2020-PCM, 156-2020-PCM, 162-2020-PCM, 165-2020-PCM, 170-2020-PCM y 174-2020-PCM; también se declaró el Estado de Emergencia Nacional desde el quince de marzo hasta el treinta de noviembre del año en curso, restringiendo el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito.

23. Entonces, si en el marco del estado de emergencia —estado de excepción— solo está autorizada la afectación de los derechos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y a la libertad de reunión y de tránsito; significa entonces que ¿al no incorporarse como derecho restringido o limitado el servicio de acceso a la justicia, este tiene plena eficacia sin restricción alguna durante el estado de emergencia decretado?

24. Para absolver la pregunta planteada es importante precisar que, a nivel comparado, también se presentaron circunstancias excepcionales como consecuencia de la pandemia global, en las que se emitieron normativas vinculadas a la suspensión de plazos procesales. Este Supremo Tribunal tiene claro que, conforme con el sistema de fuentes internacionales y nacionales, dichas circunstancias excepcionales llevaron al Gobierno peruano a decretar el estado de excepción previsto en el artículo veintisiete⁵ de la Convención

⁵ **Artículo 27. Suspensión de Garantías**

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones

Americana de Derechos Humanos (en adelante: CADH) —de la que es parte del Estado peruano— y el artículo ciento treinta y siete de nuestra Norma Fundamental —cuyo tenor ha sido descrito en párrafos precedentes—.

25. En tal contexto se restringieron y suspendieron varios derechos fundamentales en su ejercicio efectivo, descritos en el fundamento veintiuno de la presente resolución. Esta restricción se reflejó, esencialmente, en la declaración de cuarentena obligatoria de todos los ciudadanos y la prohibición de actividades públicas y privadas, con excepción de los servicios esenciales.

26. Evidentemente, el servicio de justicia es una actividad indispensable. La Corte IDH lo ha situado como una actividad esencial y pilar de un Estado democrático de derecho, que está integrado por aquellas garantías que no pueden suspenderse o restringirse aún en estados de excepción. Sin embargo, es pertinente responder ¿cuáles son estas garantías indispensables para la protección de tales derechos que no pueden suspenderse?

27. La mencionada Corte, en la Opinión Consultiva OC-9/1987, absolvió la consulta planteada por el Estado de Uruguay e interpretó la parte *in fine* del numeral dos, del artículo veintisiete, de la CADH. Estableció que:

Deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

El alcance interpretativo fijado también estableció que:

que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c)), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

28. Entonces, la lectura de los dispositivos normativos internos debe estar irradiada de una interpretación “conforme” a la CADH y a los estándares normativos e interpretativos de la Corte IDH, que exigen determinados parámetros para legitimar las medidas que afectan o restringen derechos para su pleno ejercicio y goce de los mismos. El numeral dos, del artículo veintisiete, de la Convención precisa que la suspensión de garantías no autoriza la suspensión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida y a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y de servidumbre; los principios de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

29. En este orden ideas y apelando al método sistémico es imperativo recurrir al numeral seis, del artículo doscientos, de nuestra Carta Política, que establece cuáles son las garantías mínimas indispensables que no pueden ser objeto de restricción o limitación, dado que el citado dispositivo prescribe que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a los que se refiere el artículo ciento treinta y siete de la Constitución. Ello es compatible con la línea interpretativa de la Corte IDH expresada en la OC-9/1987 y su reiterada jurisprudencia, en relación a qué debe entenderse por garantías judiciales mínimas indispensables para la protección de los derechos previstos en el artículo veintisiete, numeral dos, de la CADH.

30. En suma, desde que la Organización Mundial de la Salud calificó la Covid-19 como una pandemia, el Estado peruano adoptó un conjunto de medidas urgentes en el marco de la emergencia sanitaria. En este contexto, fue el numeral cinco de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N.º 026-2020, del quince de marzo de dos mil veinte —en el marco excepcional declarado mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA—, que facultó al Poder Judicial y a los organismos constitucionales autónomos a disponer la suspensión de los plazos procesales y procedimentales que consideren necesarios a fin de no perjudicar a los ciudadanos; así como las funciones que dichas entidades ejercen.

31. Sobre esta base normativa, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió sendas resoluciones administrativas donde suspendían los plazos procesales y procedimentales. Mediante Resolución Administrativa N.º 115-2020-CE-PJ,

del dieciséis de marzo último, se resolvió suspender los plazos procesales y administrativos, por el plazo de quince días calendario. También estableció medidas para el funcionamiento de órganos jurisdiccionales de emergencia a nivel nacional.

Dicha suspensión de plazos procesales y administrativos fue ampliada mediante las resoluciones administrativas números 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 61-2020-P-CE-PJ y 62-2020-P-CE-PJ y 157-2020-CE-PJ, hasta el treinta de junio del presente año. Asimismo, mediante resoluciones administrativas números 179-2020-CE-PJ, 205-2020-CE-PJ, 234-2020-CE-PJ y 117-2020-P-CE-PJ se prorrogó la suspensión de los plazos procesales y administrativos hasta el treinta y uno de octubre de dos mil veinte, en los distritos judiciales en los que se mantiene la cuarentena focalizada, debido al Estado de Emergencia Nacional.

32. Luego, mediante Resolución Administrativa N.º 177-2020-CE-P del treinta de junio de dos mil veinte, se precisó que la suspensión de plazos procesales establecidos por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante las resoluciones administrativas números 115-2020-CE-PJ, 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 061-2020-P-CE-PJ, 62-2020-P-CE-PJ y 157-2020-CE-PJ, incluye la suspensión de plazos de prescripción y caducidad; así como los plazos para interponer medios impugnatorios, cumplir con mandatos judiciales, solicitar informes orales, absolver traslados y, en general, incluye cualquier plazo perentorio establecido en norma legal de carácter general o específico o por mandato judicial en todo tipo de procesos judiciales; y, una vez desaparecida la causal de suspensión, se reanuda el plazo al cual se le adiciona el tiempo transcurrido hasta antes del inicio del periodo de suspensión.

33. Sin embargo, pese a dichas suspensiones, este poder del Estado garantizó el ejercicio de garantías indispensables de acceso a la justicia, para lo cual dispuso el funcionamiento de órganos jurisdiccionales de emergencia encargados de resolver conflictos jurídicos, tales como: procesos con detenidos, libertades, requisitorias, hábeas corpus, violencia familiar, medidas cautelares, admisión y medidas cautelares en proceso de amparo, consignación, endosos en alimentos y otros casos de urgente atención, vinculados a poblaciones con especial vulnerabilidad (mujer, niño, niña, adolescentes, discapacitados, adultos mayores, etc.).

34. Situación distinta es la suspensión general de plazos procesales y de prescripción decretada. En el contexto excepcional, convencional, constitucional y legal descrito, ello resulta razonable, proporcional y de naturaleza temporal, cuya justificación radica en el estado de excepción declarado y en la necesidad de proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud, que estaba —y está— en riesgo de amenaza y lesión. Tal medida se

dictó con el objeto de garantizar —en condiciones de igualdad— el pleno ejercicio de los derechos de los usuarios del servicio judicial —que no han podido acceder a los recintos y despachos judiciales— una vez levantada su temporalidad.

35. Definitivamente, las decisiones del Poder Ejecutivo tuvieron y tienen consecuencias para el ordenamiento jurídico y para la sociedad en su conjunto, que las coloca fuera de la normalidad. La cuarentena declarada restringió la facultad de los ciudadanos de acceder a la tutela judicial en su integridad. En esa lógica, si bien han funcionado órganos de emergencia en el Poder Judicial, lo cierto es que, en realidad, los operadores jurídicos como los usuarios se han visto limitados en el desplazamiento y acceso físico a los ambientes judiciales, lo que paralizó en gran parte las actividades del sistema de administración de justicia, las mismas que fueron reiniciándose por zonas y en etapas diferentes.

36. En conclusión, dada esta coyuntura excepcional es perfectamente válido y razonable que se hayan suspendido los plazos de prescripción de la acción penal, en virtud de la imposibilidad de ejercer el derecho de acceso a la justicia —universal e interdependiente— en ámbitos no relacionados a las garantías indispensables. Se debe garantizar, pues, la igualdad de condiciones de los imputados y víctimas en los conflictos jurídico-penales para acceder a los servicios de justicia.

37. Cabe recordar que la razón de ser de la suspensión de la prescripción tiene que ver con la necesidad de no tomar en cuenta el tiempo durante el cual es imposible que la autoridad competente pueda impulsar la persecución [MEINI, Iván. “Sobre la prescripción de la acción penal”. En: MEINI, Iván. *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 280]. En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2622-2015/LIMA, se ha pronunciado en el mismo sentido, al reconocer como causal de suspensión de prescripción de la acción penal cuando ocurre “la suspensión del despacho judicial”, como consecuencia de una huelga judicial.

38. Por su parte, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado con relación a los días de huelga de los trabajadores del Poder Judicial y el cómputo de la prescripción. Razonó que “los días transcurridos durante la huelga del Poder Judicial no deben ser incluidos en el cálculo del plazo para interposición de la demanda de amparo” [STC N.º 1049-2003-AA/TC, f.j. 4].

39. Por lo demás, a nivel comparado, la Corte Constitucional de Colombia, al analizar un evento de suspensión de la rama judicial sostuvo que “la contabilización de los términos procesales en época de paro judicial impone la obligación de examinar las circunstancias que concurren en cada caso específico, para determinar si efectivamente el despacho judicial en el cual se adelanta un proceso se encontraba abierto o cerrado, pues la interrupción de la

prestación continua del servicio sí tiene efectos en derecho de manera que no puede obligarse a las partes a cumplir las cargas procesales en contravía de su seguridad personal. Una interpretación diferente desconocería el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia” [Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-432/18, f.j. 37]

40. En la misma perspectiva señaló que “la Constitución [de Colombia] consagra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual deberá ser garantizado a todos los asociados por parte del Estado [...] dicho derecho conlleva la obligación correlativa por parte del Estado de garantizar que dicho acceso sea real y efectivo, y no meramente nominal” [Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-031/2019, f.j. 20]

41. Por lo expuesto, este Tribunal Supremo asume que la suspensión de los términos prescriptorios en materia penal es de aplicación general, está justificada, resulta proporcional y razonable, compatible con los derechos fundamentales a la salud y tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, no se ampara la excepción de prescripción planteada por el recurrente y la acción penal aún sigue vigente. En la provincia y departamento de Puno, el dieciséis de marzo se suspendieron los plazos procesales y, consecuentemente, también los términos de prescripción correspondientes. Para mayor entendimiento, ver el siguiente gráfico, en el cual se expresa la temporalidad de la suspensión del plazo de prescripción:

SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES EN LA PROVINCIA DE PUNO, DEPARTAMENTO DE PUNO		
DESDE	HASTA	EN MÉRITO DE
16 MARZO 2020	30 JUNIO 2020	R. A. 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 61-2020-P-CE-PJ, 62-2020-P-CE-PJ y 157-2020-CE-PJ
1 JULIO 2020	16 JULIO 2020	R. A. 179-2020-CE-PJ
1 AGOSTO 2020	31 AGOSTO 2020	R. A. 205-2020-CE-PJ
1 SETIEMBRE 2020	30 SETIEMBRE 2020	R. A. 234-2020-CE-PJ
13 OCTUBRE 2020	23 OCTUBRE 2020	R. A. 120-2020-P-CE-PJ

42. Establecido ello, corresponde analizar el fondo de la controversia, en virtud de que la potestad punitiva del Estado aún no ha prescrito. Este Tribunal Supremo se pronuncia sobre lo que es objeto de impugnación.

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD DE BENAVIDEZ MAZUELOS

43. En principio, la desvinculación de la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público —de homicidio calificado en grado de tentativa a lesiones graves— se realizó al amparo de lo estipulado en el artículo 285-A del Código

de Procedimientos Penales. El solo acto de desvinculación procesal no implica vulneración al principio de congruencia recursal, claro está, siempre que se cumplan los tres requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116. En este caso, se ha cumplido con los presupuestos de desvinculación procesales, tales como:

- a) **Identidad del hecho.** La descripción de los hechos delictivos, conforme se desprende de la acusación fiscal, da cuenta de que se produjeron lesiones graves en contra de la agraviada Dora Cruz Flores, que configuraron deformación de rostro.
- b) **Homogeneidad de tipos penales.** Tanto el delito de homicidio calificado y de lesiones graves son delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. La integridad física forma parte de su objeto de protección. La homogeneidad del interés tutelado es evidente.
- c) **Comunicación de la tesis de tipificación del Tribunal Penal y posibilidad de defensa del acusado frente a esta.** En la sesión de audiencia del juicio oral, del treinta de diciembre de dos mil diecinueve, luego de los exámenes periciales, el Tribunal Superior expidió la Resolución N.º 109, por la que puso de conocimiento de las partes la posibilidad de desvinculación del delito de homicidio calificado en grado de tentativa, al delito de lesiones graves previstos en los numerales uno, dos y tres, del artículo ciento veintiuno, del Código Penal. En la siguiente sesión, del diez de enero de dos mil veinte, solicitó a las partes que preparen su defensa a la probable desvinculación, así como comunicó la posibilidad de ofrecer medios probatorios para tal efecto.

44. Por tal razón, al haberse realizado la desvinculación de la tipificación propuesta por el Ministerio Público, previo traslado hacia las partes procesales, ofreciendo la posibilidad de presentar su tesis de defensa y los medios probatorios pertinentes, el reclamo señalado en el apartado 3.1 de la presente ejecutoria no prospera. No existe vulneración al principio de congruencia recursal. Por lo demás, este extremo de la sentencia no fue impugnado por el representante del Ministerio Público.

45. Los reclamos señalados en los apartados 3.2, 3.3 y 3.4 están orientados a sostener que el recurrente, el día de los hechos, se encontraba en la ciudad de Arequipa, y que solo existe la sindicación de la víctima Dora Cruz Flores. Evidentemente, dichos cuestionamientos significan que no fue autor de los hechos materia de condena. Para sustentar su reclamo, afirmó que su ubicación se acreditó con las declaraciones de los testigos Luis Ludgardo Carrasco Castillo, Benito Nildo Monrroy Manzoni y Margarita Callasa de Sucasa, contrato de alquiler del tres de julio de dos mil ocho y contrato de

préstamo de dinero, estos últimos firmados y legalizados ante el notario público de Arequipa.

46. De ahí que resulta imperativo analizar la ubicuidad que reclama el recurrente. Al respecto, debe resaltarse que los testigos Julio Sairitupa Curasi, Juana Irene Arpasi Zambrano —en sus declaraciones preliminares⁶ en presencia del representante fiscal— y Lady Lidcy Aguilar Arpaci —en su declaración⁷ en etapa de instrucción—, quienes se encontraban en el inmueble ubicado en la avenida 28 de Julio, número 210, relataron haber visto al recurrente en el lugar de los hechos; afirmación que reiteraron en los debates orales. Por su parte, la agraviada Tomasa Graciela Zambrano, en su declaración preliminar del tres de julio de dos mil ocho, también con presencia del titular de la acción penal, expresó que vio a Jesús Benavides pretender agredir a su hijo y, en los debates orales, añadió que lo reconoció por su voz. El agraviado Juan Arpasi Zambrano, en su preventiva, refirió haber reconocido al recurrente, mientras que en el contradictorio también reiteró la presencia del imputado en el lugar de los hechos.

47. La versión homologada que se extrae de las citadas declaraciones, valida la premisa afirmativa de que el imputado Jesús Benavidez Mazuelos, el día de los hechos, ingresó al inmueble ubicado en la avenida 28 de Julio, número 210, conforme lo ha sostenido el titular de la acción penal. La narrativa de presencia en el lugar del suceso delictivo es uniforme; cuya información ha sido vertida por testigos competentes y plurales, cuyos relatos no están afectados de algún elemento externo que los desvirtúen.

24. A ello se suma el resultado de la pericia de grafotécnica⁸ elaborada por las peritas Esther Huayhuaca Lovatón y Erika Mercedes Velásquez Chahuares, cuyo contenido fue ratificado en los debates orales, que concluye que las grafías (pintas) en la pared del inmueble mencionado en líneas precedentes (Sr. Jues fuera los – los usurpadores y traficantes– RATAS [Sic]) provienen del puño escribiente del recurrente. Si bien en esta pericia se señaló que la pinta consta en el inmueble ubicado en jirón 28 de Julio número 810, esto constituye un error material, debido a que en la parte introductoria señalaron que el objeto de la pericia es la pinta ubicada en el inmueble con número 210. Cabe destacar que las especialistas añadieron que el error ortográfico de escribir la palabra juez con “s” se repitió tanto en la grafía de la pared como en las muestras de grafías obtenidas del procesado Jesús Eduardo Benavidez Mazuelos.

⁶ Cfr. páginas 23 y 26, respectivamente.

⁷ Cfr. página 409.

⁸ Cfr. página 814.

48. El razonamiento probatorio efectuado por la Sala Superior fue en el mismo sentido. No obstante, agregó que el contrato de alquiler⁹ y contrato de préstamo de dinero¹⁰, ambos del tres de julio de dos mil ocho, que celebró el recurrente —que según el impugnante acreditarían su presencia en la ciudad de Arequipa—, no le generaron convicción, en virtud de que el suceso delictivo ocurrió en horas de la madrugada, por lo que dichos documentos bien pudieron ser realizados en horas de la tarde, teniendo en cuenta el tiempo suficiente con el que contó para llegar a la ciudad de Arequipa. Esta conclusión resulta razonable, dado lo señalado por la Sala y los testigos presenciales que, en forma similar, han afirmado la presencia del recurrente en el lugar del evento delictivo.

49. Analizando en conjunto los elementos que rebaten el reclamo del impugnante, es pertinente indicar que: i. Los hechos ocurrieron a las dos horas de la madrugada del tres de julio de dos mil ocho. ii. La distancia entre Puno y Arequipa aproximadamente es de doscientos noventa y dos kilómetros, lo que es de conocimiento público. iii. La certificación notarial no precisó la hora en que se realizó. Todos estos datos objetivos dan consistencia a la sindicación de los testigos, la cual es directa y plural.

50. También es cierto que el impugnante, para apoyar su reclamo, alegó que en etapa de instrucción rindieron sus declaraciones los testigos de parte Luis Ludgardo Carrasco Castillo¹¹, Benito Nilo Monroy Manzoni¹² y Margarita Callata de Sucasa¹³. El primero señaló que el dos de julio de dos mil ocho, aproximadamente a las ocho y treinta de la noche, junto al recurrente, se embarcó en un taxi hacia la ciudad de Arequipa. El segundo sostuvo que era vigilante particular y expresó que el tres de julio, aproximadamente a las tres y treinta o cuatro de la mañana, observó llegar al recurrente a su vivienda en la ciudad de Arequipa. La tercera sostuvo que es vecina en Arequipa del recurrente y que el tres de julio a las siete horas con treinta minutos vio que el recurrente regaba la calle.

51. Al respecto, cabe resaltar un aspecto confuso. En la sesión de audiencia de juicio oral¹⁴ del veinte de enero de dos mil veinte, el recurrente ofreció medios de prueba para su oralización. Entre ellas, conforme consta en el acta, la defensa técnica textualmente solicitó que se oralice: “Declaración testimonial de fojas 473 a 474, 476 a 477, 410 a 412 en donde dice que se reconoce a Fredy y Marco como agresores, pero en el presente plenario Leydi Aguilar ha declarado que fue mi patrocinado”.

⁹ Cfr. página 497.

¹⁰ Cfr. página 498.

¹¹ Cfr. página 476.

¹² Cfr. página 473.

¹³ Cfr. página 470.

¹⁴ Cfr. página 3273.

52. Verificado el expediente judicial, se advierte que en las páginas mencionadas obran las declaraciones corresponden a los testigos Luis Ludgardo Carrasco Castillo, Benito Nilo Monrroy Manzoni y Lady Lidcy Aguilar Arpas, respectivamente. Sin embargo, los dos primeros no han señalado, en lo absoluto, que reconozcan a Fredy y Marco como agresores. Si bien no fueron valoradas, sin embargo, la finalidad de su oralización no se corresponde con lo que ahora se pretende acreditar. Por último, debe precisarse que la Sala no valoró la declaración de Margarita Callata de Sucasa por no haber sido incorporada legítimamente al contradictorio, dado que no fue ofrecida para su oralización.

53. Vale decir que la poca claridad en la pertinencia y significado probatorio de testimonios de parte, en su oralización, no han clarificado ni desvirtuado las versiones uniformes de los testigos presenciales de los hechos, quienes sindicaron al recurrente haber estado en el lugar del evento delictivo. Los relatos de los testigos de parte no han superado en grado de certeza el material probatorio colectado en contra del impugnante.

54. Establecida la ubicación del recurrente en la ciudad de Puno y específicamente en el inmueble en que ocurrieron los hechos, corresponde determinar si existe prueba suficiente que acredite que el impugnante ocasionó las lesiones inferidas en contra de Dora Cruz Flores. Fue la propia víctima quien lo sindicó directamente ser autor de sus lesiones. En efecto, en su declaración vertida en la sesión de audiencia del veintitrés de setiembre de dos mil diecinueve, señaló: “Con el primero que me he encontrado es Jesús Benavides, con un fierro me dio en la cara y es así que tengo cicatriz de tantos años”. No obstante, en su preventiva¹⁵ del diecisiete de noviembre de dos mil ocho, es decir, después de cuatro meses de ocurridos los hechos, señaló: “Los autores directos de los hechos cometidos en su agravio son los denunciados Marco Antonio Benavides Mazuelos, quien le ha golpeado en el ojo izquierdo, así como en el brazo izquierdo, con un fierro y pata de cabra, sin piedad alguna”.

55. Es importante resaltar esta divergencia en los nombres, pues es la contradicción en la sindicación que reclama el impugnante. Si bien el razonamiento de la Sala Superior concluye que la divergencia se debería a la gravedad de las lesiones que sufrió, también es cierto que dicha declaración se rindió después de cuatro meses de ocurridos los hechos. Pese a ello, existe un aspecto relevante que implica que dicha imprecisión pudo haber sido un error material o, incluso, un error al momento de declarar, pues en la misma declaración preventiva señaló que se ratifica de todos los extremos del contenido de la denuncia del Ministerio Público que obra en la página cincuenta y seis del expediente, en cuyo punto número siete se señaló que los golpes fueron ejecutados por parte de Jesús Benavides Mazuelos. Esta

¹⁵ Cfr. página 308.

respuesta supera el error en cuanto al nombre, pues la agraviada lo reconoció como la persona que le ocasionó las lesiones sufridas.

56. Es evidente que la agraviada insiste en sindicar al recurrente como autor de las lesiones en su contra, determinadas en los certificados médicos números 4708-L¹⁶, 5150-PF-AR¹⁷ y 8362-PF-HC¹⁸. El primer certificado concluyó que las lesiones fueron ocasionadas por agente contuso y contundente duro, así como TEC moderado; por lo que determinó quince días de incapacidad médico legal, así como cinco de atención facultativa y fijó la posibilidad de una reevaluación posterior. El segundo certificó que la evaluada presenta TEC grave, edema cerebral difuso grado III por tomografía, traumatismo ocular izquierdo, politraumatizada por agresión física, y concluyó que se amplíe la atención facultativa a once días y la incapacidad médico legal a treinta y cinco días, salvo complicaciones posteriores. El tercero concluyó que las lesiones que presenta la víctima constituyen deformación de rostro, lo que acredita la gravedad e intensidad de las lesiones que el imputado generó a la agraviada.

57. En esa línea, un elemento útil probatoriamente que fortalece la verosimilitud de la declaración de la víctima es que esta señaló que el procesado la golpeó con un fierro y “pata de cabra”, lo que resulta compatible con un objeto contuso y contundente descrito en el certificado médico legal. Por lo demás, conforme ya se ha analizado la sindicación en contra del recurrente que ha sido persistente a lo largo del proceso penal.

58. A esta versión inculpativa, que vincula directamente al recurrente con las lesiones proferidas, cabe añadir que está acreditada la presencia del impugnante en el lugar de los hechos; por lo tanto, su tesis de defensa sobre que se encontraba en la ciudad de Arequipa, constituye un indicio de mala justificación. El mencionado hecho probado también se erige como indicio de presencia y oportunidad física.

59. De otro lado, el propio recurrente ha reconocido que existió conflicto con la agraviada, quien era una de las personas que habitaban el inmueble ubicado en la avenida 28 de Julio, número 210, el cual supuestamente le pertenecía en calidad de heredero de sus iniciales propietarios: sus padres. Es más, conforme con la pericia de grafotecnia, el impugnante es el autor de la pinta que hacía referencia a “usurpadores”, lo que revela nuevamente el conflicto de derechos reales y que expresa el motivo que tenía para sacar a la agraviada del inmueble, de cuya acción resultó lesionada. Por ello, también se advierte un indicio de móvil delictivo.

¹⁶ Cfr. página 246.

¹⁷ Cfr. página 248.

¹⁸ Cfr. página 3137.

60. Entonces, en virtud de la prueba directa e indiciaria analizada previamente, se ha acreditado más allá de toda duda razonable que el recurrente fue quien profirió las lesiones en contra de la agraviada Dora Cruz Flores. No existe una alternativa diferente sobre la base de los hechos declarados probados. La ratificación de su condena es inminente.

61. En cuanto a la pena fijada, debe resaltarse que el delito de lesiones graves, previsto en los numerales dos y tres, del primer párrafo, del artículo ciento veintiuno, del Código Penal, establece un marco punitivo conminado no menor de cuatro ni mayor de ocho años. En este caso, en el requerimiento acusatorio, el representante del Ministerio Público no ha atribuido la existencia de agravantes genéricas. Si bien cuenta con antecedentes penales, conforme con el certificado¹⁹ correspondiente, no subyace reincidencia ni habitualidad, pues fue condenado a seis meses de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar, mediante sentencia del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y siete. Por lo tanto, considerando los principios de proporcionalidad y humanidad, así como los fines de la pena, la dosificación punitiva determinada por el Tribunal Superior resulta adecuada y debe ser ratificada.

62. Es importante destacar que el recurrente, mediante escrito del trece de octubre de dos mil veinte²⁰, presentado vía Mesa de Partes Única de las Salas Penales de la Corte Suprema, anexó el Informe Médico N.º 098-2020-INPE-24-803-ADS, del treinta de setiembre de dos mil veinte, suscrito por Diana Choque Chique, médico cirujano del Establecimiento Penitenciario de Puno. Allí fluye que el recurrente dio positivo para Covid-19 el veinticuatro de agosto de dos mil veinte y, como impresión diagnóstica: HTA y gastritis. Entonces, a partir del resultado positivo, ha transcurrido más de un mes sin incidencia alguna.

63. Sin perjuicio de ello, es el Instituto Nacional Penitenciario (en adelante: INPE) quien tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para resguardar los derechos a la vida, la integridad y la salud de todas las personas privadas de su libertad. El artículo setenta y seis del Código de Ejecución Penal establece que corresponde a la Administración Penitenciaria proveer de lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud de los internos. De modo que constituye un deber de diligencia debida de toda entidad estatal, en especial aquella que acoge a personas privadas de libertad, brindar una atención médico-sanitaria equivalente a la otorgada a la población en libertad, y proveer de las medicinas y otras prestaciones complementarias básicas que requiera la atención de la

¹⁹ Cfr. página 1149.

²⁰ Cfr. página 132 del cuadernillo formado en esta Sala Suprema.

salud del interno; y cuando sea necesario la atención médica, consulta, diagnóstico u hospitalización en un centro hospitalario, previa opinión médica.

En ese sentido, es el INPE, en su condición de garante, el encargado de suministrar los servicios esenciales para preservar la salud del interno. Por tanto, la presente resolución debe ser comunicada al Instituto Nacional Penitenciario, instando a las autoridades penitenciarias competentes para que ejecuten las acciones necesarias con la finalidad de preservar la vida y la salud del sentenciado.

64. En lo atinente a la reparación civil, el recurrente no ha expresado argumentación para cuestionar el monto indemnizatorio. Sin perjuicio de ello, según el Certificado Médico Legal N.º 4708-L, del tres de julio de dos mil ocho, se concluyó que la agraviada presentaba lesiones ocasionadas por agente contuso y contundente duro, TEC moderado, por lo que se determinó quince días de incapacidad médico legal. Se dejó constancia de posibilidad de reevaluación según evolución. Por tal motivo, mediante Certificado Médico Legal N.º 5150-PF-AR, del veintidós de julio de dos mil ocho, se decidió ampliar la incapacidad médico legal a treinta y cinco de días. Es más, por Certificado Médico Legal N.º 8362-PF-HC, se concluyó que las lesiones proferidas a la víctima constituyen deformación de rostro. Esta conclusión fue ratificada por el médico legista Ángel Frank Maydana Iturriaga, en la sesión de audiencia de juicio oral, del treinta de diciembre de dos mil diecinueve. Por lo tanto, el monto pecuniario de quince mil soles resulta proporcional con la intensidad del daño causado.

RESPECTO AL RECURSO DE NULIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

65. Es importante resaltar que el recurso de nulidad planteado por el titular de la acción penal solo cuestiona el punto resolutivo número sexto de la sentencia impugnada, vinculado a la decisión de absolver a los imputados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi Trujillo, de la acusación fiscal como presuntos coautores de la comisión del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores. En tal virtud, este Supremo Tribunal tiene delimitado su ámbito de pronunciamiento solo en cuanto al hecho relacionado con la citada agraviada.

En ese orden de ideas, corresponde analizar si la decisión de la Sala Superior es ratificada o si, por el contrario, se amparan los reclamos del titular de la acción penal.

66. Ahora bien, en principio es necesario destacar que, en el primer punto resolutivo de la sentencia impugnada, la Sala Superior decidió desvincularse de la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Público, respecto del tipo penal de homicidio calificado en grado de tentativa, por el delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores y Juan Arpasi Zambrano, y

por el delito de lesiones leves en agravio de Tomasa Graciela Zambrano Rojas.

67. Este extremo resolutivo de la sentencia no ha sido materia de impugnación por ninguna de las partes recurrentes. El representante del Ministerio Público solo recurrió, expresamente, el sexto punto de la parte decisoria, vinculado a la absolución de Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi Trujillo, de la acusación fiscal como presuntos coautores de la comisión del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores. Entonces, el reclamo señalado en el apartado 4.2 de la presente ejecutoria suprema no guarda correspondencia con su pretensión recursal. Por lo demás, el impugnante se ha limitado a señalar que la desvinculación procesal no está acorde con la gravedad de los hechos y que no se ha merituado de forma debida, sin justificar las razones de su afirmación. La formulación del agravio es vaga, genérica, tangencial e incongruente con su pretensión impugnatoria. El reclamo no puede prosperar.

68. Es más, el suceso global fáctico de imputación está referido a que se pretendió matar a Dora Cruz Flores, Juan Arpasi Zambrano y Tomasa Graciela Zambrano Rojas. Sin embargo, la Sala Superior también se desvinculó respecto a la atribución de responsabilidad en cuanto a los dos últimos agraviados, del delito de homicidio calificado en grado de tentativa, a lesiones graves y lesiones leves, respectivamente. Si el Ministerio Público consideró que la desvinculación procesal fue errónea, evidentemente debió impugnar todos los extremos resolutivos en los que se haya decidido tal situación.

69. De otro lado, el titular de la acción penal sostiene que la Sala de Mérito omitió pronunciarse sobre la tesis de defensa de los absueltos, respecto a que se encontraban en Bolivia y que llegaron aproximadamente a las siete de la mañana. Si bien el Tribunal Superior no se pronunció sobre ello, también es cierto que razonó que al no existir sindicación que establezca su participación, y que además la imputación en su contra no consistió en que estos habrían ingresado al inmueble, no era necesario analizar la tesis de descargo. Entonces, corresponde verificar si este razonamiento se validó.

70. La imputación fiscal en contra de los procesados absueltos, a diferencia de la acusación contra Jesús Benavides Mazuelos, es que los primeros concertaron para la comisión de los hechos atribuidos. Es decir, no atribuyó actuación material en el suceso criminal sino tan solo concertación. Ello se sostiene en que los procesados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo habrían descargado arena en el frontis del inmueble el mismo día de los hechos, con la finalidad de realizar construcciones.

71. Al respecto, su presencia durante el descargo de dicho material de construcción ha sido reconocida por ambos imputados, lo que además se corrobora con la declaración preliminar de Tomasa Graciela Zambrano Rojas. Por su parte, los testigos Juana Irene Arpasi Zambrano y Julio Sairitupa Curasi no declararon que hayan visto a los imputados en el momento en que se ocasionaron las lesiones; mientras que la testigo Lady Lidcy Aguilar Arpasi señaló que al momento de salir (del inmueble) vio a la “señora Celia porque la pegó”. Conforme con estas declaraciones, ninguno de estos testigos señaló haber visto a los imputados dentro del inmueble.

72. Fueron los agraviados Dora Cruz Flores y Juan Arpasi Zambrano quienes declararon haber visto a los imputados dentro del inmueble. El último de los mencionados, en su preventiva²¹, sostuvo que reconoció a sus agresores como “Jesús Edgardo Benavides Mazuelos, Gilberto Trujillo Yupanqui, Celia Dominga Huarachi de Trujillo y otros en un número de cincuenta personas”. En juicio oral reiteró que dichos acusados ingresaron al inmueble junto a un grupo de personas.

73. Por su parte, la agraviada Dora Cruz Flores, en su preventiva, declaró expresamente que: “Las lesiones ocasionadas a nivel de la rodilla de la pierna del lado izquierdo [...] es la denunciada Celia Huarachi de Trujillo”. En los debates orales reiteró que ambos procesados ingresaron al inmueble y añadió que peleó con Gilberto Trujillo Yupanqui. Nótese que la sindicación es directa y, sin embargo, ello no revelaría autoría intelectual, sino, por el contrario, que la acusada Celia Huarachi habría estado dentro del inmueble y le habría ocasionado las lesiones personalmente. Ello no guarda correspondencia con el *factum* de imputación propuesto por el representante del Ministerio Público, por lo que dar por acreditado este hecho vulneraría el principio de correlación entre acusación y sentencia. Adicionado a ello, tampoco existe claridad en la participación o no de los acusados absueltos en los hechos materia de este proceso.

74. Entonces, no existe suficiencia probatoria que permita acreditar que los imputados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Huarachi de Trujillo hayan concertado para lesionar gravemente a la agraviada Dora Cruz Flores. El principio de presunción de inocencia que les asiste se mantiene incólume, en estricto respeto al objeto de prueba precisado en la acusación fiscal. Dar por acreditados hechos que no fueron propuestos por el titular de la acción penal, sería una clara transgresión al derecho de defensa y debido proceso. La absolución debe ser ratificada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

²¹ Cfr. página 317.

- I. Declarar **INFUNDADA** la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de la acción penal seguida en contra de Jesús Edgardo Benavides Mazuelos, por la comisión del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores.

- II. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil veinte, emitida por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de la Corte Superior de Justicia de Puno, en los extremos que:
 - i. Condenó a JESÚS EDGARDO BENAVIDES MAZUELOS como autor del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores, a cuatro años de pena privativa de la libertad, con carácter de efectiva, y fijó en quince mil soles el monto que, por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la parte agraviada.
 - ii. Absolvió a los procesados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo, como autores de la comisión del delito de lesiones graves, en perjuicio de Dora Cruz Flores.

- III. **MANDAR** que se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los imputados Gilberto Trujillo Yupanqui y Celia Dominga Huarachi de Trujillo, generados como consecuencia de la tramitación de la presente causa; y, posteriormente, se archive el proceso en forma definitiva, y los devolvieron.

- IV. **DISPONER** que la presente resolución se ponga en conocimiento del Instituto Nacional Penitenciario, exhortando a las autoridades penitenciarias competentes para que den cumplimiento a lo resuelto en la presente Ejecutoria Suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones del juez supremo Salas Arenas.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

BERMEJO RÍOS

PH/ersp