

El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones

Ad honorem
Aura E. Guerra de Villalaz

Directores

Eugenio Raúl Zaffaroni
Digna M. Atencio Bonilla
Gustavo A. Arocena
Sergio J. Cuarezma Terán
Manuel Vidaurri Aréchiga



El Derecho Penal Latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones

Ad honorem

Aura E. Guerra de Villalaz

Directores

Eugenio Raúl Zaffaroni
Digna M. Atencio Bonilla
Gustavo A. Arocena
Sergio J. Cuarezma Terán
Manuel Vidaurri Aréchiga

Coordinador

Diego Cuarezma Zapata



Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector Fundador Emérito

Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Rector

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General

Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico

Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autores	:	Varios
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Bietsy González Betancourt

ISBN: 978-99924-21-51-2

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2022

El INEJ es una institución de educación superior, que contribuye al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y de la región, a través de la investigación científica y los estudios de educación continua y estudios de postgrados. Está inscrito en el Consejo Nacional de Universidades (CNU), registrado y acreditado por el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación (CNEA) de Nicaragua; y creado por la Ley No 604/2006, aprobada el 26 de octubre 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 229, del día 24 de noviembre 2006, República de Nicaragua.

www.inej.net
info@inej.net

Impreso en Colombia
por Editora Novo Art, S. A.

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	7
DIGNA M. ATENCIO BONILLA	
<i>El delito de blanqueo de capitales o lavado de activos y la delincuencia organizada</i>	11
AURA E. GUERRA DE VILLALAZ	
<i>La persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal</i>	27
DIGNA M. ATENCIO BONILLA	
<i>Corrupción de funcionarios públicos, responsabilidad penal de la empresa y criminal compliance, en el marco de la ley argentina 27.401</i>	39
GUSTAVO A. AROCENA	
<i>La guerra en Ucrania y el Derecho penal internacional: El papel de la Corte Penal Internacional</i>	61
KAI AMBOS	
<i>Comentarios sobre las causas de extinción de la responsabilidad criminal y la cancelación de los antecedentes penales en el nuevo Código penal hondureño</i>	83
CARLOS DAVID CÁLIX VALLECILLO	
<i>Comisión por omisión y cláusula general. ¿Hemos entendido bien el problema?</i>	109
ALEJANDRO RODOLFO CILLERUELO	
<i>Sobre la delincuencia organizada</i>	125
LUIS MARIO CARRASCO MANDEVILLE	
<i>¿Casualismo, finalismo o funcionalismo en el Código penal de la República de Panamá?</i>	141
FRANCISCO GALVÁN GONZÁLEZ	
<i>Las medidas de seguridad en Nicaragua</i>	157
SILVIO ANTONIO GRIJALVA SILVA	

<i>Femicidio, estudio regional. Una aproximación estadística</i>	167
KATHERINE M. GUTIÉRREZ OLIVARES	
<i>Aportes para el análisis del poder judicial en la actualidad</i>	181
MARIO A. HOUED VEGA	
<i>Un sistema garantista penitenciario español: modelo a seguir por países iberoamericanos, particularmente, México</i>	197
JOSÉ ZARAGOZA HUERTA / IDALIA PATRICIA ESPINOSA LEAL	
<i>Comiso, extinción de dominio y constitución</i>	217
MARTÍN ALEXANDER MARTÍNEZ OSORIO	
<i>Presente y futuro en la solución de los conflictos penales</i>	247
CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ	
<i>Política criminal de la intolerancia</i>	273
JOSE LUIS ELOY MORALES BRAND	
<i>La suspensión del proceso a prueba y la mediación penal como métodos para resolver conflictos de violencia de género. Reflexiones del tema en Argentina y México</i>	289
PAOLA DE LA ROSA RODRÍGUEZ / AGUSTÍN ALEJANDRO LOBO	
<i>Autoría e intervención delictiva: cuatro ideas nucleares contrastadas desde el Derecho penal de Panamá y Perú</i>	307
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO	
<i>Bases fundamentales del dominio funcional del hecho y su tratamiento jurisprudencial en México</i>	321
ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ	
<i>Ensayo breve sobre la acción legislativa y el Derecho penal</i>	339
MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA	
<i>La justicia penal de adolescente en Centroamérica: mitos y realidades</i>	355
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN / DIEGO CUAREZMA ZAPATA	

PRÓLOGO

Este libro homenaje es para consagrar la trayectoria profesional y académica, de más de cincuenta años, de quien ha servido con nobleza y desinterés a nuestra nación y región como abogada, docente, investigadora del Derecho, en el ejercicio de la judicatura y la práctica privada, la profesora y maestra Aura E. Guerra de Villalaz, quien desborda con creces los méritos y atributos que la hacen ser considerada como la académica y jurisperita panameña de mayor autoridad para los miles de estudiantes y profesionales, que, hasta hoy, ha formado a lo largo de su vida.

Y es que, al hablar de la Maestra de todos, como cariñosamente decimos quienes tuvimos la fortuna de ser sus estudiantes en licenciatura o maestrías, es hacer referencia a una institución y pilar en el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho de Panamá.

Indagando un poco sobre quién es nuestra homenajeada, brevemente podemos expresar que es oriunda de Santo de Bugaba, Provincia de Chiriquí de la República de Panamá. Nacida en el seno de una familia de educadores, cursó sus estudios secundarios en la Escuela Normal Juan Demóstenes Arosemena en Santiago de Veraguas, donde se graduó de maestra de Segunda Enseñanza. Al terminar sus estudios, obtuvo una beca por la Universidad de Panamá, donde se graduó con el título de Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, además de ser galardonada con la mención de Honor *Sigma Lambda*.

Posteriormente, continuó su formación jurídica con un postgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México, especializándose en Ciencias Penales e hizo una Maestría en Derecho y estudios de doctorado. Para esa época ya tenía cuatro hijos, y gracias al apoyo de su esposo, el ingeniero Rogelio Villalaz Saucedo (q.e.p.d.), quien se encargó del cuidado de sus hijos en Panamá, logró culminar sus estudios.

En el ejercicio de la docencia, fue profesora titular de Derecho Penal a nivel de licenciatura y profesora de la Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales en la Universidad de Panamá; Profesora de Derecho Penal, parte general y parte especial, así como de las Maestrías en Derechos Humanos y Derecho procesal penal en la Universidad Santa María La Antigua. También sirvió como docente en la Maestría de Derecho procesal de la Universidad Latina sede central y Chiriquí, y en la

Maestría en Derecho procesal penal en la Universidad Autónoma de Chiriquí, Provincia de Chiriquí, Panamá.

Su labor, como investigadora, se remonta al año 1955 cuando trabajó en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, Centro del cual fue Directora durante casi diez años. Es autora de más de 30 trabajos de investigación y ha dictado numerosos seminarios y conferencias, tanto en Panamá como en el extranjero.

Entre sus publicaciones pueden mencionarse: “Blanqueo de capitales”; “Clara González de Behringer: Jurista y política”; “¿La administración de justicia penal en Panamá es expeditiva?”; “La condición jurídica de la mujer panameña”; “La justicia penal durante la década del noventa”; “Lecciones de Derecho penal: Parte especial”; “Análisis del libro segundo del Código Penal”; “De los delitos” (primera parte); “Violencia visible e invisible contra la mujer”; “El delito de aborto provocado, un enfoque sociojurídico”; “La codificación penal en Panamá”; “Comentarios al Código Penal compilado por José Martín Moreno Pujol y Rina Mizrachi Lalo”. En conjunto con otros autores publicó: “Ley penitenciaria”; “Estudios sociales: Realidades de la sociedad panameña”; con Jorge Fábrega Ponce: “Casación y Revisión”; en colaboración con Campo Elías Muñoz Rubio: “Aborto”; “Curso de Derecho penal general: Teoría del delito”; “Curso de Derecho penal general: Teoría de la pena y medidas de seguridad”; “Derecho penal panameño: Parte general”; “Derecho penal panameño”; “Observaciones al anteproyecto de Código Penal elaborado por el doctor Aristides Royo”, por mencionar los más destacados.

Sobre su desempeño en el Órgano Judicial, ocupó diversos cargos: Juez Séptima de Circuito, Ramo Penal; Juez Cuarta de Circuito, Ramo Civil; Relatora de la Corte Suprema de Justicia, Secretaría de la Sala Segunda de lo Penal y Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, siendo la Presidenta de la Sala Segunda de lo Penal. En la Escuela Judicial fue docente en los cursos de actualización en Ciencias Penales y de inducción en ética de la abogacía a los nuevos abogados.

Por otra parte, es socia y fundadora de la Firma Forense Villalaz y Asociados, en la cual continúa laborando en la actualidad ejerciendo la práctica privada. Fue Presidenta encargada del Colegio Nacional de Abogados, Miembro de la Comisión Codificadora del Código de la Familia y de la Comisión Revisora del Código Penal.

Se le han dado los siguientes reconocimientos la Medalla Clara González de Behringer, Reconocimiento como egresada Destacada por la Universidad de Panamá, Mujer Distinguida Universidad Santa María la Anti-

gua, Valores ciudadanos, Miembro de la Comisión Presidencial para combatir la Corrupción, Medalla al Mérito Ricardo J. Alfaro del Colegio Nacional de Abogados, Cien Mujeres Destacadas en el Centenario de la República de Panamá, 2003, Medalla Justo Arosemena en el Año del Bicentenario del Natalicio de Don Justo Arosemena, otorgado por la Asamblea Nacional, entre otros.

A nivel Internacional, se destacó como Representante Latinoamericana en el Comité de Prevención del Delito, ECOSOC, Naciones Unidas, Juez Ad-Litem del Tribunal Penal Internacional para los Crímenes de Genocidio en Rwanda por la ONU. 2003 –2008 (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas) y Representante de América Latina en la Comisión Revisora de las Normas Mínimas para el Tratamiento de los detenidos y reclusos de las Naciones Unidas 2007-2009.

Y fue en 1995, hace 27 años, que al participar como experta del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), en la presentación del inicio de la investigación *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez* (publicada en 1996) que se realizó en Quetzaltenango, Guatemala, con el auspicio de la Comunidad Económica Europea, reflexiona junto al grupo de expertos, en donde destacaban, Eugenio Raúl Zaffaroni, Elías Carranza, Mario A. Houed Vega y Sergio J. Cuarezma Terán, la necesidad de crear en América Latina un espacio en común para llevar a cabo investigaciones y formar a especialistas a través de programas de Educación Continua (congresos, jornadas científicas, conferencias, cursos de actualización, cursos de formación profesional, diplomados), y Posgrados (especialidades, maestrías y doctorados) con una inversión económica que hiciera accesible el conocimiento a todos los sectores de la comunidad jurídica latinoamericana. Todo esto con el fin de propiciar una educación de primer nivel, superando fronteras territoriales, y generando cuadros de pensamientos para el debate de ideas sobre temas y realidades propias de la región, permitiendo desarrollar acciones de transformación en nuestras sociedades. De esta reflexión nace la iniciativa de la fundación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) con sede en Nicaragua –que hasta el día de hoy continúa cumpliendo con esta visión y misión– del cual la profesora Aura E. Guerra de Villalaz es Miembro Fundadora.

Como se ha dejado ampliamente expuesto, la profesora Aura E. Guerra de Villalaz es una referente en Panamá y América Latina, como docente ha contribuido a la formación de varias generaciones de profesionales del Derecho, tanto en la educación de pregrado como en estudios de posgrados, siempre preocupada por el acontecer nacional e internacional, en

ser parte de las propuestas para la prevención del delito, el fortalecimiento de los Derechos Humanos y el Estado Democrático de Derecho, aspectos que fueron valorados para este reconocimiento bajo la coordinación científica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Gustavo Alberto Arocena, Sergio J. Cuarezma Terán, Manuel Vidaurri Aréchiga y quien suscribe estas líneas, en compañía de los distinguidos académicos Agustín Alejandro Lobo, Alejandro Rodolfo Cilleruelo, Alfredo René Uribe Manríquez, Carlos Alberto Mejías Rodríguez, Carlos David Cáliz Vallecillo, Diego Cuarezma Zapata, Fernando E. Sicilia, Francisco Galván González, Idalia Patricia Espinosa Leal, José Luis Eloy Morales Brand, José Zaragoza Huerta, Kai Ambos, Katherine Melisa Gutiérrez Olivares, Luis Mario Carrasco M., Luis Miguel Reyna Alfaro, Mario A. Houed Vega, Martín Alexander Martínez Osorio, Paola de la Rosa Rodríguez y Silvio A. Grijalva Silva, que aportaron sus trabajos de investigación como parte de esta obra colectiva “El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones”, bajo el auspicio del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), por fineza de su Director Douglas Durán Chavarría.

Digna M. Atencio Bonilla

Profesora e Investigadora de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

Ciudad de Panamá, 10 de diciembre de 2022

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS O LAVADO DE ACTIVOS Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Aura E. Guerra de Villalaz¹

SUMARIO. I. Antecedentes Legislativos. II. Estructura del tipo básico de blanqueo de capitales. ¿Qué dice la doctrina penal sobre el Blanqueo de Capitales? III. El delito previo. IV. Otros comentarios. V. Tipos calificados. VI. Medidas de prevención. VII. La delincuencia organizada. VIII. Jurisprudencia. 8.1 Definición del blanqueo de capitales. 8.2 El Delito de Blanqueo de Capitales exige la concurrencia de tres elementos. 8.3 El Delito de Blanqueo de Capitales es una conducta autónoma. 8.4 Requisitos para la materialización de la Asociación Ilícita. 8.5 Diferencia entre delito Aduanero y el de Blanqueo de Capitales. 8.6 Otras formas de materialización del tipo penal de Blanqueo de Capitales. 8.7 Principio de unidad de la prueba. 8.8 Diferencia entre el delito de Blanqueo de Capitales y el delito Aduanero. Bibliografía.

En la doctrina jurídico-penal aparecen variadas definiciones sobre el delito de blanqueo de capitales, o lavado de activos, entre los que cabe mencionar los siguientes: “Es el ocultamiento de dinero y activos financieros, para ser usados sin que se detecte la actividad ilegal que los produce u origina”. “Es el procesamiento de ingresos delictivos, a fin de encubrir su origen ilegal” (GAFI) “Lavado de activos no es más que intentar ocultar o disfrazar la verdadera fuente o propiedad de dineros ilícitamente devengados”.²

1 Ex Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

I. Antecedentes Legislativos

En la legislación penal panameña se pueden considerar como antecedentes legislativos de este hecho punible, las figuras delictivas de “protección de malhechores” y “el aprovechamiento de cosas provenientes del delito”, según su denominación en el Código Penal de 1922. Luego, en el Código Penal de 1982 se le asigna a esos mismos hechos punibles las denominaciones de encubrimiento y aprovechamiento de cosas provenientes del delito. En el Código del 22 se les ubicaba como delitos que afectaban el bien jurídico de la propiedad y en el de 1982 se les consideró como delitos que lesionaban el bien jurídico de la Administración de Justicia.

Sin embargo, el delito de blanqueo de capitales con las características que le son propias, aparece por primera vez con la ley N°23 de 30 de diciembre de 1986, que reforma el Código Penal de 1982 en materia de drogas, normas que a su vez fueron ampliadas en cuanto al tipo y la punibilidad en 1994.

Durante el año 2000 se suscitaron a nivel internacional presiones y amenazas de grupos financieros (GAFI, G-7, CICAD) en el sentido de incluir a nuestro país en las llamadas listas negras, al considerar su débil cooperación con los compromisos mundiales para combatir el blanqueo de activos y el narcotráfico. Bajo esa presión, se elaboró la ley 41 del 3 de octubre de 2000, que adicionó el Título XII sobre delitos contra la Economía Nacional, con cinco artículos, los cuales describían las acciones que se erigen en delitos de blanqueo de capitales.

En el nuevo Código Penal, aprobado por ley 14 de 18 de mayo de 2007, a este delito se le ubica entre los delitos contra el orden económico, mantiene los tipos penales y adiciona un nuevo artículo referido a las transacciones que se realizan en o desde la República de Panamá.

Sin embargo, se registran variantes en cuanto a la acción dolosa y a la sanción penal, así, el antiguo artículo 389 utilizaba la frase “a sabiendas de que proceden de actividades relacionadas con el tráfico de drogas y otros delitos”, mientras en el nuevo Código Penal el artículo 254 se refiere a “previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con”...³

En cuanto a la sanción penal, el Código derogado establecía una pena copulativa de 5 a 12 años de prisión y de 100 a 200 días multa y la legisla-

3 Código Penal de 2007. Panamá. Editorial Mizrachi y Pujol. Ob. Cit. Pág. 55.

ción actual establece una pena única de 5 a 12 años de prisión, eliminando así la pena pecuniaria.

En nuestro país, en el Código de 2007, el blanqueo está tipificado en sentido estricto, ya que solo alcanza la categoría de delito cuando “los dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros proceden de actividades relacionadas con el soborno internacional, los delitos contra el Derecho de Autor y Derechos Conexos, contra los Derechos de la Propiedad Industrial o contra la Humanidad, tráfico de drogas, asociación ilícita, estafa calificada, delitos financieros, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, homicidio por precio o recompensa, delitos contra el ambiente, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento ilícito, actos de terrorismo, financiamiento de terrorismo, pornografía, y corrupción de personas menores de edad, trata y explotación sexual comercial, robo o tráfico internacional de vehículos”.⁴

La nueva legislación penal – Ley N° 14 de 18 de mayo de 2007 – que entró en vigencia en mayo de 2008, ubica el blanqueo de capitales como delito que lesiona el bien jurídico del orden económico y su descripción típica ya fue transcrita en párrafos anteriores.

II. Estructura del tipo básico de blanqueo de capitales

- a) **El sujeto activo:** Lo describe el artículo 254 del Código Penal, el cual no exige calidad, ni número, por lo tanto, se trata de un sujeto común, pero en la práctica cabe tomar en cuenta que este delito se detecta con mayor frecuencia en la delincuencia internacional organizada.
- b) **El sujeto pasivo:** Está representado por el titular del bien jurídico tutelado, que en este caso lo es el Estado y los agentes económicos, que reúnan las características de sujeto diferenciado y propio.
- c) **El verbo rector:** En la descripción del hecho punible se advierte un exagerado casuismo con relación a la acción idónea que genera el hecho punible, al igual que en la enumeración de los delitos precedentes. Como verbos rectores se mencionan las conductas desvaloradas de recibir, depositar, negociar, transferir, las cuales son acciones dolosas por comisión, que requieren de un hacer positivo y violan un precepto prohibitivo.

4 Código Penal de 2007. Ob. Cit. Pág. 55.

- d) **El Bien Jurídico:** Según autores contemporáneos como Pabón Parra, consideran que el orden económico “es un bien jurídico supraindividual, que afecta e importa a la sociedad entera, entendida como la base de una organización institucional. El común denominador de las conductas descritas, es la afectación de las relaciones económicas en todo el cuerpo social.”⁵
- e) **El Objeto Material:** o ente corpóreo sobre el que recae la acción delictiva, en el artículo en comento se enumeran: el dinero, títulos, valores, bienes y otros recursos financieros, con la particularidad que deben provenir de determinados hechos punibles enumerados en la ley.
- f) **Referencias:** La norma enfatiza el conocimiento de la procedencia ilícita de los recursos financieros y enumera veinticinco (25) hechos punibles que operan como delitos previos, dado el carácter restringido del blanqueo de capitales en nuestro país. Se trata de una referencia de modo que confirma el dolo y el grado de culpabilidad al utilizar las acciones financieras para realizar conductas ilícitas o como medio de legitimación.
- g) **Punibilidad:** La amenaza de pena o reacción punitiva del Estado que establece la ley penal, es una pena única. Se trata de una pena principal, privativa de libertad, que consiste en prisión, en un intervalo penal de cinco (5) a doce (12) años.

El Código Penal de 2007 varía la descripción típica del blanqueo de capitales y amplía a 26 los delitos previos o precedentes, de los cuales debe darse la procedencia de los dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros. Se mantiene el quantum de la pena privativa de libertad, pero elimina la sanción pecuniaria prevista en el Código de 1982.

¿Qué dice la doctrina penal sobre el Blanqueo de Capitales?

Aunque ya nos referimos inicialmente al aspecto conceptual de este hecho punible es relevante clarificar el concepto jurídico penal a la luz de lo que opina la comunidad científica internacional. Veamos: El delito en cuestión tiene una conducta típica compuesta por diversos verbos rectores, pues castiga al que reciba, deposite, negocie, convierta o transfiera dinero, títulos valores, bienes u otros recursos financieros a sabiendas que proceden de algunos de los delitos que ese mismo artículo menciona, siempre que ello se haga con la finalidad de ocultar o encubrir las consecuencias jurí-

5 Pabón Parra, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial. Bogotá, Colombia y Ediciones Jurídicas Doctrina y Ley Ltda. 2005. Págs. 1071-1074.

dicas de tales delitos. En cuanto al tipo subjetivo, se afirma que: El delito de blanqueo de capitales requiere la existencia de dolo en el sujeto activo; por lo que es impune el comportamiento a título de culpa.

No basta que el sujeto tenga conocimiento del origen o procedencia de los bienes, pues además se requiere comprobar que las diversas conductas que puedan ejecutarse, se produzcan con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de tales delitos.

“Deben excluirse del ámbito de la tipicidad aquellas conductas consistentes en el nuevo disfrute del beneficio ilícito o su simple transformación en bienes de consumo que aprovecha directamente el autor o partícipe de un delito previo, en tales casos no habrá puesta en peligro del bien jurídico”.⁶

La doctrina rechaza la derivación ilimitada de los bienes originarios de modo que todos los que entren en relación con ellos sean considerados también de procedencia ilícita.

Stephan Barton considera que la prescripción del delito previo del que provienen los bienes ocasiona la ruptura del nexo entre el bien y su ilícito origen, descontaminándolo. Transcurrido el plazo de prescripción desaparecen las consecuencias penales de la acción, de modo que es lógico entender que también desaparecerá la característica de proveniencia ilícita de los bienes.

Según Aranguéz Sánchez “si la prescripción del delito extingue la responsabilidad criminal, resulta acertado pensar que el bien proveniente del delito deja en tal caso de ser idóneo para un delito de blanqueo, ya que, aunque no existe una relación de jerarquía entre el delito previo y el delito de blanqueo, no se puede olvidar que la necesidad de blanquear un bien depende de su proveniencia ilícita.

Por las mismas razones, la despenalización del hecho previo supone la inmediata descontaminación de los bienes procedentes en ese delito, de tal manera que pierden su aptitud para ser objeto de blanqueo.

El Blanqueo de Capitales tiene una específica **lesividad** con especial significación socio-económica.

En la doctrina al Blanqueo de Capitales se le considera como un delito pluriofensivo, Vives Antón entre ellos, considera que este delito compro-

6 Aranguéz Sánchez, Carlos “El Delito de Blanqueo de Capitales”, Madrid, 2000.

mete el orden socioeconómico al dificultar la transferencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial y por su naturaleza encubridora también lesiona la Administración de Justicia”.⁷

III. El delito previo

El primer componente del fenómeno del lavado de dinero es una actividad ilícita, capaz de generar un ingreso para el delincuente. La motivación principal de la mayoría de las conductas delictivas es la obtención de un beneficio de carácter económico. El tráfico de drogas o el de armas, entre otros, generan enormes cantidades de dinero y activos, entre los cuales podemos encontrar bienes inmuebles, obras de arte, oro, etc. La obtención de estos bienes, en conjunto con los actos ilícitos que los generan, es el detonante del proceso de lavado de dinero, ya que de no existir un delito previo del que resulte una ganancia para el criminal, dicho proceso no puede iniciarse. Es decir, el dinero que se lava debe provenir de una actividad tipificada como delito.⁸

IV. Otros comentarios

Algunos autores para desvincular las fases posteriores propias del Blanqueo de Capitales y sustentar su autonomía, tal como ocurre con fallos de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, que aluden el principio de accesoriedad mínima, que basta para vincular las acciones o conductas de los partícipes (llámese cómplices primarios, secundarios o instigadores) al delito realizado por el autor, en los casos de participación criminal o codelinuencia. Como es sabido, tal principio lejos de sustentar la autonomía del Blanqueo de Capitales es demostrativo de su carácter accesorio al delito previo. Esto permite aclarar que a la luz de la normativa penal de 2007, el tipo penal que describe el Blanqueo de Capitales, establece como presupuestos sine qua non de este hecho punible, los siguientes:

1. La realización de conductas dolosas idóneas de recibir, depositar, negociar, convertir o transferir.
2. Que esas conductas recaigan sobre dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros.

7 Pedro Zamora Sánchez, Marco Jurídico del lavado de dinero, México, 1999.

8 Aranguez Sánchez, Carlos “El Delito de Blanqueo de Capitales”, Madrid, 2000.

3. Que tales bienes procedan de alguno de los delitos taxativamente enumerados por el artículo 254 del Código Penal vigente.
4. Que tales acciones mencionadas en el punto 1, se realicen con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de tales delitos.
5. Que el sujeto activo conozca previa y razonablemente el origen o procedencia de los bienes.

V. Tipos calificados

El capítulo IV del título VII del Código Penal vigente incluye cuatro artículos adicionales, que en su orden se refieren a los siguientes temas:

Artículo 255: Se ocupa de la cooperación, auxilio o encubrimiento a quien o quienes han realizado el hecho delictivo anterior, o quien realice transacciones o preste ayuda para asegurar los beneficios o de manera personal o por interpuesta persona suministre información falsa para la apertura de cuentas bancarias o para realizar transacciones con recursos financieros. La punibilidad es similar a la prevista en el artículo 254.

Artículo 256: Esta norma erige en blanqueo de activos el hecho de recibir dineros de ilícita procedencia para el financiamiento de campañas políticas o de cualquier naturaleza.

Artículo 257: Describe como blanqueo de capitales la autorización o permisión de este delito por quienes se valgan de su función, empleo, oficio o profesión, para otorgar o permitir el delito del blanqueo de capitales.

Artículo 258: Esta norma califica la autoría al señalar como sujeto activo al servidor público que en ejercicio de sus funciones realice las conductas típicas del delito contra el orden económico interno.

Artículo 259: Este artículo, para los efectos de la validez de la ley penal en el territorio o lugar, considera las transacciones que se llevan a cabo en o desde la República de Panamá, ya se trate de acciones, cheques, bonos, giros, tarjetas de crédito, visas o cualquier otro título valor, siempre que el importe de

dichas transacciones se reciba en nuestro país, a través de dinero, especie o títulos que lo represente.⁹

VI. Medidas de prevención

A través del Decreto Ejecutivo N°363 de 13 de agosto de 2015 se expidió el reglamento que adopta las medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Este instrumento jurídico define con mayor precisión el sentido y alcance de los términos que se utilizan en la ley 23 de 27 de abril de 2015.

Entre los temas que aborda este Decreto Ejecutivo, cabe destacar la distinción de los sujetos obligados financieros, los sujetos obligados no financieros y los profesionales que realicen actividades sujetas a supervisión como son, las medidas de debida diligencia, el perfil financiero y el perfil transaccional. También se distinguen las medidas básicas de debida diligencia en caso de persona natural, de las aplicadas a las personas jurídicas, al igual que la identificación y verificación del beneficiario final.

A nivel nacional se han hecho otros esfuerzos para combatir el delito de blanqueo de capitales y con ese propósito se han creado varias Fiscalías especializadas en la estructura del Ministerio Público para atender este tipo de hechos punibles, con la denominación genérica de delitos contra la delincuencia organizada. En la actualidad se investigan casos de alto perfil con trascendencia internacional.

VII. La delincuencia organizada

Si bien nos hemos ocupado del delito de blanqueo de capitales que forma parte de los delitos contra el orden económico que afecta a la sociedad y a las relaciones económicas de todo el cuerpo social, incluyendo la libertad de empresa y la función social de la propiedad, el tema de la delincuencia organizada reviste extrema importancia, por cuanto exige la suma de todas las formas de control social y hasta la asistencia a nivel internacional, en virtud de que frente a este tipo de organizaciones de índole delictual se caracterizan porque estos grupos no se detienen ante la autoridad o territorio.

9 Código Penal de 2007. Panamá. Editorial Jurídica Pujol, 2019. Págs. 479.

Panamá a través de la ley 23 de 27 de abril de 2015, adoptó medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Previamente, a través de la ley 121 de 31 de enero de 2013 con un articulado amplio y basado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, incluye normas adjetivas sobre las técnicas especiales de investigación, como son las operaciones encubiertas para obtener información o evidencias que faciliten investigar y procesar a las personas que forman parte de los grupos delictivos organizados, también se autoriza a la luz de la ley, que el Fiscal encargado de la investigación puede ordenar la vigilancia y seguimiento de personas, grupos, organizaciones y vehículos a fin de verificar los hechos, detalles, situaciones o comportamientos vinculados a la investigación a cargo del Ministerio Público.

En materia de delincuencia organizada esta ley permite la entrega vigilada, con el conocimiento y supervisión de las autoridades competentes, las entregas vigiladas de remesas de drogas ilícitas, precursores o sustancias ilícitas, dinero, armas y otros elementos ilícitos o sospechosos de contenerlos, bienes materiales especies o efectos ilícitos, ya sea en posesión o con destino a personas o grupos u organizaciones criminales.

También regula las compras controladas de sustancias ilícitas, armas o cualquier objeto, o especies que se presuman de carácter ilícito. La ley prevé que estos actos de investigación deben ser ordenados por un agente del Ministerio Público, quien puede disponer el uso de filmaciones, fotografías y hasta ordenar las compras de objetos ilícitos y el uso de los dineros marcados. Estas decisiones de la Fiscalía se someterán al control del Juez de Garantías.

Previo cumplimiento de las disposiciones procesales, tanto el Juez de Garantías, como el Magistrado Sustanciador de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pueden autorizar la interceptación o incautación de comunicaciones de cualquier medio tecnológico o la incautación de correspondencia ya sea epistolar, cablegráfica, telegráfica y cualesquiera otros documentos de índole privada.

En esta ley que comentamos, se prevé que tanto las personas y entidades públicas que, como las privadas, están obligadas a prestar su colaboración a las autoridades en la fase de investigación, de los casos de delincuencia organizada. Tratándose de esta materia la ley prevé medidas de protección a los testigos que garanticen su seguridad y la de su familia, también

se crea un Fondo para la Asistencia y Atención de Víctimas de Delincuencia Organizada (Ver artículo 29 de la ley 121 de 31 de diciembre de 2013).

Dada la especificidad de la materia tratada a grandes rasgos, es importante anotar que, para la investigación de la delincuencia organizada, así como en los casos de delincuencia compleja, es imprescindible contar con unidades especializadas en los procesos de investigación y persecución de delitos cometidos por grupos delictivos organizados.

La necesidad de la cooperación jurídica penal en los casos de delincuencia organizada, debe regirse por Convenios Bilaterales o Multilaterales con los Estados que así lo consideren o a falta de tales Convenios internacionales, por el principio de reciprocidad.

Nuestro país, dado su privilegio estratégico geográfico y su canal interoceánico, con más de una centuria prestando servicio de tránsito de embarcaciones de la mayoría de los países del mundo, está moral y políticamente obligado a “prestar la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones referentes a los delitos de delincuencia organizada, terrorismo y financiamiento del terrorismo cuando es requerido por otro Estado de conformidad con los Tratados suscritos y ratificadas por la República de Panamá y en ausencia de estos, su ejecución se realizará sobre la base del principio de reciprocidad (Ver 2do párrafo del artículo 32 de la ley 121 de 31 de diciembre de 2013)”

VIII. Jurisprudencia

En Panamá los fallos de nuestro más alto Tribunal de Justicia, (La Corte Suprema de Justicia) además de procurar la correcta aplicación de las leyes y unificar la jurisprudencia nacional, puede crear doctrina probable, siempre que se den tres decisiones sobre el mismo asunto jurídico. Esto permite a los jueces en todas las jurisdicciones, aplicar dichos criterios jurídicos a casos análogos, a través de precedentes.

A manera de ejemplo, para una mayor ilustración, transcribimos algunos de esos precedentes, dentro del campo de los delitos de blanqueo de capitales.¹⁰

10 Página Web: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> Sección de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial (2005-2015).

8.1 DEFINICIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES

El blanqueo de capitales está constituido por circunstancias particulares; según el autor español Fernando Alexis Bañuls Gómez, el lavado de dinero es un proceso que conlleva tres etapas a saber:

1. Etapa de Acumulación de Ganancias: Una vez obtenido el dinero de los intercambios de mercancías (drogas, armas, etc.) Se acopian utilizando el sistema financiero para la ocultación de su origen ilícito.
...
2. Etapa de Colocación: El capital acumulado tiene que irse canalizando por distintas vías para su posterior blanqueo: envío a otros ambientes geográficos - paraísos fiscales o zonas grises- intermediación de activos en chiringuitos financieros, casas de cambio, compra de bienes en negocios de metálicos. ...
3. Etapa de Integración: El capital se blanquea a través de personas interpuestas, sistemas bancarios o financieros paralelos o subterráneos, paraísos fiscales, inversiones inmobiliarias y sociedades-pantallas.' (Bañuls Gómez, F° Alexis. La mundialización del blanqueo de capitales. El caso español. Artículos doctrinales,)

De acuerdo a informes del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), algunas de las modalidades que puede adoptar ese delito, son:

- El ingreso de grandes sumas en efectivo en una cuenta bancaria con el fin de efectuar inmediatamente una transferencia a otra cuenta.
- La realización de pequeños y numerosos depósitos de dinero en varias cuentas con el fin de eludir la obligación de declarar dichas cantidades, efectuando posteriormente transferencias a otra cuenta, generalmente en el extranjero (smurfing).
- Uso de intermediarios financieros (testaferros o sociedades pantalla) constituidas en otra jurisdicción y cuentas puentes para dificultar la identificación del verdadero origen de la transferencia.
- La contratación de expertos sometidos al secreto profesional: abogados y entidades offshore.
- La constitución de marañas de sociedades y cuentas bancarias que creen confusión en una caja única.
- La asociación con personas de confianza de entidades financieras o delegaciones que actúen en beneficio de la organización criminal.
- El uso de cuentas de colecta o recaudación.

- La realización de operaciones dinerarias permitidas en el país de origen y que justifican la recepción de dicho capital, como, por ejemplo: un depósito en garantía de un préstamo.
- El empleo de las transferencias electrónicas y, en concreto el *electronic cash*, como consecuencia de la rapidez en sus operaciones y la dificultad que plantea la identificación del ordenante.

De allí que para el descubrimiento y sanción de este tipo de conductas, resulta indispensable seguir el rastro del dinero, básicamente a través del examen minucioso del movimiento financiero, tales como la frecuencia y cuantía de depósitos y retiros, modalidad del depósito (efectivo, cheque), constante movimiento del capital, la imposibilidad de justificar los cuantiosos ingresos frente a la actividad a la que se dedique, y por supuesto el nexo causal existente entre el o los cuenta habientes o depositantes con alguna actividad ilícita.

En conclusión, para comprobar la comisión del delito de blanqueo de capitales se requiere la ejecución de ciertas conductas que no fueron probadas; si bien el delito de Blanqueo de Capitales es una conducta autónoma consistente en realizar operaciones financieras y comerciales con la finalidad de conceder a bienes adquiridos de forma ilícita apariencia lícita; la legislación penal panameña sigue el sistema de catálogo; es decir, que la ley establece una serie de ilícitos de los cuales deben derivar los recursos a los cuales pretende concedérseles connotaciones acordes con la ley, lo cual no fue demostrado por el recurrente.¹¹

8.2 EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL EXIGE LA CONCURRENCIA DE TRES ELEMENTOS

...el tipo penal exige la concurrencia de tres elementos: 1. Que el agente reciba, deposite, negocie, transfiera o convierta dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros; 2. Que el juez pueda prever razonablemente que los dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros proceden de actividades relacionadas con alguno de los delitos descritos en la norma, para lo cual deberá acreditarse al menos el aspecto objetivo de un delito previo de aquellos que enuncia la norma; y, 3. Que la finalidad u objeto del agente sea el ocultar, encubrir

11 Sentencia de 12 de enero de 2015. Corte Suprema de Justicia de Panamá.

o disimular el origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles.¹²

8.3 EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS ES UNA CONDUCTA AUTÓNOMA

...el Tribunal de Casación debe manifestar que el delito de Blanqueo de Capitales es una conducta autónoma, consistente en realizar operaciones financieras y comerciales con la finalidad de conceder apariencia lícita a bienes adquiridos de forma ilícita. La legislación penal panameña sigue el sistema de catálogo, es decir, que la ley establece una serie de ilícitos de los cuales deben derivar los recursos a los cuales pretende concedérseles connotaciones acordes con la ley. En cuanto a la acreditación del delito previo, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por considerar que no es necesaria la aportación de una sentencia condenatoria por ese delito previo. La postura obedece a la compleja gama de relaciones que tienen lugar en la gestión delictiva del Blanqueo de Capitales y a que el bien jurídico que se aspira a proteger es el de la Economía Nacional...

Sentencia de 02 de julio de 2014.

8.4 REQUISITOS PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

De conformidad al artículo 329 del Segundo Texto Único del Código Penal (325 del Primer Texto Único de Código Penal), el número mínimo de personas que debe integrar esta asociación criminal, es de tres, lo cual es cumplido en el presente proceso. Aunado a lo anterior, ha sido el criterio jurisprudencial de esta Sala de la Corte, que esta asociación de personas debe mantener un carácter de permanencia en el tiempo y jerarquización.”

Sentencia de 29 de agosto de 2014.

8.5 DIFERENCIA ENTRE DELITO ADUANERO Y EL DE BLANQUEO DE CAPITALS

...la valoración conjunta de los medios de convicción demuestra que no se trata de un del delito aduanero como lo quiere suponer el censor; sino que estamos frente a un delito de blan-

12 Sentencia de 25 de septiembre de 2014. Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. Centro de Documentación Judicial. Sección de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial.

queo de capitales al ocultar el origen ilícito del dinero incautado, dada la forma como el encartado... lo transportaba y ocultaba, es decir, el sujeto activo realiza la acción con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o de ayudar a eludir las consecuencias jurídicas del hecho punible previo.

Sentencia de 17 de febrero de 2012.

8.6 OTRAS FORMAS DE MATERIALIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE BLANQUEO DE CAPITALES

El tipo penal de blanqueo de capitales también puede materializarse cuando el agente oculte o encubra los dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros, a sabiendas de que proceden de actividades relacionadas con el tráfico de drogas, estafa cualificada, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, robo o tráfico internacional de vehículos, o de delitos contra la propiedad intelectual en general, previstos en la ley penal panameña, con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles (artículo 390 del Código Penal de 1982).”

Sentencia de 10 de agosto de 2011.

8.7 PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA PRUEBA

..., es importante reiterar lo señalado anteriormente por esta Sala, en el sentido de que ante la aparición de nuevas y complejas modalidades delictivas, particularmente en delitos relacionados con drogas, en la que cada partícipe juega un rol determinado en el ciclo del narcotráfico, se hace necesario acudir al principio de unidad de la prueba, que establece el deber del Juez de analizar las pruebas de manera aislada, pero procurando comprobar el grado de vinculación y correspondencia entre las mismas, estableciéndose a través de éste mecanismo, la coherencia que exista entre unas y otras pruebas, para finalmente apreciarlas globalmente.”

Sentencia de 24 de enero de 2005.

8.8 DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS Y EL DELITO ADUANERO

Como se advierte, en la transcripción del primer acto desvalorado, es decir, en el delito de blanqueo de capitales, el sujeto activo realiza la acción con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o de ayudar a eludir las consecuencias jurídicas del hecho punible previo; en tanto que, en el segundo tipo penal, es decir, defraudación aduanera, el sujeto mantiene la intención de perjudicar los intereses fiscales, lo que no implica que el origen de las mercancías que maneje sea ilícito.”

Sentencia de 15 de marzo de 2011.

Bibliografía

- Aranguéz Sánchez, Carlos.* “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”. Editorial Marcial Pons, Madrid. 2000.
- Bermejo, Mateo G.* “*Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*”. España (Madrid). Editorial Marcial Pons. 2015. Págs. 394.
- Bertazza, Humberto y Dálbora, Francisco.* “*Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*”. Argentina, Buenos Aires. Editorial La Ley. 2012. Págs. 566.
- Cano Castaño, Miguel Antonio.* “*Modalidades del Lavado de Dinero y Activos*”. Bogotá, Colombia 2001.
- Creus, Carlos.* “*Derecho Penal Especial*”. Argentina. Buenos Aires. Tomo I. Editorial Astrea, 1995. Págs. 616.
- Gill, Hipólito.* “*Comentarios del Código Penal de 2007*”. Costa Rica. Asesorías de Ediciones Gráficas 2017. 688 págs.
- López Rojas, Dayan Gabriel.* “*Lavado de Activos*”. Bogotá. Colombia. Editorial Leyer, 2018. 159 páginas.
- Muñoz García, Miguel Ángel y Montaña Velandia, Juan David.* “*El Delito de captación masiva y habitual de dineros*”. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 2013. 137 páginas.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso.* “*Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial*”. Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso.* “*Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial*”. Colombia, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005, 1491 págs.

Righi, Esteban y Fernández, Alberto. "La Ley. El Delito. El Proceso y la Pena". Argentina. Editorial Hammurabi 1996. 576 págs.

Rodríguez García, Nicolás y Caparros, Eduardo A. Fabián. "Corrupción y Delincuencia Económica". Colombia, Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2008. 605 págs.

Vives Antón, Tomás. "Derecho Penal, Parte Especial". Valencia. Editorial Triant lo Blanch, 1996. 826 páginas.

Zamora Sánchez, Pedro. "Marco Jurídico del Lavado de Dinero". México, 1999.

Centro de Documentación Judicial. Sección de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial (2005-2015).

Código Penal de la República de Panamá. Ley 6ª de 17 de noviembre de 1922. Gaceta Oficial N°4049 de 08 de septiembre de 1922.

Código Penal de 1982. Ley N°18 de 22 de septiembre de 1982. Gaceta Oficial N°19,667 de 06 de octubre de 1982. 104 págs.

Código Penal de 2007. Ley N°14 de 18 de mayo de 2007. Panamá, Editorial Mizrachi y Pujol. 421 págs.

Waistein, Mario. Lavado de Dinero. Separatas de Doctrina. Argentina, Editorial ERREPAR. 2005. 110 Págs.

LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO DE RESPONSABILIDAD PENAL

Digna M. Atencio Bonilla¹

SUMARIO. I. Introducción. II. Modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1. Sistema vicarial, heteroresponsabilidad o de transferencia. 2. Sistema de responsabilidad por defecto de organización. III. Regulación en el ordenamiento jurídico panameño. 1. Concepto. 2. Código Penal. 3. Código Proceso Penal. Conclusiones.

I. Introducción

La consecuencia del delito –acción típica, antijurídica y culpable– es la imposición de una pena por la responsabilidad por el hecho, lo que conocemos como derecho penal de acto atribuible a la persona que cometió el delito. El que llevó a cabo el comportamiento ilícito tras ser investigado, procesado y juzgado por un tribunal competente, respetando todas sus garantías fundamentales y procesales, puede ser declarado culpable, es decir, responsable penalmente.

No obstante, hoy día a la persona jurídica también se le considera sujeto de la responsabilidad penal. Señala Schünemann que este problema es antiquísimo, como ya puede advertirse en la formulación latina del principio dominante durante siglos en el continente europeo, *societas delinquere non potest*² y sostiene que se ha modificado en el transcurso de unos pocos

1 Profesora de Derecho penal, Derecho procesal penal e Investigadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

2 Significa ‘La sociedad no puede delinquir’. La regla impide considerar responsable penal del delito a una persona jurídica. Diccionario panhispánico del español jurídico.

años, en el sentido de una marcha triunfal, aparentemente incontenible, de la punibilidad de las personas jurídicas: desde los Países Bajos, pasando por Francia, llegando a Suiza y a España, en donde han sido incorporadas en los últimos años a los Códigos penales la punibilidad formal de las personas jurídicas. También en el nivel de la Unión Europea siguen esta línea influyentes propuestas de reforma.³

Según García Caveró la situación comenzó a cambiar en la década de los ochenta del siglo pasado a raíz de una recomendación de la entonces Comunidad Europea sobre la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas para proteger los intereses económicos comunitarios y agrega que desde entonces la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha tenido una marcha triunfal en los países europeos y en su órbita de influencia como es, sin duda, el caso de los países latinoamericanos.⁴

En igual sentido, en América Latina se inició este movimiento de adopción de reformas a la ley penal para introducir la imputación penal de las personas jurídicas como consecuencia de compromisos adquiridos por los Estados parte de una serie de instrumentos internacionales, a saber, el artículo 2 de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (Convención contra el cohecho); el Artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC); y el Artículo VIII de la Convención interamericana contra la Corrupción (ICAC) que recomendaban la adopción de un marco legislativo de responsabilidad corporativa que podría resultar de utilidad a los países de cara a la represión del blanqueo de capitales, la prestación de asistencia jurídica mutua y la confiscación del producto de los delitos.⁵

dico. Consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest> el 14 de octubre de 2021.

- 3 Schünemann, Bernd (2014) artículo “La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal” publicado en la obra colectiva *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. p.498
- 4 García Caveró, Percy (2016). “Las Políticas Anticorrupción en la Empresa” artículo publicado en la *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII*, 2do semestre. Valparaíso. Pp.228-229
- 5 Cfr. Organización de Estados Americanos “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas para los Delitos de Corrupción en América Latina”. Recuperado en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf Consultado el 17 de octubre de 2021.

Siguiendo ese mismo norte el proceso de reformas de las normas sustantivas y procesales penales en la República de Panamá introdujo en el artículo 51 del Código Penal de 2007 la sanción de la persona jurídica y la eleva a la categoría de imputada en el artículo 97 del Código Procesal Penal de 2008.

II. Modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se dejó expuesto, la concepción clásica de la dogmática penal es que solamente la persona natural es capaz de responder penalmente: quien lleva a cabo la acción, con dolo o culpa, sin estar amparado por una causa de justificación y con capacidad de comprender la ilicitud del hecho, de determinarse de acuerdo a esa comprensión, tras ser vencido en juicio con todas las garantías fundamentales y procesales, puede ser declarado responsable penalmente. Son atributos propios del ser humano en los que se fundamentan los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual, posición que comparto.

Entonces surge la pregunta: ¿Cómo se puede declarar penalmente responsable a una persona jurídica? En la doctrina se han desarrollado dos sistemas que explican la responsabilidad penal de las personas jurídicas: vicarial, de heteroresponsabilidad o de transferencia, y el de responsabilidad por defecto de la organización. Veamos en qué consisten.

1. SISTEMA VICARIAL, HETERORESPONSABILIDAD O DE TRANSFERENCIA

El fundamento de este sistema recae en el hecho que, si una persona natural comete el delito en el seno de una persona jurídica (típicamente, en su nombre y/o en su provecho), la responsabilidad penal se transfiere de quien lleva a cabo el comportamiento ilícito a la sociedad. Por tanto, será suficiente que en la persona natural concurren los requisitos clásicos de la culpabilidad para que la persona jurídica responda penalmente. Esta regla de imputación, desde la perspectiva de la persona jurídica, da lugar a una suerte de responsabilidad penal objetiva del ente, una responsabilidad desconectada del dolo o la imprudencia de la organización.

Para Balmaceda Quirós⁶ el delito siempre ha sido entendido como una conducta humana, en la que hay que analizar ausencia de coacciones, o de

6 Balmaceda, Quirós, Justo, Entrevista sobre la “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” contenida en el Predicamen de reforma del Código Penal Peruano, 2015.

movimientos reflejos, que nada la justifique, que se haya obrado libremente, que se comprenda la norma prohibitiva, etc. Y esto no puede revisarse en una persona jurídica. Por ello, comenta, solo bajo un punto de vista funcionalista, normativista, se puede forzar la ficción de que una empresa puede obrar directamente.

2. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN.

En este modelo del denominado Derecho penal de la corporación, se analiza la estructura interna de la persona jurídica, su organización y se tiene en cuenta: a. si el modo de organizarse era al menos negligente y facilitó la comisión de delitos, la persona jurídica responderá penalmente, b. Si no puede detectarse un fallo en la organización que coadyuvara a la realización del hecho delictivo, es decir, si el delito se cometió a pesar de o sorteando voluntariamente los controles y medidas de prevención dispuestos por la persona jurídica, esta no asumirá responsabilidad penal.

Respecto de ello, indica García Cavero que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en una defectuosa organización de la persona jurídica misma y la manera como dicho defecto en la organización se expresaría es la falta de incorporación de un programa de cumplimiento normativo idóneo para prevenir la realización de infracciones penales. Por lo tanto, si, con anterioridad al delito, la persona jurídica cuenta con un *compliance* penal idóneo, entonces no se le podrá responsabilizar penalmente por el delito cometido.⁷

III. Regulación en el ordenamiento jurídico panameño

1. CONCEPTO

La persona jurídica es definida en el artículo 38 del Código Civil como una entidad moral o persona ficticia, de carácter político, público, religioso, industrial o comercial, representada por persona o personas naturales, capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones. Son personas jurídicas el Estado, las iglesias, las universidades, las sociedades anónimas, entre otras.

Recuperado: https://www.academia.edu/11571614/2015_-_Entrevista_responsabilidad_penal_de_personas_jur%C3%ADdicas Consultado el 7 de octubre de 2021.

7 García Cavero, Ob.Cit. p229.

En este contexto, la persona ficticia puede ser considerada víctima del delito y como tal ejercer sus derechos a intervenir en el proceso penal como afectada, constituyéndose como querellante a través de quien ostenta su representación legal.

2. CÓDIGO PENAL

La sanción de las personas jurídicas se reguló por primera vez en el artículo 51, Capítulo I, Título III, Libro I del Código Penal, Clases de Penas, del Texto Único del Código Penal de 2007 que establecía:

Artículo 51. Cuando una persona jurídica sea usada o creada para cometer delito, siempre que sea beneficiada por él, se le aplicará cualesquiera de las siguientes sanciones:

1. Cancelación o suspensión de la licencia o registro por un término no superior a cinco años.
2. Multa no inferior a cinco mil balboas (B/.5,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial.
3. Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales.
4. Inhabilitación para contratar con el Estado, directa o indirectamente, por un término no superior a cinco años, la cual será impuesta junto con cualquiera de las anteriores.
5. Disolución de la sociedad.

Si nos quedamos en el primer párrafo de la norma se advierte que la persona jurídica era considerada como un instrumento para la comisión del delito –sea usada o creada– lo que motivaba la aplicación de una sanción; y contenía una válvula de escape al condicionar la aplicación de la sanción solo si la persona jurídica percibía un beneficio producto de la comisión de un delito.

Lo anterior fue superado mediante Ley 10 de 2015⁸ por la cual se modificó el primer párrafo del artículo 51, quedando el texto de la siguiente manera: “Cuando una persona jurídica sea usada o creada para cometer delito, **aunque no sea beneficiada por él...**”, por tanto, con independencia de la obtención o no de un beneficio, la persona jurídica que sea utili-

8 Ley 10 de 2015, “Que modifica y adiciona artículos al Código Penal”, publicada en la Gaceta Oficial N° 27752 de 1 de abril de 2015.

zada o creada para cometer comportamientos ilícitos puede ser sancionada penalmente.

Respecto de las penas a imponer, se adicionó el numeral 6 que prevé:

6. Multa no inferior de veinticinco mil balboas (B/.25,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial, en caso de que la persona jurídica sea prestadora del servicio de transporte mediante el cual se introduce droga al territorio nacional.

Ahora bien ¿En qué consisten las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica? Son seis supuestos que a discrecionalidad del juzgador pueden ser aplicadas a estos entes. Una lectura con detenimiento de las llamadas sanciones del numeral 1 al 5 nos muestra que, pese a su ubicación sistemática “clases de pena”, pueden ser consideradas como una consecuencia accesoria que buscan evitar la reiteración de comportamientos ilícitos a futuro a través del uso de la persona jurídica.

Por su parte, el numeral 6, en mi opinión, constituye una circunstancia agravante específica aplicable única y exclusivamente a casos relacionados con el trasiego de drogas si concurren los dos presupuestos: a. se impone una multa no inferior de veinticinco mil balboas (B/. 25,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial, en caso de que la persona jurídica preste el servicio de transporte; b. Se exige que a través del servicio de transporte se haya llevado a cabo el delito de tráfico de drogas. Además, considero que esta agravante puede ser aplicada conjuntamente con cualquiera de las sanciones que le preceden porque el juicio de reproche para los autores del hecho es más grave.

Como se advierte, la manera en que ha sido regulada la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro código punitivo da cuenta que los únicos presupuestos para considerarla como sujeto de la sanción por la comisión del delito son dos: que sea creada o utilizada para la comisión del ilícito. No estamos ante la adopción de un marco legislativo de responsabilidad corporativa como sugieren los instrumentos internacionales ya mencionados. Para ejemplificarlo, vemos que en el Código penal español, que adoptó la figura mediante la Ley Orgánica 5/2010 y Ley Orgánica 1/2015, en su texto legal vigente establece en el artículo 31 bis, Título II del Libro I “De las personas criminalmente responsables de los delitos”⁹ se indica taxativamente que lo pueden ser tanto personas naturales como

9 Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Recuperado:https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Co

jurídicas, y, enlista los casos específicos en los cuales éstas últimas pueden ser sancionadas (num.1) y el describe lo atinente a la exención de responsabilidad (num.2); seguidamente, contiene un catálogo de supuestos en los que es exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 ter); las circunstancias atenuantes (art. 31 quater); excluye de la aplicación de responsabilidad penal al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (art.31 quinquies).¹⁰

Si bien la codificación panameña no aborda en detalle estos aspectos, revisando el Libro II del Código Penal de 2007 encontramos disposiciones en las que sí se menciona taxativamente a la persona jurídica como sujeto responsable penalmente. La primera de ellas hace referencia al blanqueo de capitales cuyo delito precedente es la evasión fiscal, al visibilizarla en el segundo párrafo del artículo 254-A¹¹ “Si se determina que el delito previsto en este artículo **ha sido cometido, a través de una o más personas jurídicas, la pena será impuesta a la persona jurídica en cuestión** y será una multa de una hasta tres veces el importe del tributo defraudado” (Lo resaltado me pertenece).

Por otra parte, en los Delitos Relacionados con Drogas, la Ley 40 de 2012¹² adicionó el tercer párrafo al artículo 319: “**Si el propietario es una persona jurídica**, se le impondrán las sanciones previstas en este Código para tales personas.” (Lo resaltado me pertenece); luego, se observa en los Delitos contra el Ambiente una agravante específica: “Artículo 423. **Cuando una persona jurídica sea utilizada para promover, ocasionar, subsidiar o dirigir algunos de los hechos punibles lesivos al ambiente**,¹³ descritos en el presente Título será sancionada con multa mínima

odigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1 Consultado el 14 de diciembre de 2021.

10 Ibid.

11 Ley 70 de 2019, “Que modifica el Código Penal y dicta otras disposiciones” Gaceta Oficial N° 28705-A publicada el 1 de febrero de 2019.

12 Ley 40 de 2012, “Que reforma el Código Penal y dicta otra disposición” publicada en la Gaceta Oficial N° 27070-A de 4 de julio de 2012.

13 El Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá, prevé en su artículo 25 el cumplimiento normativo en materia del medio ambiente: “La supervisión, el control y la fiscalización de las actividades, obras y proyectos sujetos a la evaluación de impacto ambiental quedan sometidos a

de cinco mil balboas (B/.5,000.00) y máxima de cien millones de balboas (B/.100,000,000.00), según la gravedad del daño ambiental causado.” (Lo resaltado me pertenece)

Finalmente, el artículo 438 de los Delitos contra la Personalidad Interna del Estado prevé la sanción de la persona jurídica en los siguientes términos:

Artículo 438. Quien, actuando en su propio nombre o por interpuesta persona o en representación de una persona jurídica, ofrezca u otorgue a un servidor público de otro Estado, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, con el fin de que se realice u omita realizar un acto que perjudique los intereses de Panamá, relacionado con un acto de transacción de naturaleza económica o comercial para beneficio suyo o de un tercero, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Si de la conducta anterior resulta un perjuicio para el Estado panameño, la pena será de cinco a diez años de prisión. (Lo resaltado me pertenece)

Podría decirse, a partir del contenido de estas disposiciones, que el legislador ha delimitado en alguna medida los tipos penales por los cuales debe responder penalmente la persona jurídica: la evasión fiscal, delitos relacionados con drogas, delitos contra el ambiente y contra la personalidad interna del Estado. Corresponderá al juzgador en el caso concreto determinar si adicionalmente a la pena prevista en dichos delitos hay lugar a la imposición de alguna de las sanciones descritas en el artículo 51.

3. CÓDIGO PROCESAL PENAL

La excerta legal que regula el procedimiento penal define como imputada a la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el Juez de Garantías. Formalizada la acusación penal en su contra, pasa a denominarse acusado (art.92 CPPP). Sobre la figura de la persona jurídica como sujeto procesal en calidad de imputada señala:

la presentación del Plan de Manejo Ambiental, al cumplimiento de las normas ambientales. Esta es una función inherente al Ministerio de Ambiente, la cual será ejercida junto con la autoridad competente de acuerdo con el reglamento, según sea el caso”. Publicada en la Gaceta Oficial N° 28131-A de 4 de octubre de 2016.

Artículo 97. Persona jurídica imputada. Cuando se trate de procesos que involucren a personas jurídicas, la notificación de que la sociedad está siendo investigada y de la aplicación de la sanción respectiva se hará a su presidente o representante legal.

El presidente o representante legal de la persona jurídica ejercerá, por cuenta de esta, todos los derechos y garantías que le correspondan a la sociedad.

Lo que en este Código se dispone para el imputado y el acusado se entenderá dicho de quien represente a la persona jurídica, en lo que le sea aplicable.

Esta es la única disposición procedimental que nos indica cómo interviene la persona jurídica en calidad de imputada en el proceso: a través de su presidente o representante legal quien ejercerá todos los derechos y garantías que le correspondan a la sociedad, pero son independientes en cuanto a la responsabilidad que le atañe a cada una.

En ese orden de ideas, tras ser notificada la persona jurídica de que es objeto de investigación ¿qué sigue? Estimo que no necesariamente tenga que someterse a juicio. Digo lo anterior porque el modelo acusatorio prevé la facultad de las partes de recurrir a los medios alternativos para la solución de su conflicto en vez de judicializar la causa, para lo cual instruye tanto al Ministerio Público como a los tribunales a promover durante el curso del procedimiento mecanismos que posibiliten o faciliten la derivación del conflicto social surgido por la trasgresión de la norma penal a estos procedimientos alternos.

Por tanto, el representante legal o el presidente de la persona jurídica que comparezca a la causa podría solicitar un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público para el esclarecimiento del delito, con ello se evita que continúe su ejecución, caso en el cual valdría la pena, por ejemplo, establecer el compromiso de corregir la actividad defectuosa de un programa de cumplimiento y de no tenerlo adoptar en los términos que prevé la Ley 23 de 2015 para evitar que se realicen otros delitos o cuando aporte información esencial para descubrir a sus autores o partícipes, negociando que no se le formulen cargos a la persona jurídica imputada, siendo que con ello se procederá al archivo de la causa. A la empresa le conviene más evitar ir a un proceso que podría concluir con la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 51 del Código Penal y con ello salvaguardar su nombre o razón comercial.

En segundo lugar, si no se logra el acuerdo, el proceso penal continuará y lo que corresponde es la obtención de pruebas documentales, periciales o testimoniales que logren la desvinculación de la persona jurídica del o los delitos imputados o su acreditación, dependiendo de la posición que se asuma en el proceso y la clase de delito que se investiga, porque hay que tener en cuenta que en el blanqueo de capitales opera la inversión de la carga de la prueba.

Todo lo anterior me lleva a considerar que la forma en que el legislador patrio ha regulado en el Código Penal de 2007 y el Código Procesal Penal de 2008 la responsabilidad de la persona jurídica -aun cuando soy de la opinión que no puede ser sujeto de responsabilidad penal- nos ubica ante la denominada responsabilidad objetiva forzada que encuentra su soporte en el párrafo final del artículo 26 del código punitivo: para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código. La causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado. (Lo subrayado me pertenece)

Conclusiones

1. La concepción clásica del Derecho Penal explica que solamente la persona natural es capaz de responder penalmente: quien lleva a cabo la acción, con dolo o culpa, sin estar amparado por una causa de justificación y con capacidad de comprender la ilicitud del hecho, de determinarse de acuerdo a esa comprensión, tras ser vencido en juicio con todas las garantías fundamentales y procesales, puede ser declarado responsable penalmente. Son atributos propios del ser humano en los que se fundamentan los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual, posición que comparto.
2. La República de Panamá introdujo la sanción penal a la persona jurídica en el artículo 51 del Código Penal de 2007 y la eleva a la categoría de imputada en el artículo 97 del Código Procesal Penal.
3. Los únicos presupuestos que se establecen en el código punitivo para la aplicación de la sanción penal a la persona jurídica es que la misma haya sido usada o creada para la comisión del delito, a diferencia de la legislación española que la visibiliza como persona criminalmente responsable de los delitos, contempla circunstancias atenuantes, entre otros temas.
4. La regulación de las sanciones contenidas en el artículo 51 comportan consecuencias accesorias del delito que pretenden evitar la repetición de las conductas ilícitas a través del uso de la persona jurídica.

5. El Código punitivo vigente contiene disposiciones en las que se menciona a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal: blanqueo de capitales, delitos relacionados con drogas, contra el ambiente y contra la personalidad interna del Estado, en los que considero el juzgador debe valorar si resulta también aplicable algunas de las sanciones contenidas en el artículo 51.
6. La forma en que se ha regulado la responsabilidad de la persona jurídica nos lleva a la considerar que estamos ante un modelo de responsabilidad objetiva forzada que encuentra su soporte en el párrafo final del artículo 26 del código punitivo.

Bibliografía

LIBROS

Ontiveros Alonso., y otros. (2014) La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. pp.631

ARTÍCULOS DE REVISTA

García Cavero, Percy (2016) “Las Políticas Anticorrupción en la Empresa” artículo publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII, 2do semestre. Valparaíso, pp.228-229

PUBLICACIONES DE INTERNET:

Balmaceda, Quirós, Justo. Entrevista sobre la «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» contenida en el Predicamen de reforma del Código Penal Peruano, 2015. Recuperado: https://www.academia.edu/11571614/2015_-Entrevista_responsabilidad_penal_de_personas_jur%C3%ADdicas Consultado el 7 de octubre de 2021.

Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Recuperado: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1 Consultado el 14 de octubre de 2021.

Organización de Estados Americanos. “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas para los Delitos de Corrupción en América Latina”. Recuperado en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf Consultado el 17 de octubre de 2021.

Neira Pena, Ana María. **La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal.** *Política Criminal*, Vol.11, No.22, 2016. p.467-520. ISSN 0718-3399

Recuperado: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005&lng=es&nrm=iso Consultado el 12 de septiembre de 2021.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Panamá (2005). Editorial Mizra-chi & Pujol, S.A., Sexta Edición. Panamá.

Código Civil (2017). Editorial Mizra-chi & Pujol, S.A., Segunda Edición. Panamá.

Código Penal y Código Procesal Penal (2015). Editorial Mizra-chi & Pujol, S.A., Panamá.

Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá que comprende las reformas aprobadas por la Ley 18 de 2003, la Ley 44 de 2006, la Ley 65 de 2010 y la Ley 8 de 2015, publicada en la Gaceta Oficial N° 28131-A de 4 de octubre de 2016.

Ley 40 de 2012, “Que reforma el Código Penal y dicta otra disposición” publicada en la Gaceta Oficial N° 27070-A de 4 de julio de 2012.

Ley 10 de 2015, “Que modifica y adiciona artículos al Código Penal”, publicada en la Gaceta Oficial N° 27752 de 1 de abril de 2015.

Ley 70 de 2019, “Que modifica el Código Penal y dicta otras disposiciones” Gaceta Oficial N° 28705-A publicada el 1 de febrero de 2019.

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA Y CRIMINAL COMPLIANCE, EN EL MARCO DE LA LEY ARGENTINA 27.401

Gustavo A. Arocena¹

*“People in Latin America... all see crime and corruption
as the greatest problems in their countries”²*

*SUMARIO. I. El concepto de corrupción. II. Clasificaciones de la corrupción.
III. Consideraciones dogmático-jurídicas mínimas sobre la corrupción desde
la mirada del Derecho argentino. Bibliografía.*

I. El concepto de corrupción

Según se desprende del epígrafe que encabeza el presente texto, estudios de campos acreditan que la corrupción es **uno de los principales problemas que preocupa a la opinión pública** en los países en vías de desarrollo. A su vez, esta circunstancia ha trasladado la preocupación

Ahora bien, uno de los problemas más destacados a la hora de abordar el fenómeno de la corrupción es el relativo al **establecimiento de un con-**

1 Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, República de Argentina y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

2 Pew Research Center, November, 2014, “Crime and Corruption Top Problems in Emerging and Developing Countries”, disponible en World Wide Web: <https://www.pewglobal.org/2014/11/06/crime-and-corruption-top-problems-in-emerging-and-developing-countries/> (accedido el 7 de noviembre de 2022).

cepto de ella que sea ampliamente compartido en el mundo globalizado en que hoy vivimos. Y esto, desde luego, no es un asunto menor, atento que uno de los rasgos más salientes de la corrupción es, justamente, su carácter *internacional*—en el sentido de materializarse a través de actividades que trascienden la frontera de un Estado—, y su *transnacionalidad*—entendida como la cooperación entre grupos de distintos países con el fin de gestionar alguna actividad ilícita lucrativa—. Por consiguiente, el hallazgo de una definición de corrupción consensuada por los distintos Estados resulta **imprescindible a los fines de aunar criterios para luchar contra ella**.

Es cierto que, en los últimos quince años, se ha desarrollado un marco legal internacional para combatir la corrupción, el que incluye, entre otros instrumentos, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”,³ el “Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”⁴ y, a nivel regional, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”.⁵ Sin embargo, ninguna de estas herramientas *propone una definición o concepto del fenómeno de la corrupción*. Estos instrumentos sí exigen expresamente a los Estados parte que penalicen y castiguen diversas prácticas corruptas, pero, reitero, no explicitan ni estipulan qué ha de entenderse por “corrupción”, “acto corrupto” o “práctica corrupta”.

Para proponer un concepto elemental de corrupción, me parece interesante señalar, antes, que **no es la corrupción**.⁶

En primer lugar, la corrupción no debe ser confundida con **medidas estatales de carácter promocional**, por medio de las cuales se pretende dirigir las conductas de los ciudadanos. Piénsese, por ejemplo, en las leyes de incentivos fiscales. Aun cuando puedan ser consideradas tachables en determinadas ocasiones—por ejemplo, durante épocas electorales—, ellas no pueden ser asimiladas, sin más, a prácticas corruptas. Es que estas prácticas promocionales tienen carácter general, suelen ser conformes a las reglas

3 Aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, y en vigor desde 2005.

4 Adoptada por la Conferencia Negociadora de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, suscripta el 17 de diciembre de 1997 y en vigor desde 1999.

5 Adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde 1997.

6 Sigo en esto a Malem Seña, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 23 y ss.

del juego político democrático y son públicas y abiertas, mientras que los actos de corrupción tienen marcado carácter individual, suponen un modo de influencia que repugna a las reglas de la práctica política democrática y son, o tienden a ser, secretos o realizados en un marco de discreción.

En segundo término, la corrupción tampoco debe ser confundida con el **uso desviado del poder**, porque éste puede no tener por objeto la percepción de un beneficio extrainstitucional o personal para la autoridad en cuestión, finalidad, esta, que es una característica definitoria de los actos corruptos.

Tampoco debe asimilarse corrupción con el **clientelismo político o de otro tipo**, el que consiste en una relación en la que un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y seguridad a una persona o grupo de personas que están en una posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtades y apoyos. Sin perjuicio de que ambas prácticas tienen similitudes, ellas deben distinguirse porque en el clientelismo político puede que la autoridad no viole ninguna función institucional, como sucede en la corrupción; además, el clientelismo se da en una relación superioridad/inferioridad entre dos agentes, que no es necesaria en la corrupción, donde las partes intervinientes pueden situarse en una posición de igualdad. Por lo demás, la corrupción siempre opera en un marco de secreto o de discreción, mientras que las relaciones clientelares suelen ser públicas y abiertas.

Finalmente, la **mera recepción de regalos, de recompensas o de compensaciones económicas o de otro tipo**, por parte de un funcionario público en virtud del desempeño de su trabajo, aunque puede ser considerado un acto genérico de corrupción por la opinión pública, no necesariamente tiene que llevar a equiparar ambas situaciones. En general, la aceptación de obsequios o regalos suele ser un acto libre; y cuando se regala algo no se suele exigir nada a cambio: no hay aquí un pacto que viole una de las reglas que rigen el desempeño del donante o del donatario. En la corrupción, en cambio, quien recibe el soborno tiene una suerte de “obligación” de comportarse según el deseo del donante y se supone que debe actuar de determinada manera para no frustrar las expectativas incluso razonables de este último, quien, por su parte, puede exigir cierta línea de actuación. Por lo demás, una vez más se produce la diferencia entre el carácter secreto de los actos de corrupción, que se reproduce necesariamente en los regalos a funcionarios, que no tienen por qué ocultarse.

Sentado **todo lo que no es necesariamente un acto de corrupción**, veamos cuáles son las *propiedades relevantes de ésta*.

Un acto de corrupción **implica la violación de un deber posicional**,⁷ pues quienes se corrompen transgreden o provocan la transgresión, por acción o por omisión, de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen. La corrupción, en definitiva, supone el *abuso de una posición de poder*.⁸ El caso típico es el de funcionario del Ministerio de Economía que, debido a un soborno a una empresa transnacional, no aplica las tasas fiscales correspondientes. Con todo, conviene añadir que la corrupción, en el sentido amplio que la abordo aquí, no se limita a la función pública.

Dicha violación de un deber posicional, por otro lado, tiene como característica definitoria central la **confusión entre las esferas de lo público y lo privado**, a través de la **inserción de motivaciones e intereses privados como motivo o causa de los actos públicos**.⁹ De esta forma, el agente convierte al Estado en el instrumento para la generación de la renta privada. Sostiene Virgolini: “El acceso diferencial al Estado determina que sea éste el que, en el marco de las relaciones privilegiadas que garantizan las prácticas corruptas, establezca las modalidades de política económica, financiera o fiscal que generan una renta diferencial, un monopolio transitorio de ventajas que diferencia el rendimiento o la inserción de unos emprendimientos en relación a los otros”.¹⁰

Se sigue a esto que la ley y el Estado se convierten en “...un sistema de recursos públicos generadores de beneficios desiguales, que se derraman de modo no público sobre grupos selectos de particulares de una manera contradictoria con la pretensión de generalidad e impersonalidad de la ley que los regula”.¹¹ El **efecto político más importante** de la corrupción se materializa, por consiguiente, en la **generación de relaciones sociales excluyentes**, desde que priva a los ciudadanos de las prestaciones y derechos que la ley asegura de manera igualitaria y por el sólo hecho de revestir la condición de tales.

7 Malem Seña, *La corrupción*, p. 32.

8 En estos términos, de la Mata Barranco, Norberto J., “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2016, núm. 18-01, p. 4.

9 En esta dirección, Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 258.

10 Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes*, pp. 259 y 260.

11 Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes*, p. 262.

Podría pensarse —y así lo hace gran parte de la doctrina jurídica— que *no existe ninguna razón para limitar los casos de corrupción sólo a la esfera pública*, aun cuando se reconozca que la financiación de la política y la corrupción judicial se encuentran entre los ámbitos donde la corrupción se ha presentado con mayor visibilidad en los últimos tiempos. De igual modo podría aseverarse que la corrupción también puede aparecer entre agentes privados. En el mercado, la corrupción surgiría con el fenómeno de la representación, cuando un agente dispone de capacidad de acción en nombre del principal y de una información de la que este último carece: dicho agente se comprometerá en comportamientos corruptos cuando utilice irregularmente su posición en provecho propio. Señala, en esta orientación, *Gómez Rivero*: “Corrupción pública y privada representan... las dos direcciones en que se bifurcan en la actualidad las estrategias penales en la lucha contra la corrupción. Mientras la primera de ellas enfoca las distintas disfunciones de poder en el marco de la actuación llevada a cabo por funcionarios públicos o autoridades, los todavía novedosos tipos de corrupción privada sancionan los comportamientos más graves de desviación de conducta en el ámbito de los negocios, entendido el término en sentido amplio. Y si bien es cierto que los tipos relativos a la corrupción pública representan el ámbito natural de castigo de las actuaciones irregulares procedentes en general de la Administración, tal afirmación debe ser en cierta medida matizada desde el momento en que los delitos de corrupción en los negocios están llamados también a absorber buena parte de los actos corruptos llevados a cabo en el marco de la actuación de los entes públicos que actúan bajo la forma de sociedades instrumentales y que, por ausencia de cualquiera de los elementos exigidos en los correspondientes tipos de corrupción pública, no pueden ser reconducidos a ellos”.¹²

Sin embargo, para mí, la corrupción privada, *incluso siendo* —como veremos luego— *usualmente necesaria para la configuración de la práctica corrupta*, no se expresa a través de actos que provoquen el efecto político definitivo de la corrupción al que he aludido, a saber: la **generación de relaciones sociales excluyentes**. La “corrupción” privada “...no es otra cosa que deshonestidad o delito”,¹³ y ello es así, todavía, en aquellos casos en que la conducta del sujeto viola deberes que resultan de *estatus especiales*, como el de encargado del “manejo, administración o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos” (arg. art. 173, inc. 7º, Código Penal de la Nación

12 Gómez Rivero, M^a del Carmen, “Derecho penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017), p. 252.

13 Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes*, p. 247.

Argentina, que tipifica el delito de administración fraudulenta, desleal o infiel), **siempre que no se trate de la lesión de deberes de cuidado de un bien institucionalmente asegurado⁶⁹ que se vincule –sit venia verbis– con el manejo de la res pública.** Así, por ejemplo, el representante de un ente ideal privado que acepta un soborno para comprar insumos a mayor valor “...ha elegido entre la lealtad a los deberes y los objetivos que nacen de su vinculación con su empleador, y sus propias apetencias privadas que no coinciden con esos deberes”,¹⁴ pero no defrauda específicas expectativas normativas que forman parte de un rol¹⁵ que lo hace responsable del ejercicio de funciones públicas que, en cuanto tales, están instituidas para la búsqueda del bien común, o sea, para la consecución de la mayor satisfacción de los derechos de toda –o la mayor parte posible– de la comunidad. En las hipótesis de “corrupción” privada no se da, en suma, la aludida **inserción de motivaciones e intereses privados como motivo o causa de los actos públicos.** Sostener lo contrario conduciría a ensanchar desmesuradamente el universo de casos de actos de corrupción, desde que habría que incluir prácticamente a todos los delitos que importan el quebrantamiento de los deberes que surgen de cualquier estatus específico, y no, reitero, y como propongo en este texto, sólo las obligaciones inherentes a los roles particulares que consagran obligaciones relativas al manejo de los intereses públicos.

Por otro lado, y retomando el desarrollo de los rasgos definitorios de la corrupción, para que exista un acto corrupto **deber haber un sistema normativo que le sirva de referencia,**¹⁶ el que, como veremos, no necesariamente debe ser el ordenamiento jurídico penal, sino también otros marcos normativos como, por ejemplo, el que rige el libre mercado, el de la competencia legal y el de la lealtad en el trabajo.

14 Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes*, p. 247.

15 V. Jakobs, Günther, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en Ídem, *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones - Civitas, Madrid, 1997, p. 129. El jurista alemán aduce que “...los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera; tienen un estatus especial, por ejemplo, como madre o como hijo mayor o como ciudadano, etc., y vienen definidos, por tanto, por un haz de derechos y deberes”. Uno de los fundamentos de la responsabilidad penal “...es la inobservancia de los límites trazados por ese estatus especial” (Jakobs, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, en Ídem, “Estudios de derecho penal”, pp. 347 y 348).

16 Malem Seña, *La corrupción*, p. 33.

Pero un acto de corrupción **no siempre entraña una acción penalmente antijurídica**: que el acto de corrupción sea legal o ilegal desde el punto de vista penal dependerá del tratamiento que sistema punitivo de un país ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia. Este es uno de los problemas con los que se enfrenta la lucha contra la corrupción en ámbitos como, *verbi gratia*, el del comercio internacional. En ocasiones, el funcionario acepta un soborno, no para tomar una resolución contraria a derecho, sino para cumplir una obligación legal (p. ej., “pagos de engrase”, “pagos acelerador”).

He de agregar, incluso, que –en términos generales– los Estados procuran prevenir los actos de corrupción a través de distintas clases de acciones, que incluyen no sólo medidas de tipo penal –incorporación de nuevos tipos criminales, endurecimiento de figuras ya existentes–, sino también disposiciones orientadas a la lograr la *transparencia y el control de la actividad administrativa*.

Ahora bien, los actos de corrupción **están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional**, que puede ser tanto económico, como político, profesional, sexual o de otra índole. En otras palabras, es común a todos los tipos de corrupción (administrativa, política, mercantil, judicial, etc.) la intención de los agentes que intervienen en ella de obtener un beneficio irregular que de otra manera no sería posible conseguir. Con todo, es frecuente que se vincule al acto de corrupción con la finalidad de obtención de una ventaja *patrimonial* a cambio de la utilización abusiva de cierta posición de poder.

Por último, los actos de corrupción **tienden a realizarse en secreto o, al menos, en un marco de discreción**. La corrupción, en implicar una actitud de deslealtad, tiene una carga negativa y, por lo tanto, se procura que sea sustraída del conocimiento público.

A más de afirmarse la tendencia al secreto del pago, suele ponerse de relieve la necesidad de **concurrencia de dos partes** para que el acto corrupto pueda perfeccionarse¹⁷ (aunque primando, desde un punto de vista

17 Cuando se trata de la **corrupción política**, esta circunstancia tiene una *consecuencia criminológica singular*, a saber: la tendencia a la relativa “invisibilización” –*sit venia verbis*– de las víctimas. Lo explica con claridad *Ruggiero*: “Muchas veces el estudio de la corrupción tiende a centrarse en individuos precisos e identificables que participaron en algún «intercambio corrupto». Los rasgos de estos intercambios se examinan, entonces, en punto a evaluar el impacto que aquéllos tienen sobre los individuos específicos que participan. En este sentido, la corrupción política suele terminar siendo asimilada a una forma de crimen sin víctimas, donde los actores involu-

de lesividad material y de la identificación del protagonista excluyente de la corrupción entendida en sentido estricto, la perspectiva que atiende a la posición de quien ostenta el poder decisorio, más que a la de quien trata de compensar económicamente la utilidad pretendida). En función de esto, los tipos legales que contemplan los actos corruptos frecuentemente son *plurisubjetivos*, en el sentido que su producción exige la concurrencia de varios sujetos activos: no pueden ser realizados por una sola persona, sino que requieren la intervención de un colectivo. Y, aunque pueden tratarse de tipos penales *de convergencia* –en los que la conducta de los sujetos activos se dirige al mismo objetivo típico–, suele tratarse de *tipos de conducta bilateral o de encuentro*, en los que las conductas de los sujetos, aunque complementarias, persiguen un objetivo distinto y tienen también distinto sentido (p. ej., el cohecho pasivo y activo de los arts. 256 y 258 Código Penal¹⁸ de la Nación Argentina, respectivamente¹⁹).

Con arreglo a todo lo expresado, se pueden definir los actos de corrupción como **aquellos que constituyen la violación, por acción o por omisión, de un deber posicional o el incumplimiento de alguna función específica, en la que insertan intereses privados como motivo o causa de los actos públicos, y que son realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquier sea su naturaleza.**

Desde luego que, desde la perspectiva del Derecho penal, y por virtud el *principio de legalidad* (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*: arg. art. 18 Constitución de la Nación Argentina), será necesario un tipo normativo de la ley penal que describa un concreto acto violatorio de deberes posicionales o incumplidor funciones específicas realizado con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, para que nos encontremos ante una manifestación **delictiva** de la corrupción. Como veremos, podrá tratarse de una figura delictiva específica –aunque de alcance general– que tipifique “el

crados están determinados de igual manera a participar del intercambio, y buscar s interés privado, acaso ilegal” (cfr. Ruggiero, Vincenzo, *Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología*, traducción de Carlos Gradin y Juan L. Finkelshtein Nappi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 136).

18 En adelante: C.P.

19 El ejemplo que doy en el texto principal no perjudica la concepción que aquí defiendo –que, corresponde que lo diga, he adoptado luego de sostener una tesis distinta–. Es que, en el ejemplo de la coima, el funcionario público que acepte el soborno será el sujeto activo del acto corrupto, mientras que el que da u ofrece la coima será un particular que comete un delito que “posibilita” –si se me permite la expresión– el acto corrupto, mas no el agente de un acto de corrupción *stricto sensu*.

delito de corrupción”, o de diversos tipos delictivos agrupados en función del particular bien jurídico que lesionan o ponen en peligro, pero que a la vez expresan dicha violación de deberes posicionales o funciones específicas, que se lleva a cabo con el objeto de lograr un rédito extraposicional.

La tendencia legislativa –y también de la doctrina jurídica que estudia los sistemas legales- generalizada a nivel mundial es, no ya la de tipificar una figura específica del delito de corrupción –que contemple actos que se distinguen por constituir un intercambio ilícito entre actores pertenecientes tanto al sector público como privado y que implica un abuso de poder, cometido para alcanzar ventajas indebidas-, sino la de “...sistematizar mejor las figuras delictivas ya previstas y completarlas con otras (p. ej., el tráfico de influencias)”.²⁰

II. Clasificaciones de la corrupción

Existen diversas **clasificaciones de la corrupción**.

De particular relevancia nos parece aquélla que repara en la percepción que tiene la comunidad de un país acerca de ciertos actos corruptos.

Así, se distingue entre corrupción *negra*, *gris* y *blanca*.²¹

Cuando existe consenso entre las élites de un país y la opinión pública en orden a que un acto particular es merecedor de reproche, estamos en presencia de una *corrupción negra*. Existe *corrupción gris* cuando algunos elementos, usualmente de las élites, desearían ver la acción de la cual se trata penalizada, aunque otros sean de una opinión distinta, a la vez que la mayoría de la población mantiene una posición ambigua. En la *corrupción blanca*, la mayoría de las élites y de la opinión pública consideran ciertos actos de corrupción como tolerables y, por lo tanto, no apoyan vigorosamente su criminalización.

20 V. Hurtado Pozo, José, “Corrupción y Derecho penal”, en Université de Fribourg – Prof. em. José Hurtado Pozo, p. 2, disponible en World Wide Web: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf (accedido el 6 de diciembre de 2018).

21 Por todos, Malem Seña, *La corrupción*, p. 37 y ss.

III. Consideraciones dogmático-jurídicas mínimas sobre la corrupción desde la mirada del Derecho argentino

Para acercarnos a la consideración **dogmático-jurídica de la corrupción**, cabe expresar que en el Derecho argentino —y en la mayoría de los ordenamientos de América Latina- **no existen tipos penales específicos de esta forma de la criminalidad**.

En efecto, la corrupción se manifiesta a través de distintos comportamientos punibles, que van desde el paradigmático cohecho activo y pasivo hasta otros delitos más ocultos, pero no menos insidiosos, como la colusión, pasando por las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, las exacciones ilegales en provecho del funcionario o un tercero y el enriquecimiento ilícito, entre otros²². Se trata de infracciones que muestran una *intencionada desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos*.

Desde luego que no podemos ocuparnos de cada una de estas figuras delictivas en una breve ponencia como la que aquí expongo.

Sin perjuicio de esto, sí corresponde mencionar que la reciente **ley argentina 27.401, de Responsabilidad Penal Aplicable a las Personas Jurídicas Privadas** —o simplemente, “Ley de Responsabilidad Penal Empresaria”—, de 2017, se ha ocupado, de alguna manera, del fenómeno de la corrupción.

Precisamente, en los *fundamentos del proyecto original* que culminó en la sanción de la ley, presentado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación el 20/10/2016, se expresa que el objetivo del régimen propuesto es “...dotar de **mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción**”.

²² Conuerdo con *Queralt* en cuanto a que la creación de un capítulo en el Código Penal que haga referencia específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción “...no mejoraría su combate, pues sería *un cambio nominal, no necesariamente sustancial*” (*Queralt*, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2012, n° 2, p. 19, con resaltados que obran en el original). Es que, como enfatiza el jurista español, lo que es necesario “...es una adecuada política criminal cimentada sobre cuatro elementos centrales: correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios” (*Queralt*, “Reflexiones marginales”, p. 20).

Ahora bien, ¿cómo persigue la ley tal cometido?

En primer lugar, **consagrando la responsabilidad penal de las personas jurídicas**,²³ a través de su **artículo 2º**, que prescribe:

“Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

“También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

“La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”.

Parecería que la ley argentina ha tomado partido por un **modelo de autorresponsabilidad**, o sea, un **modelo de responsabilidad por defectos de organización**. Pero –como sostienen *Cesano, Lascano y Richard*- “... ello podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica, ya que una empresa podría contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal”.²⁴ De allí que no parezca descabellado convenir con los

23 Todo debe ser dicho: esta medida legislativa es, en mi opinión, merecedora de **reparos de índole constitucional**. En efecto, en la República Argentina, a partir de la reforma de la ley suprema en 1994, se han incorporado al ordenamiento constitucional del país diversos tratados internacionales (v. gr., la Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros) que consagran de modo expreso el **principio de culpabilidad**, por lo que la institución de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas resultaría lesiva de tales mandas constitucionales, como así también de aquellas reglas, de igual jerarquía, que receptan el **principio de personalidad de la pena**, según la cual ésta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5º, inc. 3º, Convención Americana sobre Derechos Humanos): es lo que sucede, justamente, cuando, a través de la sanción penal del ente ideal, se castiga indirectamente a personas físicas que no han cometido un injusto en forma penalmente reprochable.

24 Cesano, José Daniel – Lascano, Carlos J. – Richard, Efraín Hugo, “Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada”, texto presentado en el “X Congreso de Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas”, Madrid, 22 al 25 de noviembre de 2018, p. 4.

citados juristas en que: “Sería preferible pensar que –en realidad- se trata de un «modelo vicarial» de heterorresponsabilidad penal porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando en el marco de sus funciones”.²⁵ Es que este conjunto normativo, en varias de sus disposiciones, expresamente se refiere a la “*persona humana que cometió el delito*” (art. 2º, último párrafo), a las “*personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo*” (art. 4º) o a la “*persona humana que hubiere intervenido*” (art. 6º). Se añade a esto que el artículo 6º del texto legal en análisis –bajo el rótulo “*Independencia de las acciones*”– expresa: “*La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*”. Por consiguiente, aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica y se le imponga una sanción por el hecho individualmente cometido –en el marco de la organización del ente corporativo y en beneficio de éste– por las personas físicas que, como órganos suyos, la administran y adoptan decisiones, tal circunstancia no debería impedir la punición de estas últimas –pese a que puedan no estar identificadas–, pues la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma. En función de todo lo anotado, postulamos –también con *Cesano, Lascano y Richard*²⁶ la inclusión en el Código Penal de la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios, cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de infracciones.

Pero la mencionada ley argentina de responsabilidad penal empresaria también procura una mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción por conducto de otro instrumento, a saber: los *criminal compliance programs* o –en la denominación que adopta dicho conjunto normativo argentino– “programas de integridad”.

Lo explican también los fundamentos del proyecto:

“...a través de la **generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la administración pú-**

25 Cesano – Lascano – Richard, “Eficiencia”, pp. 4 y 5.

26 Cesano – Lascano – Richard, “Eficiencia”, p. 5.

blica por medio de la implementación de programas de integridad, y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal”.

(...)

“Se trata de promover que, a través de la **implementación de políticas y procedimientos internos**, las personas jurídicas –que están en una **óptima posición para detectar los incumplimientos que se dan en el marco de sus actividades y operaciones**– alineen sus objetivos sociales, comerciales y/o económicos con una cultura de integridad y prevención de los delitos contra la administración pública”.

En efecto, la ley, en su **artículo 22**, prescribe:

“**Programa de Integridad.** Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley”.

Y, en su **artículo 1º**, estipula:

“La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

- a) **Cohecho y tráfico de influencias**, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) **Negociaciones incompatibles** con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;
- c) **Concusión**, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- d) **Enriquecimiento ilícito** de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) **Balances e informes falsos agravados**, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal”.

Si se repara en la clase de delincuencia que se pretende “prevenir, detectar y corregir” por medios de los programas de integridad –también denominados, en el ámbito jurídico general, *compliance programs*–, se advierte por qué ellos se presentan como *herramientas orientadas a abordar el fenómeno de la corrupción pública y determinados actos privados vinculados con aquélla*.

A su vez, el listado de infracciones precedente pone al descubierto la existencia de vasos comunicantes entre la corrupción pública y la “privada” —desde que incluye figuras paradigmáticas de una y otra categoría—, y que, consiguientemente, el *régimen de cada una de estas formas de corrupción puede presentar perfiles propios* según la infracción del Código Penal de la que se trate y, por ello, *tutelar distintos bienes jurídicos* (p. ej., las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas atacan a la administración pública, mientras que los balances falsos ofenden a la fe pública).

No parece descabellado aseverar, por otra parte, que los delitos contemplados por esta ley argentina de responsabilidad penal empresaria se corresponden con lo que podríamos denominar “*núcleo duro*” de la corrupción, o sea, aquél que se compone de las conductas configurativas de corrupción *stricto sensu*, a saber: comportamientos descritos por la ley penal, que caracterizan la violación de un deber posicional o alguna función específica e incluyen la inserción de intereses privados como motivo o causa de los actos públicos, y que son perpetrados con la finalidad de conseguir ventajas o beneficios indebidos.²⁷ Pero el fenómeno de la corrupción, *en los hechos*, suele resultar *estimulado*, o incluso *acompañado*, por otras manifestaciones delictivas, tales como, por ejemplo, las falsificaciones de documentos (art. 292 y ss., C.P. de la Nación Argentina), el lavado de activos

27 En este sentido, la citada “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” pareciera reconocer la existencia de un *concepto estricto de corrupción*, integrado por un conjunto de delitos cuya tipificación por parte de los Estados Parte es promovida por el propio instrumento internacional. Precisamente, la Convención prescribe que *cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito*, el **soborno de funcionarios públicos nacionales** (art. 15); el **soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas** (art. 16); la **malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público** (art. 17); el **tráfico de influencias** (art. 18); el **abuso de funciones** (art. 19); el **enriquecimiento ilícito** (art. 20); el **soborno en el sector privado** (art. 21); la **malversación o peculado de bienes en el sector privado** (art. 22); el **blanqueo del producto del delito** (art. 23); el **encubrimiento** (art. 24); y la **obstrucción de la justicia** (art. 25). No se me pasa por alto que la Convención incluye delitos que —según nuestra concepción— constituirían actos de corrupción *stricto sensu* y delitos que quedarían atrapados por la noción de “corrupción privada”, del que yo me he apartado. Sin embargo, la previsión de estos últimos en un instrumento normativo internacional dirigido a “luchar contra la corrupción” se encuentra justificado por la voluntad de captar el fenómeno en forma amplia, tipificado los actos de corrupción en sentido estricto y las infracciones —distintas de estos, en términos conceptuales— que “rodean”, “acompañan” o “posibilitan” los actos corruptos.

(art. 303 y ss., C.P. de la Nación Argentina) y el tráfico ilícito de estupefacientes (art. 5, inc. c, ley argentina 23.737), entre otros.

La adecuada implementación del programa de integridad *incidirá en la graduación de la pena a imponer a la persona jurídica o conducirá, verificadas otras condiciones simultáneas, a la exención de la pena* (arts. 8 y 9, **ley argentina 27.401**). Es la finalidad última del instituto, en tanto *self policing* destinada a excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa y sus directivos, y contribuir a la actividad preventiva y represiva del Estado en el terreno de los actos de corrupción pública o privada y los delitos económicos.

Es verdad que la implementación de un programa de integridad no es obligatoria para la persona jurídica. Pero la inexistencia de un programa de integridad adecuado, no sólo generará una mayor responsabilidad penal de la persona jurídica (que no podrá beneficiarse con una pena menor –arg. art. 8º, a contrario, ley argentina 27.401- o la exención de la sanción –arg. art. 9º, a contrario, ley argentina 27.401-) y el favorecimiento de la comisión de delitos en su interior), sino que impedirá a la empresa *celebrar determinados contratos* con el Estado nacional (art. 24 ley argentina 27.401). Precisamente, el artículo 24 de la citada ley de responsabilidad penal empresaria, como una forma de luchar contra la corrupción pública y privada, estipula: “La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá[n] ser aprobado[s] por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos”.

Con respecto a esta disposición, pienso, en principio, que se trata de un **plausible mecanismo dirigido a reforzar los sistemas de prevención de la corrupción en la contratación pública**. Y éste, desde luego, es un objetivo de *trascendencia mayúscula*, toda vez que los *efectos nocivos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes*: amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos, esta clase de corrupción conduce a una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial.²⁸ Sin una competencia real, la ejecución de obras, la ad-

28 Y no son sólo estos efectos de naturaleza económica las derivaciones perniciosas de la corrupción, sino que las hay también de otra índole, como, por ejemplo, aquéllas que repercuten sobre la misma eficacia de los modelos democráticos de gobierno. Subraya Galán Muñoz: “...este fenómeno [la corrupción] atenta contra la propia

quisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos.²⁹ En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles

base estructural del funcionamiento del sistema democrático, ya que, al hacer que los integrantes y responsables de la administración pasen a centrarse en la búsqueda de su enriquecimiento o beneficio personal y no en el interés general, llevará a que el Estado deje de servir al interés de todos o de la mayoría, para pasar a hacerlo al de aquellos pocos que tengan o dispongan del suficiente poder y/o dinero como para estar en situación de mover los hilos del aparato administrativo corrupto, con lo que se pervertirá completamente la propia esencia y fundamento de la democracia. El peligro que ello representa es innegable. La corrupción pone a la administración pública al servicio de unos pocos y no de la mayoría. En concreto y sobretodo, al servicio de los más ricos y poderosos que son, sin duda, quienes gozan de mayores capacidades para emplear sus influencias personales y económicas como eficaz instrumento de «engrase» o manipulación del sistema administrativo en su favor, pudiendo incluso llegar a que esos pocos sean quienes determinen las grandes decisiones políticas y económicas de un país, lo que cuestionará el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante la Administración, pero también y como ya hemos indicado, pondrá en cuestión el propio mantenimiento y funcionamiento del sistema democrático que ha de darse en todo verdadero Estado de Derecho, como desgraciadamente han demostrado algunos ejemplos históricos” -Galán Muñoz, Adolfo, “Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016), pp. 609 y 610-. Para expresarlo en otros términos, diré que la corrupción, cuando es pública –e incluso se convierte en *sistémica*-, produce **consecuencias de carácter político**, en el sentido que afecta los cimientos de las instituciones básicas del Estado, que se desnaturalizan y pierden su característica definitoria teleológica, que las configura como agencias de favorecimiento y tutela de la legalidad, la libertad, el bienestar general y la seguridad. La propia “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” expresa en el Preámbulo su preocupación “...por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la **estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia** y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

- 29 En la misma sintonía, *Galán Muñoz* aduce: “...resulta indudable que la utilización de la corrupción y especialmente de sobornos como método de facilitación de los trámites, gestiones y decisiones de la administración no solo puede y suele repercutir en un incremento injustificado de los precios de los materiales y servicios que requiere y adquiere el sector público, como consecuencia de que quienes pagan sobornos suelen repercutir su coste en los precios que posteriormente cobrarán por sus servicios a las administraciones, sino que además también generará un efecto de desaliento sobre los emprendedores cumplidores de la legalidad, quienes, al ver como los que no lo son obtienen evidentes e injustas ventajas competitivas precisamente como consecuencia de actuar al margen de la legalidad vigente y no por ofrecer mejores servicios que ellos, previsiblemente optarán por cambiar de aires en busca de otros mercados menos corruptos y jurídicamente más seguros en los que desarro-

estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana. En este sentido, Naciones Unidas enfatiza: “La corrupción representa una amenaza seria para el estado de derecho y el desarrollo sostenible en todo el mundo. Tiene un efecto desproporcionado y destructivo sobre los pobres y los más vulnerables, pero también es, simplemente, nociva para los negocios. La corrupción sofoca el crecimiento económico, distorsiona la competencia y presenta graves riesgos legales y para la reputación. Aleja a los inversionistas, actuando como un «impuesto» oculto o un cobro administrativo ilegal, que aumenta consecuentemente los costos para las empresas y, a la larga, para sus clientes. Las prácticas corruptas son perjudiciales para todas las empresas –grandes, pequeñas, multinacionales y locales. Los escándalos empresariales han sacudido los mercados financieros y menoscabado la confianza de los inversores. Esos incidentes también reciben una enorme atención del público y de los medios, y afectan la reputación más allá de la entidad en cuestión o de las personas involucradas”.³⁰ El ámbito de los contratos públicos, por el elevado volumen de recursos que moviliza, tiene un enorme impacto económico y se convierte –por la misma circunstancia- en uno de los terrenos más tentadores para la corrupción de las distintas actividades del sector público, con el consiguiente desperdicio e ineficiencia en el manejo de los fondos que deriva de aquélla.

Por otro lado, decidido que fuera –por parte de la empresa- la disposición de un programa de integridad, su contenido deberá ajustarse a la reglamentación que, al respecto, incluye la citada ley argentina de responsabilidad penal empresaria.

llar su actividad o decidirán incorporar la utilización de sistemas corruptores a su política comercial e industrial para poder subsistir. La utilización de la corrupción repercutirá, por tanto, en una disminución de la competencia y competitividad empresarial del país en que se desarrolla. Pero es que además, si dicho sistema se generaliza y se consolida como una corrupción realmente sistémica se llegará a que sean los propios funcionarios los que busquen, creen y ofrezcan «posibilidades de negocio» para quienes emplean dichos medios, lo que llevará a la aparición de una espiral corruptora en los sectores menos controlados y más proclives a generar riqueza mediante decisiones administrativas, que podrá dar lugar o podrá favorecer la aparición o el fomento de las peligrosas «burbujas» económicas, como la denominada «burbuja inmobiliaria», que en gran parte dio origen a la última gran crisis financiera que ha sufrido España y que muy probablemente habría sido imposible de generar sin la colaboración interesada de amplios sectores de la propia Administración” (Galán Muñoz, “Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal”, pp. 607 y 608).

30 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. iii.

El **artículo 23** de ese conjunto normativo disciplina el contenido del programa de integridad. Lo hace previendo **elementos necesarios** (*contenido obligatorio*) y **elementos opcionales** (*contenido facultativo*).

En orden a los elementos necesarios, este artículo prescribe:

“El Programa de Integridad *deberá contener*, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

- a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;
- b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados”.

Con respecto a estos elementos, *Aboso* hace una valoración general: “... las medidas enumeradas por el art. 23 de la presente ley cubren, a grandes rasgos, los aspectos más relevantes de los sistemas de integridad empresarial, empezando por los códigos de conducta sobre ética empresarial aplicable a cada uno de los distintos niveles jerárquicos de la persona jurídica, seguidos por las reglas y los procedimientos especialmente elaborados para la participación en los contratos con el Estado. Por ejemplo, desde la liminar prohibición de entregar dinero a los funcionarios públicos competentes en la contratación pública específica, no otorgar ventajas o beneficios especiales a aquellos o a sus familiares (líneas crediticias preferenciales o de menor tasa de interés, plazos de devolución más amplios que los establecidos en el mercado), abono de pasajes, hotelería o viáticos para asistir a congresos en el interior o exterior; entregas de dádivas o regalos; pago de almuerzos, vestimentas, [etc.];] incluso el pago de servicios sexuales puede ser considerado un caso de soborno”.³¹

31 *Aboso, Gustavo Eduardo, Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional, Montevideo – Buenos Aires, B de f, 2018, p. 405.*

Sentado esto, conviene puntualizar que la exigencia de que el programa incluya un conjunto de *reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público* (art. 23, inc. b, ley argentina 27.401) responde, como resalta *Vítolo*, a un fundamento claro, a saber: "...el mercado de los contratos y servicios públicos es donde existen mayores tentaciones y se ofrecen más oportunidades a la corrupción –aun– que las licitaciones en el sector público".³² El sector de la contratación pública, pues, es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, con la consecuencia de la distorsión del mercado y el aumento de los precios y de las tarifas que abonan los consumidores para la adquisición de bienes y servicios.

Este elemento insoslayable del programa de integridad, entonces, se vincula con la adopción de lo que podríamos denominar el "protocolo anticorrupción" del instrumento, que incluye reglas y procedimientos específicos de prevención de delitos, tales como, por ejemplo, *sistemas de controles financieros* dirigidos a detectar las llamadas *red flags* (alertas), que pueden evidenciar el pago de sobornos, o procedimientos de *due diligence* (auditoría) para agentes y representantes tales como intermediarios comerciales, despachantes de aduanas, consultores y asesores, entre otros.³³

La legislación argentina, de esta forma, empieza a adoptar caminos concretos para la persecución, juzgamiento y castigo de algunas de las formas más características de lo que podríamos denominar el "**núcleo duro**" de la corrupción.

Los reparos constitucionales que pueden dirigirse contra la consagración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas imponen una **actitud cauta** a la hora de ponderar la legitimidad de la alternativa por la que ha optado, en este sentido, la ley argentina 27.401; por el contrario, distinta parecería ser la situación relativa al "desembarco" del instituto del *criminal compliance* en el Derecho argentino, más allá de las

32 Vítolo, Daniel Roque, *Responsabilidad penal empresaria. Ley 27.401 comentada*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2018, p. 701.

33 Lavia, Laura, "Desafíos en materia de *compliance*: Diseño e implementación de un programa de *compliance* eficaz", en AA.VV., *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Francisco Castex (Director), Andrés M. Dubinsky – Sebastián Martínez, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, pp. 173 y 174.

eventuales críticas³⁴ que merezca la concreta regulación de los “programas de integridad” que trae aquel conjunto normativo: se trata de una **herramienta apriorísticamente útil** para el logro del objetivo que ella persigue. Esperemos que sea un buen comienzo.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*, Montevideo – Buenos Aires, B de f, 2018.
- Cesano, José Daniel – Lascano, Carlos J. – Richard, Efraín Hugo, “Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada”, texto presentado en el “X Congreso de Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas”, Madrid, 22 al 25 de noviembre de 2018.
- De la Mata Barranco, Norberto J., “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2016, núm. 18-01.
- Galán Muñoz, Adolfo, “Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI (2016).
- Gómez Rivero, M^a del Carmen, “Derecho penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017).
- Hurtado Pozo, José, “Corrupción y Derecho penal”, en *Université de Fribourg – Prof. em. José Hurtado Pozo*, disponible en World Wide Web: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf (accedido el 6 de diciembre de 2018).
- Jakobs, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, en Ídem, *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones - Civitas, Madrid, 1997.

34 Por ejemplo, la falta de regulación especial para las hipótesis de pequeñas y medianas empresas, respecto de las cuales los programas de cumplimiento normativo que contempla la ley resultan, por su costo y complejidad, de difícil implementación.

- , “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en Ídem, *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones - Civitas, Madrid, 1997.
- Lavia, Laura, “Desafíos en materia de *compliance*: Diseño e implementación de un programa de *compliance* eficaz”, en AA.VV., Responsabilidad penal de la persona jurídica y *compliance*, Francisco Castex (Director), Andrés M. Dubinsky – Sebastián Martínez, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.
- Malem Seña, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.
- Queralt, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en Revista Crítica Penal y Poder, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2012, n° 2.
- Ruggiero, Vincenzo, *Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anti-criminología*, traducción de Carlos Gradin y Juan L. Finkelstein Nappi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Virgolini, Julio E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Vítolo, Daniel Roque, *Responsabilidad penal empresaria. Ley 27.401 comentada*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2018.

LA GUERRA EN UCRANIA Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: EL PAPEL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹

Kai Ambos²

SUMARIO. I. El renacimiento de la Corte Penal Internacional a raíz de la guerra en Ucrania. 1.1. La competencia de la CPI. 1.2. El ejercicio de la jurisdicción. 1.3. De un “examen preliminar” a una “investigación” formal. 1.4. La inmunidad de Putin como Jefe de Estado. II. De Bucha a La Haya. III. La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales. ¿Equitativa, independiente e imparcial? Bibliografía

- 1 La Primera Parte de este trabajo (1.) fue publicada en la *Deutsche Richterzeitung*, no. 4/2022, p. 166-169 y fue traducida –incluidas las citas en inglés– por Leandro Dias (Universität Würzburg); la Segunda Parte (2.) apareció en *Welt am Sonntag*, 10/4/2002 y fue traducida por Faustino García de la Torre García, Prof. Ayudante de Derecho penal en UCLM; la Tercera Parte (3.) apareció originalmente en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Einspruch, 1/6/2022 y ha sido traducida por Leandro Dias. Los tres textos refundidos han sido revisados y pulidos por el autor y por el Prof. Fernando Velásquez y adaptados por Gustavo Urquizo (Universidad de Göttingen) para esta versión.

El autor dedica este artículo a la Dra. Aura Emérita Guerra de Villalaz en reconocimiento a su trayectoria profesional y su contribución académica.

- 2 Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Público Internacional de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania; director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad; magistrado del Tribunal Especial para Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya y Amicus Curiae de la JEP, Colombia.

Resumen: La invasión rusa a Ucrania el 24 de febrero de 2022 es, para muchos, un cambio paradigmático del orden internacional. Desde la perspectiva del Derecho penal internacional vemos un tipo de renacimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) cuya Fiscalía ha sido encargada –a través de una remisión colectiva, sin precedentes, de 41 Estados– de llevar a cabo la investigación de posibles crímenes internacionales, especialmente, crímenes de guerra, cometidos durante el conflicto. Esto se va tratar más detalladamente en la primera parte de esta contribución. En la segunda parte, se discute la posible reacción de la justicia (penal) internacional a los crímenes cometidos en Bucha, en los entornos de Kiev. Finalmente, se introduce otra perspectiva analizando críticamente la investigación y persecución penal de crímenes internacionales, sobre todo crímenes de guerra, por las autoridades ucranianas.

I. El renacimiento de la Corte Penal Internacional a raíz de la guerra en Ucrania

1.1. LA COMPETENCIA DE LA CPI

Según el Estatuto de Roma, la CPI es en principio competente respecto de los crímenes establecidos en los arts. 5-8^{bis}³ cometidos en el territorio de los Estados Partes (art. 12 (2)(a)) o por nacionales de los Estados Partes (art. 12 (2)(b)).⁴ Este régimen de competencias –limitado a la territorialidad y a la personalidad activa– es ampliado en dos aspectos: por un lado, un Estado que no sea Parte puede someterse voluntariamente a la jurisdicción de la CPI (art. 12 (3)), y, por otro lado, el Consejo de Seguridad de la ONU puede remitirle situaciones a la Corte y, de ese modo, fundamentar su competencia (art. (13)(b)).

Ucrania se ha acogido a la primera opción de ampliación y ha aceptado la competencia de la CPI mediante dos declaraciones de sometimiento: en la primera Declaración del 9/4/2014,⁵ el gobierno ucraniano reconoce la competencia de la CPI sobre los crímenes cometidos en su territo-

3 Las disposiciones que aparecen sin ninguna mención en el texto pertenecen al Estatuto de la CPI.

4 Con mayor detalle sobre el régimen de la competencia Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2016, p. 242 y ss.; Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Rechtshilfe, C.H. Beck, 2018, § 8, n.º m. pp. 4 ss.

5 Cf. Embassy of Ukraine, 2014.

rio durante el período comprendido entre el 21/11/2013 y el 22/2/2014; con la segunda Declaración del 8/9/2015⁶ extiende este período –a partir del 20/2/2014– indefinidamente hacia el futuro. Por tanto, la Corte es, en principio, competente respecto de todos los crímenes del Estatuto cometidos en el territorio nacional de Ucrania desde el 21/11/2013 (sobre la excepción respecto del crimen de agresión, véase *infra*).

1.2. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

Si la CPI es competente, su jurisdicción debe ser activada (“triggered”). Esto puede hacerse de tres maneras: por remisión de una situación a través de los Estados Partes (art. 13 a)); a través del Consejo de Seguridad (art. 13 b)); o, a través de una actuación de oficio de la Fiscalía (art. 13 c)). En nuestro caso, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de la ONU realice una remisión queda obviamente descartada porque Rusia, como miembro permanente del Consejo de Seguridad, impediría dicha resolución mediante su veto⁷. Una auto-remisión por parte de Ucrania en el sentido del art. 13(a) –algo que fue realizado por algunos Estados africanos en los primeros años de la Corte⁸– también queda descartada, precisamente porque no es un Estado Parte.

Por consiguiente, la Fiscalía inició en un primer momento un examen preliminar (“preliminary examination”; para más detalles, véase *infra*) de oficio, de conformidad con el art. 15; éste, sin embargo, solo puede continuar con la aprobación de una Sala de Cuestiones Preliminares de tres miembros, si es que existe un “fundamento suficiente” (art. 15 (3)). Este control judicial temprano sobre la Fiscalía en el marco del examen preliminar fue el precio que los Estados que estaban a favor de la Corte tuvieron que pagar por una Fiscalía independiente que también pudiese actuar de oficio⁹. No se trata de una mera “formalidad” para la autoridad acusadora como demuestran las decisiones que han rechazado la autorización.¹⁰

6 Cf. Minister for Foreign Affairs, 2015.

7 De un modo similar a cómo Rusia ya bloqueó la primera resolución del Capítulo VII, cf. UN, 2022 febrero 25.

8 Ambos, Kai, 2016, p. 257 ss.; Ambos, Kai, 2018, § 8, n.º m. 7.

9 Ambos, Kai, 2016, p. 265.

10 Así, p. ej., en la situación de Afganistán, donde la Sala de Cuestiones Preliminares, en una controvertida decisión del 12/4/2019, no autorizó la apertura de un procedimiento de investigación por crímenes cometidos, entre otros, por los talibanes, las fuerzas afganas y estadounidenses. Fundamentó esto con una interpretación amplia

Sin embargo, la necesidad de una revisión judicial –con los correspondientes riesgos para la Fiscalía– no existe en el caso de las remisiones estatales y del Consejo de Seguridad, por lo que la –ya mencionada– remisión estatal colectiva de la situación de Ucrania le ha concedido a la Fiscalía una posición más robusta. El propio Fiscal de la CPI, Karim A.A. Khan, no solo lo ha reconocido en varias ocasiones,¹¹ sino que él mismo sugirió dicha remisión estatal en su declaración del 28/2/2022.¹² En consecuencia, al día siguiente –el 1/3/2022–, Lituania hizo la primera remisión, que fue acompañada el 2/3/2022 por una remisión colectiva de otros 38 Estados,¹³ y el 11/3/2022 con una remisión de otros dos Estados,¹⁴ de modo que un total de 41 Estados han remitido la situación de Ucrania. Esto no había ocurrido nunca. En la única situación de remisión colectiva de Estados (relativa a Venezuela), el número de Estados que la apoyaban era solo de seis.¹⁵

del concepto ya indeterminado de “intereses de la justicia” (“interests of justice”). La Sala consideró que, de todos modos, Estados Unidos no iba a cooperar (ICC-02/17-33, 12/4/2019, párr. 89 ss.). Sin embargo, la Sala de Apelaciones anuló esta decisión y autorizó la apertura de un procedimiento de investigación (ICC-02/17-138, 5/3/2020).

- 11 P. ej. en su declaración del 11/3/2022: “Mi Oficina ha respondido inmediatamente a este inédito reclamo colectivo de los Estados Partes”.
- 12 “Una vía alternativa establecida en el Estatuto que podría agilizar todavía más las cosas sería que un *Estado Parte de la CPI le remitiera la situación a mi Oficina*, lo que nos permitiría *proceder de forma activa e inmediata* con las investigaciones independientes y objetivas de la Oficina” [traducción y resaltado KA].
- 13 República de Albania, Mancomunidad de Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica (Grecia), Hungría, República de Islandia, República de Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República Portuguesa, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- 14 Japón y Macedonia del Norte.
- 15 Concretamente, Argentina, Chile, Paraguay, Canadá y Colombia; Declaración Fatou Bensouda, 27/9/2018.

1.3. DE UN “EXAMEN PRELIMINAR” A UNA “INVESTIGACIÓN” FORMAL

El procedimiento preliminar ante la CPI puede dividirse a grandes rasgos en dos etapas: el examen preliminar ya mencionado (“preliminary examination”) y la investigación formal (“investigation”).¹⁶ La predecesora de Khan, la gambiana Fatou Bensouda, ya había iniciado exámenes preliminares sobre posibles delitos cometidos en territorio ucraniano desde el 25/4/2014 en el marco de sus facultades *proprio motu* (art. 15). Antes de entregarle el cargo a Khan, Bensouda anunció el cierre (exitoso) de estos exámenes preliminares el 11/12/2020 y declaró que se cumplían las condiciones para abrir una investigación formal (“investigation” en el sentido del art. 53 (1)); según éste, se requiere un “fundamento razonable” (“reasonable basis”) para iniciar una investigación (formal) y la Fiscalía debe tener en cuenta también el “interés de la justicia” (“interests of justice”).¹⁷

En este sentido, Bensouda consideró que había un “fundamento suficiente” para suponer la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad; la sospecha de comisión de crímenes se refería a los acontecimientos que tuvieron lugar desde el 26/2/2014 en relación con la anexión de Crimea y desde el 30/4/2014 en relación con la situación en el este de Ucrania (respecto de esto último, solo crímenes de guerra).¹⁸

Como consecuencia de esto, Khan anunció por primera vez en la mencionada declaración del 28/2/2022 que le solicitaría a la Sala de Cuestiones Preliminares una autorización para (más) investigaciones, lo que, sin embargo, ya no era necesario tras las mencionadas remisiones estatales. Luego, el 2/3/2022, anunció la *apertura de una investigación formal* en el sentido del art. 53 (1),¹⁹ según la cual sus investigaciones se refieren a posibles crímenes cometidos en Ucrania desde el 21/11/2013. En concreto, se trata de los mencionados crímenes de lesa humanidad y, sobre todo, de crímenes de guerra, pero no de genocidio (por razones fácticas), ni del crimen de agresión (por razones jurídicas).²⁰

16 Ambos, Kai, 2016, p. 335 ss.; Ambos, Kai, 2018, § 8, n.º m. 20 ss.

17 Ambos, Kai, 2016, p. 343 ss.; Ambos, Kai, 2018, § 8, n.º m. 23 s.

18 Preliminary Examinations Report 14/12/2020, párr. 278-281.

19 Esta decisión le fue comunicada formalmente a la Sala de Cuestiones Preliminares el 7/3/2022.

20 Esto último dado que la CPI solo puede ejercer su jurisdicción a este respecto si el Consejo de Seguridad de la ONU le remite una situación correspondiente (art. 15ter) o si tanto el Estado agresor, como el Estado víctima, son Estados Partes (art. 15bis (4), (5)) (cf., con mayor detalle, sobre el (complicado) régimen jurisdiccional del cri-

Desde luego, con la invasión rusa el foco de la investigación se ha desplazado a los hechos que pudieron haber sido cometidos en este contexto, es decir, en especial a los crímenes de guerra. El propio Khan ha destacado que ahora se trataría sobre todo de obtener pruebas en el lugar²¹ en un sentido muy amplio²² y en cooperación con todos los intervinientes en el conflicto,²³ lo que incluye a Rusia.²⁴

Desde un punto de vista procedimental, la mencionada obtención de pruebas sirve para concretar e individualizar las posibles imputaciones, que en última instancia tendrían que conducir a la solicitud de órdenes de detención contra los principales responsables y a la formulación de cargos –si se cumplen los elevados niveles de sospecha–. Al solicitar una orden de detención, la Fiscalía debe tener un “motivo razonable para creer” que se ha cometido el hecho (“reasonable grounds to believe”, art. 58(1)), mientras que al formular los cargos debe tener “motivos fundados para creer” que se ha cometido el hecho (“substantial grounds to believe”, art. 61(5)).

Que esto vaya a ocurrir realmente depende de numerosos factores, respecto de los cuales la Fiscalía solo tiene un control limitado. Aunque las condiciones marco a nivel jurídico –no sólo por la remisión colectiva de los Estados, sino también por otros pasos jurídicos (exitosos) contra Rusia²⁵– son bastante positivas, la Fiscalía depende en última instancia tam-

men de agresión Zimmermann, Andreas/Freiburg-Braun, Elisa, en Ambos, (ed.), Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary, Hart, Beck & Nomos, 4ta ed. 2022, Art. 15bis (pp. 899 ss.) y Art. 15ter (pp. 927 ss.).

- 21 Declaración Khan, 11/3/2022: “evidence-collection activities”.
- 22 Declaración Khan, 16/3/2022: “full range of documentary, digital, forensic and testimonial evidence”.
- 23 Declaración Khan, 11/3/2022: “all relevant stakeholders and parties to the conflict”.
- 24 Declaración Khan, 16/3/2022: “... también le he enviado una solicitud formal a la Federación Rusa para reunirme con sus autoridades competentes y discutir la situación actual en lo que respecta al cometido de mi Oficina. En mi opinión, es esencial que la Federación Rusa se comprometa activamente en esta investigación y estoy dispuesto a reunirme con ellos”.
- 25 Véase, por un lado, la Uniting for Peace Resolution de la Asamblea General de la ONU (ONU, 2/3/2022), y, por otro, la orden de medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia (ICJ, 16/3/2022); la exclusión de Rusia del Consejo de Europa también debe mencionarse en este contexto (Decisión del Consejo de Ministros del 16/3/2022, CM/Res(2022)2), aunque esto también elimina la jurisdicción del TEDH (art. 58(3), CEDH) con efecto a partir del 16/9/2022. Además, se recurre a la posibilidad de realizar investigaciones descentralizadas; sobre las

bién en este proceso –y quizá incluso más de lo habitual²⁶– del apoyo real de Estados que actúan de buena fe, a los que Khan ha recurrido en repetidas ocasiones para obtener contribuciones financieras (adicionales) y la puesta a disposición de expertos nacionales.²⁷

Como fuese, desde el punto de vista jurídico se plantea la cuestión de la inmunidad del presidente Putin, en tanto Jefe de Estado, en relación con una posible investigación y persecución penal. Veamos esto con más detalle.

1.4. LA INMUNIDAD DE PUTIN COMO JEFE DE ESTADO

Respecto de la cuestión jurídica de la inmunidad, hay que distinguir inicialmente entre la inmunidad personal (*ratione personae*), que es la pertinente en este caso y a la que solo pueden acogerse los máximos representantes del Estado (la llamada tríada de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores), y la inmunidad funcional (*ratione materiae*) para las acciones oficiales (soberanas) (*acta iure imperii*).²⁸ Mientras que esta última está restringida en el caso de los crímenes internacionales graves en las relaciones interestatales (horizontales),²⁹ la primera rige en

investigaciones estructurales del Fiscal General Federal, véase, p. ej., Beck-aktuell, 2022.

- 26 Declaración Khan, 16/3/2022: “La envergadura de esta investigación y el difícil entorno en el que se llevará a cabo le plantean exigencias ineludibles a mi Oficina...”.
- 27 Véase, por último: “Reitero mi exhortación a esos Estados para que le brinden asistencia a mi Oficina, incluso mediante contribuciones financieras voluntarias y el suministro de expertos nacionales mediante un régimen de adscripción. Esto será esencial para satisfacer las necesidades urgentes de recursos de mi Oficina y para permitirnos abordar eficazmente todas las situaciones que se están investigando o juzgando actualmente” (Declaración Khan, 16/3/2022).
- 28 MüKo-StGB/Ambos, Vor § 3, En Erb, Volker, Schäfer, Jürgen: *Münchener Kommentar: Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, 2020, n.º m. 105 s.; con mayor detalle, especialmente también sobre la naturaleza jurídica (procesal) Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part* Oxford University Press, 2nd ed. 2021, p. 528 y ss. [532 y ss.].
- 29 Recientemente, BGH 2021, 1326, comentario de Kreß, Claus, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.1.2021 – 3 StR 564/19”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 21, p. 724, con comentario de Werle, Gerhard, *Strafverteidiger (StV)* 2021, p. 549, con comentario de Ambos, Kai; véase también Frank, Peter/Barthe, Christoph, “Immunitätsschutz fremdstaatlicher Funktionsträger vor nationalen Gerichten: Eine Zerreißprobe für das moderne Völkerstrafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 133(1), p. 235; Jeßberger, Florian/Epik, Aziz, “Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten – zugleich Besprechung

principio de forma irrestricta, pero experimenta una restricción en las relaciones verticales (del Estado a la Corte Penal Internacional). Esto significa que el Presidente Putin, como Jefe de Estado, estaría protegido de la persecución penal nacional —es decir, en la relación interestatal (horizontal)— por el principio de inmunidad del Estado (razón por la cual se impiden inicialmente las investigaciones nacionales al respecto; por consiguiente, el Fiscal General Federal solo puede llevar a cabo una investigación estructural respecto de Putin), pero no podría invocarlo ante la CPI —en la relación vertical (art. 27)—.

Es más difícil responder a la pregunta de si los Estados tendrían que ejecutar una orden de detención de la CPI. En primer lugar, tal obligación solo existe en principio para los Estados Partes (arts. 86 ss.). Excepcionalmente, puede extenderse a otros Estados si estos (como Ucrania) se han sometido a la competencia de la CPI y, por tanto, también están obligados a cooperar (art. 12(3) oración 2) o si el Consejo de Seguridad le ha remitido a la CPI una situación en un Estado que no es Parte (art. 13b) y ha obligado a este y a otros Estados (que no sean Partes) a cooperar en la resolución correspondiente.

De lo contrario, los Estados que no sean Partes solo pueden estar obligados a cooperar sobre la base de (otros) tratados internacionales, en particular el art. VI de la Convención sobre Genocidio (CGen), que obliga a los Estados Partes a llevar a los sospechosos de haber cometido un genocidio ante un tribunal penal internacional competente; sin embargo, esto presupone que los Estados Partes han reconocido la jurisdicción de dicho tribunal penal internacional (como la CPI).³⁰ No obstante, la CGen puede complementar una resolución correspondiente del Consejo de Seguridad con miras a un deber de cooperación por parte de los Estados que no sean Parte de la CPI, pero que son Parte de la CGen y que están obligados a cooperar (para evitar genocidios) sobre la base de esta convención.³¹

BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 – 3 StR 564/19”, Juristische Rundschau (JR) 1, 2022, p. 10.

30 Cf. ICJ, Judgment, ICJ Reports, 2007, 43, párrs. 439–450.

31 Sluiter, Göran, “Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the *Al Bashir* Case”, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 8(2), 2010, 365, 371–372; Akande, Dapo, The impact of the Genocide Convention on the obligation to implement ICC arrest warrants, en: Steinberg, Richard H.: (ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, 2016, p. 77, 81; de otra opinión, Gaeta, Head of state immunity as a bar to arrest, en: Steinberg, Richard H. (ed.): *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, 2016, p. 84, 90 y ss.

En lo que respecta a la CPI, la cuestión decisiva es la de cómo se puede resolver la tensión entre la inmunidad del Estado y el deber de cooperación (art. 98(1)). El art. 98(1) es una disposición procesal dirigida a la CPI (“The Court may not proceed...” [“La Corte no dará curso...”]) para determinar el procedimiento a seguir en caso de reglas de inmunidad que entren en conflicto con un deber de cooperación, es decir, es una especie de “conflict-avoidance rule” [regla para evitar conflictos].³² En este sentido, la Sala de Apelaciones de la CPI parte de la base de que no puede derivarse del derecho internacional consuetudinario ninguna inmunidad del Estado frente a un tribunal internacional.³³

Esto se aplica no solo en la relación vertical (Estado-CPI) (según el art. 27), sino también en la relación horizontal (interestatal), porque en el caso de una orden de detención de la CPI, un Estado la ejecuta solo en nombre de la CPI, es decir, no actúa de forma autónoma –como en la relación puramente interestatal (horizontal)–. Al respecto se dice en el caso de Jordan Al-Bashir:

La ausencia de una regla de derecho internacional consuetudinario que reconozca la inmunidad de los Jefes de Estado frente a los tribunales internacionales es relevante no sólo para la cuestión de si un tribunal internacional puede emitir una orden de detención de un Jefe de Estado y llevar a cabo un procedimiento contra él, sino también para la relación horizontal entre los Estados cuando un tribunal internacional le solicita a un Estado que detenga y entregue al Jefe de Estado de otro Estado.³⁴

32 Véase también ICC-02/05-01/09-397), 6/5/2019, párr. 5, 130 ss.

33 ICC-02/05-01/09-397), 6/5/2019, párrs. 1, 103–117 (113): “there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court” (“no existe ni la práctica de los Estados ni la *opinio juris* que apoye la existencia de la inmunidad del Jefe de Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario *vis-à-vis* un tribunal internacional”); en un sentido similar, previamente ya Special Court for Sierra Leone, 31/5/2004, SCSL-2003-01-I, párrs. 37 ss. Cf. al respecto, en detalle, Krefß, Claus, en: Ambos, Kai (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, Hart, Beck & Nomos, 4ta ed. 2022, Art. 98, n.º m. 114–130.

34 ICC-02/05-01/09-397, párrs. 2, 114; también, Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmaski and Bossa, párrs. 441–445). [The absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity *vis-à-vis* international courts is relevant not only to the question of whether an international court may issue a warrant for the arrest of a Head of State and conduct proceedings against him or her, but also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State].

Previamente, ya la Sala de Cuestiones Preliminares I,³⁵ señaló que: “al cooperar con esta Corte y, por tanto, al actuar en su nombre, los Estados Partes son instrumentos para la aplicación del *jus puniendi* que la comunidad internacional le ha confiado a esta Corte”.³⁶ Sin embargo, esto ha sido criticado, especialmente porque tal interpretación del derecho internacional consuetudinario es difícil de conciliar con su elemento constitutivo de la práctica estatal —que se adhiere en gran medida a la inmunidad del Estado—. ³⁷ Tampoco es necesaria una interpretación tan amplia cuan-

35 Malawi Decision, *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-139), 12/12/2011, párr. 46: “when cooperating with this Court and therefore acting on its behalf, States Parties are instruments for the enforcement of the *jus puniendi* of the international community has been entrusted to this Court”.

36 Al respecto, Krefß, Claus, en: Ambos, Kai, (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, Hart, Beck & Nomos, 2022, Art. 98, n.º m. 131-134.

37 Held, Florian, “The ICC’s Al Bashir jurisprudence over the last decade: enforcer of the will of States Parties or of a global *jus puniendi*?” *Cambridge International Law Journal* 10(1), 2021, 54, pp. 66–68; Cryer, Robert, Robinson, Darryl & Vasiliev, Sergey, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 4ta ed. 2019, p. 530; Heller, Kevin J., A Thought Experiment About Complementarity and the Jordan Appeal Decision, *Opinio Juris*. <https://www.opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/> 9/5/2019; Batros, Ben, A Confusing ICC Appeals Judgment on Head-of-State Immunity. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/> 7/5/2019; Kiyani, Asad, Elisions and Omissions: Questioning the ICC’s Latest Bashir Immunity Ruling, *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/63973/elisions-and-omissions-questioning-the-iccs-latest-bashir-immunity-ruling/> 8.5.2019; Akande, Dapo, ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals, *EJIL:TALK! BLOG EUR. J. INT’L L.* <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> 6/5/2019; Zimmermann, Andreas, “Internationaler Strafgerichtshof am Scheideweg”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 77(6), 2022, 261, 265 s.; crítico, desde un punto de vista procedimental, Galand, Alexandre, Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber’s Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir, *EJIL:Talk!* <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>, 6/6/2019 (quien entiende que la sentencia significa que el efecto frente a terceros del art. 27 requiere siempre una resolución del Consejo de Seguridad). En cambio, a favor, Krefß, Claus, Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber’s Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. *TOAEP Occasional Paper Series*, 8. <https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress>, 2019; Sadat, Leila, Why the ICC’s Judgment in the al-Bashir Case Wasn’t So Surprising. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccs-judgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/>, 12/7/2019.

do, como en el caso de Sudán/Al-Bashir, la inmunidad ya ha sido excluida por una resolución del Consejo de Seguridad.³⁸ En ese sentido, podría argumentarse que la Sala de Apelaciones se excedió en su ámbito de revisión —en el sentido del principio *ne ultra petita*—, porque la cuestión del reconocimiento de la inmunidad en virtud del derecho internacional consuetudinario no fue objeto de las solicitudes de las partes y tampoco fue relevante para la decisión.

Como fuese, si se sigue el punto de vista de la Sala de Apelaciones, Putin no podría ampararse en su inmunidad como Jefe de Estado si la CPI emitiese una orden de detención contra él, porque la orden tendría que ser ejecutada en todo caso por los (123) Estados Partes de la CPI y los Estados que no son Partes estarían eventualmente autorizados a ejecutarla.

II. De Bucha a La Haya

Las escenas de los crímenes de Bucha dejan claro que los actos de guerra rusos en Ucrania no pueden eludir las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal internacional. Alemania y sus aliados deben apoyar con todas sus fuerzas a la CPI de la Haya, porque solo este Tribunal —en colaboración con otras instituciones supranacionales de persecución y las fiscalías nacionales— podrá esclarecer los crímenes del Derecho penal internacional cometidos en Ucrania y llevar a los responsables ante la justicia.

Como se ha mencionado, la apertura de una investigación formal sobre la situación en Ucrania desplazó la atención, con los actos rusos de invasión, a los posibles crímenes de guerra allí cometidos. Este enfoque es apropiado debido a que la comisión de dichos crímenes del Derecho penal internacional (contemplados en el Art. 8 ER) son más fáciles de probar que el crimen de Genocidio del Art. 6 ER, el cual requiere la prueba de una intención específica (*mens rea*) de destruir los grupos protegidos, así como el crimen de lesa humanidad previsto en el Art. 7 ER, que debe manifestarse en un “ataque sistemático contra la población civil. Además, la CPI no cuenta con jurisdicción para diluir responsabilidades por crímenes de agresión (Art. 8 *bis* ER). La opción de crear una Corte especial o la de un Tribunal Ad hoc para el caso que nos ocupa debe ser rechazada por varias razones. En primer lugar, porque un Tribunal así difícilmente podría ser establecido por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas debido al poder de veto ruso. Pero especialmente ha de rechazarse para no debilitar en última instancia a la Corte Penal Internacional.

38 ICC-02/05-01/09-397, párr. 7, 133 ss.

Ahora, la cuestión principal reside en la conservación de las pruebas que puedan obtenerse con la retirada parcial de las tropas rusas de las ciudades ucranianas, lo cual permitirá acceder a escenas del crimen aún calientes como es la ciudad de Bucha. En estos lugares se podrán practicar autopsias a víctimas mortales, interrogar a los testigos supervivientes, obtener más pruebas, amén de completar y verificar las pruebas digitales ya existentes. En Ucrania no solo trabajan investigadores que pertenecen a la fiscalía de la CPI, sino también periodistas y otro personal de organizaciones no gubernamentales. Aunque sus informes, como el realizado recientemente por la organización estadounidense *Human Rights Watch*, no suelen aportar pruebas susceptibles de utilizarse ante los tribunales, pueden constituir un importante punto de partida para llevar a cabo nuevas investigaciones.

Tan solo la CPI, organización internacional que cuenta con el apoyo de más de 100 Estados y con muchos años de experiencia en la investigación de los crímenes más graves, ostenta autoridad y legitimidad suficiente para llevar a cabo investigaciones pertinentes de cara al enjuiciamiento de los crímenes graves cometidos en Ucrania. No obstante, la Fiscalía necesita más apoyo, ya sea mediante el envío de expertos por parte de las autoridades nacionales o internacionales, ya sea mediante la prestación de asistencia técnica. En este sentido, hay que destacar que, de cara a este conflicto, se cuenta con la mejora técnica de las capacidades de investigación de la fiscalía, que puede hacer uso de medios digitales, gracias al apoyo de numerosos Estados, entre ellos Alemania.

Los equipos o grupos de investigación propios de organizaciones internacionales, como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU o la Unión Europea, así como las autoridades nacionales de investigación, tales como la fiscalía general del Estado en el contexto de sus investigaciones estructurales, también pueden prestar un importante apoyo a la CPI. En este sentido, se debe tener en cuenta que la coordinación de las investigaciones entre todos estos actores es un reto práctico importante, dado que la intervención de demasiados actores puede llegar a ser contraproducente, si llegase a obstruir las múltiples audiencias de los testigos o llegase a causar cierta fatiga sobre ellos. Los equipos o grupos de investigación de organizaciones internacionales, así como las autoridades nacionales de investigación no deben competir con la Fiscalía de la CPI, sino apoyarla tanto como sea posible, comenzando por reconocer su papel de liderazgo. Se trata de la llamada “complementariedad positiva” inherente a la arquitectura de la CPI, que pretende garantizar que el establecimiento de responsabilidad penal internacional a los individuos se basa en una estrecha

cooperación entre los fiscales nacionales e internacionales en el marco de un sistema de justicia penal internacional.

Una vez establecida la sospecha de la comisión de crímenes de guerra, lo cual forma su primera base, el siguiente paso consiste en identificar e individualizar a los autores directos de los crímenes, y atribuir sus acciones a los principales responsables en torno al presidente Vladimir Putin. Para ese fin, el Derecho penal internacional ofrece varios instrumentos, en particular la autoría mediata (*mittelbare Täterschaft*) en el marco de los aparatos organizados de poder, la cual se desarrolló principalmente en Alemania, así como la figura de la responsabilidad del mando o superior. En esencia, el objetivo principal de estas categorías dogmáticas en el Derecho penal internacional es llegar a los actos cometidos por “los grandes” que están detrás de estos actos cometidos por “los pequeños”. En el caso que nos ocupa, estos “grandes” se identifican con la tríada formada por el jefe de Estado (Putin), el jefe de Gobierno (Mijaíl Mishustin) y el ministro de Asuntos Exteriores (Serguéi Lavrov), quienes podrían invocar el principio de la inmunidad del Estado en virtud del derecho internacional, evitando así el procesamiento por parte de la justicia penal nacional. Este aspecto también habla decisivamente a favor de la intervención de la CPI, ya que en principio no hay inmunidad ante ella.

Es más, según una reciente decisión de su Sala de Apelaciones, ni siquiera los Estados que actúan en nombre de la CPI, por ejemplo, ejecutando una orden de detención, se ven impedidos de detener a responsables de crímenes internacionales por la posible inmunidad. Por supuesto, la CPI solo puede detener a un sospechoso si su Estado de origen coopera de algún modo, ya sea deteniéndolo y trasladándolo tras un cambio de régimen, o al menos permitiendo que se produzca dicho traslado. Evidentemente, no es el caso de Rusia mientras el régimen de Putin siga en el poder. Pero las relaciones de poder internas pueden cambiar, como nos enseña la historia, y una orden de arresto emitida por la CPI contra Putin y otros responsables principales tendría en cualquier caso un efecto sancionador considerable, porque además de los 123 Estados Parte de la Corte, los Estados no contratantes están en principio también autorizados a ejecutar dicha orden de arresto. Esto restringe considerablemente el alcance de los movimientos de una persona buscada por una orden de detención.

III. La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales. ¿Equitativa, independiente e imparcial?

Debido a la euforia generalizada por la admirable lucha defensiva de las fuerzas armadas ucranianas contra la guerra de agresión rusa es fácil olvidar que, hasta hace unos meses, Ucrania estaba considerada como un caso problemático en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de un Estado de Derecho. No solo se estimó insuficiente la lucha contra la corrupción prometida por el presidente Zelenski, sino que también se denunciaron déficits clásicos en materia de Estado de Derecho, sobre todo en lo que respecta a la independencia del poder judicial. Es poco probable que estos problemas hayan desaparecido —en un abrir y cerrar de ojos— con la invasión rusa del 24 de febrero. Por consiguiente, los elogios generalizados que se produjeron en relación con el reciente juicio por crímenes de guerra contra un soldado ruso, a veces incluso combinados con himnos de alabanza al Estado de Derecho ucraniano, deberían dar lugar, como mínimo, a un análisis crítico. Las dudas sobre la imparcialidad de las investigaciones ucranianas respecto de crímenes internacionales, especialmente crímenes de guerra, también deben ser objeto de una indagación carente de sesgos.

El proceso contra el conductor de tanques Vadim Shishimarin plantea varios interrogantes. Así, p. ej., no está claro cómo se obtuvo su confesión. No sabemos nada sobre el procedimiento de investigación, especialmente ante quién y en qué momento produjo esta confesión. Tampoco sabemos si Shishimarin fue presionado para realizarla. Ni se sabe si su abogado defensor, conocido en Ucrania por ser el abogado del expresidente Yanukóvich, estuvo presente durante la confesión. No obstante, sabemos que Shishimarin actuó siguiendo órdenes, aunque no está claro cuáles fueron exactamente esas órdenes y por qué fueron impartidas. ¿El homicidio de un integrante de la población civil pretendía encubrir el hurto de un automóvil que realizó el autor junto a sus compañeros? ¿O acaso se temía que la víctima fuese a revelar la ubicación de los soldados rusos, convirtiéndolos en un blanco fácil para las fuerzas armadas ucranianas? En este último caso, no sería tan indiscutible la antijuridicidad evidente de la orden impartida y, por tanto, tampoco la negación de su efecto excluyente de la punibilidad. Incluso según el Código Penal ucraniano, que prevé una regulación diferenciada de la obediencia debida (art. 41), el factor decisivo es la antijuridicidad evidente de la orden. Y si se asumiese algo así, aún podría entrar en consideración un error del soldado sobre la conformidad a derecho de la orden, posiblemente exculpante.

Es especialmente llamativa la dura condena a prisión perpetua que se le impuso a Shishimarin. La condena se basa en el crimen de guerra de homi-

cidio (doloso) de civiles contemplado en el Código Penal ucraniano. Este puede ser castigado con una pena de prisión de 10 a 15 años o con prisión perpetua (Art. 438, párr. 2, CP ucraniano). Por tanto, a diferencia del § 8, párr. 1, n.º 1, VStGB [Código de Derecho Penal Internacional de Alemania], la prisión perpetua no está prevista aquí como pena fija, por lo que su imposición resulta sorprendente por varias razones. Ante todo, solo se trata del asesinato de *un* civil, que, además, no presenta otros elementos que puedan agravar la pena. Es decir, en el contexto del crimen de guerra de homicidio de civiles, se trata –en contra de lo dispuesto en el § 8, párr. 1, n.º 1, VStGB– de un hecho que ha de ser situado en una escala de gravedad más baja. De ahí que haya que partir de la pena mínima de 10 años o, en todo caso, de la pena de prisión de 10 a 15 años. Además, Shishimarin es un joven de 21 años, sin condenas anteriores, que creció en circunstancias sociales difíciles en Siberia, que también se entregó voluntariamente, cooperó mediante su confesión, actuó bajo órdenes y también mostró arrepentimiento. Incluso si el tribunal dudase de la sinceridad de éste, todos estos factores son circunstancias que deben tenerse en cuenta como atenuantes según el derecho penal ucraniano (art. 66, CP ucraniano). Por el contrario, es evidente que no hay razones para agravar la pena (art. 67). Por todo esto, la prisión perpetua luce desproporcionada, lo que se ve agravado por el hecho de que en Ucrania no existe la posibilidad de suspender la pena condicionalmente (en el sentido, p. ej., del § 57a, StGB). Únicamente existe la posibilidad –previa solicitud después de 20 años como mínimo (art. 151, párr. 7, Ley de Ejecución Penal)– de una reducción de la condena a un mínimo de 25 años por medio de un indulto presidencial (art. 106, n.º 27, Constitución, en relación con el art. 87, CP ucraniano). En cualquier caso, el régimen de indulto ucraniano no está orientado a la idea de la resocialización, ni se aplica de forma transparente y eficaz en absoluto, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió considerando en 2019 a la prisión perpetua (sin posibilidad de una suspensión) como una violación de la prohibición de la tortura (art. 3º, CEDH) (párr. 169 ss.).

La otra cara de la moneda del proceso contra Shishimarin y de los procesos futuros por crímenes rusos es la pregunta sobre si las autoridades ucranianas perseguirán con el mismo empeño los posibles crímenes ucranianos.³⁹ Existen dudas fundadas al respecto. Lo primero que llama la atención es que la fiscal general ucraniana, Iryna Venediktova, afirme que también se están realizando investigaciones sobre los crímenes ucranianos, pero al mismo tiempo quiera posponerlas al periodo de posguerra. De hecho, su oficina se ocupa exclusivamente de los crímenes rusos, lo que

39 Véase p. ej. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, párrs. 41, 46 ss.

también incluye el cruce de la frontera por parte de soldados rusos,⁴⁰ que como parte de la actividad normal de los combatientes no constituye en absoluto un crimen de guerra. Asimismo, es preocupante que todavía no se hayan unido otros Estados miembros de la UE al equipo conjunto de investigación (“joint investigation team”, JIT) creado recientemente entre Ucrania, Polonia y Lituania.

Aunque Estonia, Letonia y Eslovaquia también se adhirieron el 31 de mayo, aún faltan importantes Estados miembros que investigan intensamente la situación de Ucrania, como Alemania, Francia y los Países Bajos. En cambio, un Estado que no pertenece a la UE es quien encabeza el equipo. Aunque esta ampliación de un JIT a Estados que no forman parte de la UE es posible mediante un acuerdo separado,⁴¹ es difícilmente compatible con el sentido y el fin de un JIT —un instrumento de investigación creado para la persecución de la delincuencia transfronteriza en el ámbito de la UE— utilizarlo para investigar delitos en el territorio de una parte del conflicto armado y, además, concederle a esta parte del conflicto un papel tan destacado. Esto genera el peligro de que las investigaciones tengan una orientación unilateral, sobre todo porque es de esperar que Polonia y Lituania refuercen el énfasis ucraniano en los hechos rusos en lugar de compensarlo. Estas preocupaciones podrían disiparse si se publicasen al menos extractos del JIT, pero en cambio se ha mantenido en secreto en La Haya incluso para las embajadas de los Estados miembros de la UE. Surge la pregunta, entonces, de por qué es necesario este secretismo.

Ante este panorama, no resulta sorprendente que la Fiscalía de la CPI no se haya unido al JIT como miembro (“member”), sino solo como participante (“participant”), máxime si está obligada a investigar los actos de todas las partes del conflicto de forma independiente e imparcial. El hecho de que Ucrania aún no haya ratificado el Estatuto de Roma de la CPI no contribuye mucho a generar confianza, y hay informes de que algunos generales ucranianos, en particular, no quieren exponerse a sí mismos y a sus soldados a ser perseguidos penalmente por la CPI. Aunque este punto de vista es equivocado, porque la CPI ya es competente —debido a las correspondientes declaraciones de jurisdicción por parte de Ucrania— respecto de todos los crímenes del Estatuto cometidos en territorio ucraniano, confirma la sospecha de que Ucrania solo quiere que se persigan los crímenes rusos. Esto también se desprende en última instancia del proyecto de ley ucraniano de cooperación con la CPI (que se acaba de presentar),

40 Ídem, párr. 49.

41 Cf. art. 13, párr. 12, Convenio de Asistencia Judicial de la UE de 2000.

en cuyo anexo solo hay referencias a los crímenes rusos. Al parecer, está en poder del presidente Zelenski para su firma.

Desde luego, las cuestiones aquí planteadas no alteran el derecho de Ucrania a la legítima defensa y el derecho de terceros estados a brindarle apoyo en el marco de una legítima defensa colectiva (art. 51, Carta de la ONU). Sin embargo, los representantes de los países occidentales deben recordarle a Ucrania, de forma reiterada y contundente, su obligación de derecho internacional de perseguir los crímenes cometidos por sus nacionales y por los combatientes extranjeros. Pues si las investigaciones ucranianas solo se dirigiesen unilateralmente en contra de los posibles hechos y autores rusos, no solo la propia Ucrania, sino también los Estados de Occidente que la apoyan tendrían un problema de credibilidad. Es más: si los combatientes ucranianos en los hechos cometiesen crímenes de derecho internacional y utilizasen armas occidentales en el proceso, los Estados de Occidente no podrían ignorarlo. En este último caso, tendrían que replantearse su apoyo militar para no incurrir en responsabilidad internacional por complicidad.

Bibliografía

- Akande, D. (2016). The impact of the Genocide Convention on the obligation to implement ICC arrest warrants. En: Steinberg, R. H.: (Ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court* (pp. 77-83). Martinus Nijhoff.
- Akande, D. (2019, mayo 6). ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals, *EJIL:TALK! BLOG EUR. J. INT'L L.* <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>
- Ambos, K. (2016). *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure* [1ª ed.]. Oxford University Press.
- Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe* [5.ª ed.]. C. H. Beck.
- Ambos, K. (2020). Vor § 3. En Erb, V., Schäfer, J. (2020): *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch §§ 1-37* (pp. 151-252), t. I. [4ª. Ed.], C. H. Beck.
- Ambos, K. (2021). *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part* [2ª ed.]. Oxford University Press.

- Ambos, K. (2021a). BGH 3 StR 564/19 v. 28.01.2021 Verfahrenshinder-
nis funktioneller Immunität bei Kriegsverbrechen; Folter. *Strafvertei-
diger (StV)* 9, 549-557.
- Ambos, K. (Ed.) (2022). *Rome Statute of the International Criminal Court.
Article-by-Article Commentary* [4.^a ed.]. Hart, Beck & Nomos.
- Batros, B. (2019, mayo 7). A Confusing ICC Appeals Judgment on Head-of-
State Immunity. *Just Security*. [https://www.justsecurity.org/63962/a-
confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/](https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/)
- Beck-aktuell. Heute im Recht (2022, marzo 8). Ermittlungen zu mögli-
chen Kriegsverbrechen in der Ukraine. [https://rsw.beck.de/aktuell/
daily/meldung/detail/ermittlungen-zu-moeglichen-kriegsverbre-
chen-in-der-ukraine](https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ermittlungen-zu-moeglichen-kriegsverbrechen-in-der-ukraine).
- Bundesgerichtshof (2021, enero 28). Kriegsverbrechen durch Hoheits-
träger - Grenzen völkerrechtlicher Immunität Urteil vom 28.01.2021
– 3StR 564/19 con comentario de C. Kreß. *Neue Juristische Wochens-
chrift (NJW)* 74(18), 1326-1334.
- Bundesgerichtshof (2021, enero 28). BGH, Urteil v. 28.1.2021 – 3 StR
564/19 (OLG München). *Juristen Zeitung (JZ)*, 76(14), 724-732.
- Consejo de Europa (2022, marzo 16). Decisión del Consejo de Ministros
CM/Res(2022)2. [https://search.coe.int/cm/Pages/result_
details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51)
- Consejo de Europa (2022, marzo 23). Russische Föderation ab 16. Sept-
ember 2022 keine Vertragspartei der Europäischen Menschenrechts-
konvention mehr. [https://www.coe.int/de/web/portal/-/
russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-
16-september-2022](https://www.coe.int/de/web/portal/-/russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-16-september-2022)
- Cryer, R., Robinson, D. & Vasiliev, S. (2019). *An Introduction to Internation-
al Criminal Law and Procedure* [4.^a ed.]. Cambridge University Press.
- Embassy of Ukraine (2014, abril 9). N° 61219/35-673-384. [https://www.
icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRec-
ognitionJurisdiction09-04-2014.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf)
- Frank, P. /Barthe, Ch. (2021, abril 10), Immunitätsschutz fremdstaatlicher
Funktionsträger vor nationalen Gerichten: Eine Zerreißprobe für das
moderne Völkerstrafrecht? *Zeitschrift für die gesamte Stra-
frechtswissenschaft (ZStW)* 133 (1), 235-280.

- Gaeta, P. (2016). Head of state immunity as a bar to arrest. En: Steinberg, R. H. (Ed.): *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court* (pp. 84-98). Martinus Nijhoff.
- Galand, A. S. (2019, junio 6). A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir. *EJIL:Talk!* <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>
- Held, F. (2021). The ICC's Al Bashir jurisprudence over the last decade: enforcer of the will of States Parties or of a global jus puniendi? *Cambridge International Law Journal* 10(1), 54-72.
- Heller, K. J. (2019, mayo 9). A Thought Experiment About Complementarity and the Jordan Appeal Decision. *Opinio Juris*. [opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/](https://www.opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/)
- International Criminal Court (ICC) (2019, 6 de mayo). Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-397). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02856.PDF
- International Criminal Court (ICC) (2019, abril 12). Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* [ICC-02/17-33]. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02068.PDF
- International Criminal Court (ICC) (2020, marzo). Appeals Chamber, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* [ICC-02/17-138]. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF
- International Court of Justice (ICJ) (2007, febrero 27). *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>
- International Court of Justice (ICJ) (2022, marzo 16). Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>

- Jeßberger, F. & Epik, A. (2022). Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten – zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 – 3 StR 564/19, *Juristische Rundschau (JR)* 1, 10-17.
- Kiyani, A. (2019, mayo 8). Elisions and Omissions: Questioning the ICC's Latest Bashir Immunity Ruling. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/63973/elisions-and-omissions-questioning-the-iccs-latest-bashir-immunity-ruling/>
- Kreß, C. (2019). Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. *TOAEP Occasional Paper Series*, 8. <https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress>.
- Kreß, C. (2021), Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.1.2021 – 3 StR 564/19. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 21, 1335.
- Kreß, C. (2022). En Ambos, K. (Ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary* [4.^a ed.]. Art. 98 (pp. 2584 y ss.). Hart, Beck & Nomos.
- Minister for Foreign Affairs of Ukraine (2015, septiembre 8). https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine
- ONU (2022, marzo 2) Uniting for Peace Resolution de la Asamblea General de la ONU. <https://www.un.org/press/en/2022/ga12407.doc.htm>
- Sadat, L. (2019, julio 12). Why the ICC's Judgment in the al-Bashir Case Wasn't So Surprising. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccsjudgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/>
- Sluiter, G. (2010). Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice* 8(2), 365-382.
- Special Court for Sierra Leone (2004, mayo 31). *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, SCSL-2003-01-I. <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/059/SCSL-03-01-I-059.pdf>
- Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the referral by a group of six States Parties regarding the situation in Venezuela (2018, septiembre 27). <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>

- Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation” (2022, febrero 28). <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>
- Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information (2022, marzo 2). <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine>
- Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information (2022, marzo 11). <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and>
- Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on his visits to Ukraine and Poland: “Engagement with all actors critical for effective, independent investigations” (2022, marzo 16). <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220316-prosecutor-statement-visit-ukraine-poland>
- Steinberg, R. H.: (Ed.) (2016). *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*. Martinus Nijhoff.
- The Office of the Prosecutor (2020, diciembre 14). Report on Preliminary Examination Activities 2020. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>
- The Office of the Prosecutor (2022, marzo 7). Notification on receipt of referrals and on initiation of investigation ICC-01/22-2. <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/22-2>
- United Nations (2022, febrero 25). Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wields Veto. <https://www.un.org/press/en/2022/sc14808.doc.htm>
- Zimmermann, A. & Freiburg-Braun, E. (2022). En Ambos, K. (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary* [4.^a ed.]. Art. 15bis (pp. 899-926) y Art. 15ter (pp. 927-932). Hart, Beck & Nomos.
- Zimmermann, A. (2022). Internationaler Strafgerichtshof am Scheideweg. *Juristen Zeitung (JZ)*, 77(6), 261-266.

COMENTARIOS SOBRE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL HONDUREÑO

Carlos David Cáliz Vallecillo¹

SUMARIO: I. Introducción. II.- Panorámica general de las causas de extinción de la responsabilidad penal. 2.1 La muerte del reo. 2.2 El perdón del ofendido. 2.3 La prescripción de la acción penal del delito y de la medida de seguridad. 2.4. La amnistía. 2.5.- El indulto. 2.6.-El cumplimiento de la condena. 2.7.- La remisión de la pena. 2.8.- La transformación de las personas jurídicas no extingue la responsabilidad penal. III.- El perdón del ofendido. IV.- La prescripción de la acción penal. 4.1.-Fundamento de la prescripción de la acción penal. 4.-2 Aplicación retroactiva de las reglas de la prescripción. 4.-3 Plazos de prescripción de la acción penal. 4.-4 Prescripción para la acción penal en el caso de las penas compuestas. 4.-5 Prescripción de la acción penal para los concursos de infracciones. 4.-6 Prescripción de la acción penal en casos de conexidad de delitos. 4.-7 Inicio del cómputo para la prescripción de la acción penal. 4.8.- Interrupción del término de la prescripción de la acción penal y la suspensión. V.- La prescripción de la pena. 5.1.-Fundamento de la prescripción penal. 5.2.-Prescripción de penas impuestas por reemplazo y las penas accesorias. 5.-3.- Cómputo, interrupción y suspensión de la prescripción de la pena. VI.- Prescripción de la medida de seguridad. 6.1.-Fundamento de la prescripción de las medidas de seguridad. 6.2.-Plazos de prescripción de las medidas de seguridad. 6.3.-Prescripción de la medida de seguridad de cumplimiento sucesivo al de la pena. VII.-

1 Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Director de la Escuela de Formación del Ministerio Público “Orlando Arturo Chávez” de la República de Honduras.

Artículo 115.- La acción civil y la prescripción. VIII.-Los delitos y penas imprescriptibles. 8.1.-Delitos imprescriptibles. 8.2.-Penas imprescriptibles. IX.-La cancelación de antecedentes penales. 9.1.-Aspectos generales sobre la cancelación de antecedentes penales. 9.2.-Requisitos para la cancelación de los antecedentes penales. 9.3.-Inicio del cómputo del plazo requerido sin delinquir para solicitar la cancelación de los antecedentes penales.

I. Introducción

El artículo 107 del Código Penal contempla una serie de causas que extinguen la responsabilidad penal: la muerte del reo, el perdón del ofendido, la prescripción de la acción penal, de la pena y de la medida de seguridad, la amnistía, el indulto, el cumplimiento de la condena y la remisión definitiva de la pena, cuyo denominador común es el de traer como resultado la extinción de la responsabilidad penal del autor o partícipe de un delito ya cometido.

Todas estas causas se diferencian de las eximentes de la responsabilidad penal (causas de justificación y excluyentes de la culpabilidad) en tanto en cuanto que su concurrencia a diferencia de estas últimas, no afecta a la existencia del delito, sino que a su persecución en el proceso penal.

En el presente trabajo abordaremos el estudio de cada una de las causas antes mencionadas, así como también lo relativo a la cancelación de los antecedentes penales, conforme a las disposiciones del Título VIII, Libro I del nuevo código penal hondureño.

II. Panorámica general de las causas de extinción de la responsabilidad penal (art. 107 del CP)

En este apartado del trabajo nos referiremos de manera somera a las causas de extinción de la responsabilidad penal que no requieren de mayor explicación como son la muerte del reo, el indulto y el cumplimiento de la condena y de manera general a otras, que por su mayor complejidad, posteriormente abordaremos con más detenimiento.

2.1 LA MUERTE DEL REO: Entendemos con SERRANO BUTRAGUEÑO, que en principio solamente la muerte física y no la presuntiva a efectos meramente civiles, es causa de extinción de la responsabilidad penal² (vid. arts. 84 al 89 del Código Civil). La muerte deberá acreditarse en

² Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, pág. 1234.

el proceso mediante la aportación que se haga de la certificación del acta de defunción respectiva.

2.2 EL PERDON DEL OFENDIDO: En virtud del perdón otorgado por el ofendido o su representante legal prevalece el interés particular y la satisfacción material o moral del agraviado, sobre el interés público de la ejecución de la pena y con ello frente a los fines de la prevención general o especial que aquella persigue.

Para que el perdón surta sus efectos extintivos sobre la responsabilidad penal, debe ser otorgado en los casos y en la forma que la ley establece. De ahí que deben concurrir tres requisitos: Uno de carácter material pues solamente resultará aplicable en los casos “que la ley lo prevea”, uno de carácter formal, en tanto que debe otorgarse “de forma expresa” y finalmente otro de carácter temporal, ya que tiene que ser otorgado “antes de que se haya dictado sentencia” (vid. art. 108 del CP).

2.3 LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL, DEL DELITO Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD: La institución de la prescripción penal en sus diversas modalidades opera sus efectos por el transcurrir del tiempo sobre los hechos o acontecimientos humanos.

Es importante señalar que la misma puede ser apreciada a solicitud de parte como también de oficio.

En cuanto a su fundamentación, como lo explica MUÑOZ CONDE, ésta radica más en razones de seguridad jurídica que en consideraciones de estricta justicia material, de tal manera que se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena sin haberse cumplido la sanción.³

El Código penal regula tanto la prescripción de la acción penal (arts. 109 al 111), como la de la pena (arts. 112 y 113) y de las medidas de seguridad (art. 114).

La acción penal prescribe por el transcurso del tiempo transcurrido sin que los delitos que han sido objeto de la misma o debieron serlo, no han resultado juzgados, mientras que las penas y las medidas de seguridad prescriben porque, una vez impuestas en la sentencia, transcurren los plazos de prescripción sin que hayan sido ejecutadas.

3 Muñoz Conde, Francisco / García Aran, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 384.

2.4. LA AMNISTIA: La amnistía constituye una manifestación del denominado derecho de gracia, en virtud del cual el Estado, a través de sus órganos competentes, deja de perseguir determinados delitos o en su caso exigir el cumplimiento de las penas ya impuestas, con el propósito de restablecer la tranquilidad social que ha resultado generalmente perturbada por conflictos de carácter interno.

La concesión de la amnistía es una atribución que el ordenamiento jurídico hondureño concede al Congreso Nacional (vid. art. 205 No. 16 de la Constitución).

La amnistía únicamente debe otorgarse por delitos políticos y comunes conexos, y no utilizarse como un obstáculo para impedir la investigación y persecución de delitos cuya ejecución comporta graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido es oportuno destacar que mediante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiterada en la sentencia del 14 de diciembre de 2010, recaída en el Caso Gomes Lund y otros “*son inadmisibles las disposiciones de amnistía... que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*”

Aunque la amnistía extingue la responsabilidad penal, no exime de la responsabilidad civil derivada del delito, de ahí que el artículo 53 del Código procesal penal prevé que si por parte del imputado (o de sus herederos en caso de producirse la muerte de éste), se alegue inocencia, el juicio deberá continuar conforme al trámite ordinario para “*determinar si procede o no la responsabilidad civil a resultas de que el imputado haya sido o no culpable.*”

2.5.- El INDULTO: el indulto, al igual que la amnistía, es una manifestación de la prerrogativa del derecho de gracia, por el que el Estado como único titular del “*ius puniendi*” renuncia a exigir el cumplimiento de la pena impuesta en un caso concreto. Como lo explica HERRERO BERNABÉ, en virtud del indulto particular, la persona sigue considerándose a todos los efectos como culpable de la infracción.

El indulto extingue la o las penas principales sobre las que hubiese recaído, y salvo mención expresa no se extiende a las penas accesorias y al comiso, no exime de las medidas de seguridad impuestas ni exonera de la responsabilidad civil *ex delicto*.

En cambio, a través de la amnistía, el individuo no solo obtiene el perdón u olvido absoluto del delito, sino que también se elimina de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación, de tal manera que el mismo se tiene por no cometido, determinando con ello la extinción por completo de la pena y de la acción penal, así como de sus consecuencias, salvo en lo que concierne a la responsabilidad civil.⁴

La concesión del indulto, es una atribución del Presidente de la República (art. 245 No. 24 de la Constitución) que se ejerce de manera discrecional, sin que deba considerarse el mismo como un derecho subjetivo y por tanto exigible por parte del condenado (vid. art. 2 párrafo segundo de la Ley de Indulto).

2.6.-EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA: La responsabilidad penal se extingue, como es lógico, al cumplir el reo la pena o las penas a las que hubiere sido condenado.

2.7.- LA REMISION DE LA PENA: la remisión condicional de la pena, a diferencia de la libertad condicional, no es una forma de cumplir la pena en libertad, sino que en ella la pena pronunciada queda en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el período de prueba, de este modo y conforme a lo dispuesto en el artículo 80 párrafo segundo del CP, transcurrido que fuera el plazo de suspensión, sin que el sujeto haya vuelto a delinquir y cumplidas, en su caso las medida reguladoras de la conducta fijadas por el Órgano Jurisdiccional competente, éste acordará la remisión definitiva de la pena y con ello quedará extinta la responsabilidad penal.

2.8.- LA TRANSFORMACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO EXTINGUE LA RESPONSABILIDAD PENAL: El artículo 107 párrafo segundo del CP establece que la transformación de la persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en la que se transforme. MUÑOZ CONDE, refiriéndose a este tema, considera que la transferencia de responsabilidad de una persona jurídica a otra jurídicamente «distinta» supone reconocer que el principio de personalidad de las penas, irrenunciable para las personas físicas, no es aplicable a las personas jurídicas.

4 Vid. Herrero Bernabé, Irineo, *El Derecho de Gracia (indultos)*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012, págs. 154, 155, 289. Consultada en 12/julio/2020. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Iherrero/Documento.pdf>

El precepto legal antes citado también establece que el órgano jurisdiccional competente puede moderar la pena a cumplir en estos supuestos, en función del peso que tenga la persona jurídica originariamente responsable en cada una de las entidades afectadas por la transformación.

DIEZ RIPOLLES, refiriéndose al caso de las sociedades mercantiles, que son las personas jurídicas a las que con mayor frecuencia y en la práctica se impondrán penas, sostiene que el artículo 130 No. 2 párrafo *in fine* del Código penal español (que observa una redacción similar a la del artículo 107 párrafo segundo del CP), prevé una cláusula de medición judicial de la pena que permite en todos estos casos ajustar la gravedad de la pena impuesta a la sociedad sucesora en función del grado de vinculación de esta con la sociedad originalmente responsable⁵.

III.- El perdón del ofendido (art. 108 del CP)

La eficacia extintiva del perdón se encuentra expresamente prevista en diversos preceptos del CP: para los delitos contra el honor, es decir, para la calumnia e injurias (art. 234 párrafo tercero), violación y divulgación de secretos (art. 277 párrafo final), daños (art. 385) y para las faltas perseguibles a instancia del agraviado o de su representante legal (art. 597 párrafo tercero del CP).

El Código procesal penal prevé el perdón como causa extintiva de la acción penal para los delitos de orden privado (art. 412).

Por otro lado, el perdón puede manifestarse de manera *indirecta* a través de la figura del desistimiento o abandono de la querrela respecto a los delitos de acción privada (art. 413 del CPP) así como también en relación a los delitos de acción pública dependientes de instancia particular (arts. 26 párrafo final a *contrario sensu*, 42 No. 4 del CPP), o de éstos últimos, cuando por el mecanismo de la conversión de la acción penal, hayan sido sometidos al procedimiento especial previsto en el Código Procesal Penal para las acciones privadas (vid. art. 42 No. 4 del CPP).

También de manera indirecta, puede manifestarse el perdón de la víctima o de su representante legal, a través de la figura de la conciliación penal contemplada en el artículo 45 del Código procesal penal.

5 Diez Ripollés, José Luis, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Regulación española. Revista para el análisis del Derecho (INDRET 1/2012). Barcelona, enero de 2012. Págs. 12 y 13. Consultado en 13/07/2020 <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969>

Respecto a los delitos de acción pública dependientes de instancia particular, deberán tomarse en cuenta las reglas específicas que se prevén para algunos delitos, así por ejemplo, en el caso del delito de daños agravados del artículo 382 del CP, el perdón no tiene efectos extintivos de la responsabilidad penal, igualmente carece de dicha eficacia el que se otorga en delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando la víctima sea menor de edad o se trate de una persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida (art. 268 párrafo final del CP).

EL PERDON HA DE SER EXPRESO: No cabe deducir la concesión del perdón de manera tácita, de tal manera que debe otorgarse o manifestarse de manera libre, con pleno conocimiento y de manera expresa ante el Juez o Tribunal competente.

EL PERDON DEBE OTORGARSE ANTES DE QUE SE DICTE SENTENCIA: El artículo 108 del CP establece que el perdón, además de ser expreso, deberá otorgarse antes de que se haya dictado sentencia.

El artículo 108 del CP en sus párrafos segundo y tercero se refiere a la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de los menores de edad, o de quienes sufren de discapacidad, respecto a los delitos de los que éstos hayan sido víctimas.

En tales casos, aunque el perdón haya sido otorgado por los representantes legales del menor o del discapacitado, se requiere para que el mismo sea eficaz, que sea sometido al escrutinio y aprobación del Juez o Tribunal competente, quien antes de tomar su decisión deberá escuchar la opinión del Representante del Ministerio Público.

Si el Juez o Tribunal considera la posibilidad de rechazar el perdón otorgado, se impone la obligación de que escuche previamente al representante del menor o de la persona con discapacidad.

IV. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL (art. 109 del CP)

4.1.-**FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL:** Para SERRANO BUTRAGUÑO, el fundamento de la prescripción de la acción penal radica en los propios límites del “*ius puniendi*”, razonando que la libertad del ciudadano debe prevalecer sobre el derecho de castigar del Estado cuando, transcurrido el tiempo señalado por la ley ésta presume “*iuris et de iure*” que la pena ya no resulta necesaria, ni útil y que, por tanto, no sería justo ya imponerla, por lo que en consecuencia, decae

al mismo tiempo el derecho para perseguir el delito, quedando sin vida, o sin efecto, y no pudiendo ejercitarse, en definitiva, la acción penal.⁶

Una cuestión debatida en la doctrina, es la de si la pena que debe tomarse como referencia para establecer el término de prescripción de la acción penal, debe hacerse en abstracto o por el contrario debe efectuarse a partir de la pena concreta en función del grado de ejecución alcanzado, grado de participación criminal, circunstancias eximentes incompletas, agravantes y atenuantes que resultan de obligada apreciación. En mi opinión y por razones de seguridad jurídica y en observancia del principio de legalidad debe partirse de la pena abstracta, tesis que resulta avalada por la literalidad de lo dispuesto en el artículo 109 del CP que establece que debe partirse de la pena máxima señalada al delito. Esta es la posición adoptada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de España de fecha 16 de diciembre de 2008 y que de manera mayoritaria comparte la jurisprudencia española (vid. por todas la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo Español del 27 de noviembre de 2017)

4.-2 APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS REGLAS DE LA PRESCRIPCIÓN: Otra cuestión que resulta de interés es la referente a la posible aplicación retroactiva de los plazos de prescripción del nuevo Código penal a hechos ocurridos bajo la vigencia del Código penal derogado. El artículo 628 del CP regula esta materia, al establecer que “*La prescripción habrá de ser valorada en conjunto, no siendo posible tener en cuenta la pena señalada en la Ley que se deroga y los plazos prescriptorios previstos en el presente Código, ni al contrario*”, lo cual nos lleva a concluir que si alguien pretende que se apliquen de manera retroactiva los plazos de prescripción de la acción penal previstos en el nuevo Código penal, deberá tener como pena máxima del delito la prevista en ese mismo texto punitivo, e igualmente a la inversa, es decir, debe hacerse un análisis comparativo de las normas en juego por bloques, pues de lo contrario se estaría aplicando una nueva norma o *tertium genus*, que no ha sido aprobada por el Poder Legislativo.

4.-3 PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Podemos decir que los plazos previstos para la prescripción de la acción penal son los siguientes:

6 Vid. Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, págs. 1244-1245.

<i>INFRACCION PENAL</i>	<i>PLAZO DE PRESCRIPCION</i>
<i>Delitos contemplados en los artículos 106 No. 1) del CP y 325 párrafo tercero de la Constitución</i>	<i>No prescriben</i>
<i>Delitos castigados con la pena privativa de libertad de por vida</i>	<i>No Prescriben</i>
<i>Delitos electorales</i>	<i>4 años</i>
<i>Delitos cometidos por servidores del Estado</i>	<i>El doble para cada caso</i>
<i>Delitos con pena de 15 o más años de prisión</i>	<i>20 años</i>
<i>Delitos con pena mayor de 10 y menor de 15 años de prisión</i>	<i>15 años</i>
<i>Delitos con pena de inhabilitación mayor de 10 años</i>	<i>15 años</i>
<i>Delitos con pena mayor de 5 hasta 10 años de prisión</i>	<i>10 años</i>
<i>Delitos con pena de inhabilitación mayor de 5 hasta 10 años</i>	<i>10 años</i>
<i>Para los demás delitos no contemplados n los supuestos anteriores</i>	<i>5 años</i>
<i>Las faltas</i>	<i>6 meses</i>

Es importante señalar que por un lado y conforme al artículo 109 No. 1) del CP, el plazo de prescripción será de 20 años cuando la pena máxima señalada para el delito aumentada en la mitad sea la de prisión de 15 o más años, mientras que por el otro y con arreglo a lo que establece el numeral 2) de ese mismo precepto, el plazo de prescripción será de quince años cuando la pena máxima señalada por la ley sea mayor de diez y menor de quince años de prisión, lo cual nos llevaría al contrasentido de que en algunos casos y para una misma conducta delictiva, el plazo de prescripción se contemplaría en ambos supuestos.

Así por ejemplo el delito de posesión de un depósito de armas de fuego tipificado en el artículo 581 No. 1) del CP se sanciona con una pena de 8 a 12 años de prisión. Si la pena máxima de doce años se aumenta a la mitad, es decir a los 18 años, estaríamos ante una cifra superior a los 15 años y por tanto se podría entender que el plazo de prescripción es de 20 años. Sin embargo, si aplicamos lo dispuesto en el numeral 2) el plazo de prescripción para ese delito sería de 15 años, ya que su pena máxima (12 años) es mayor de 10 y menor de 15 años de prisión.

Frente a esta evidente antinomia, producto de un error legislativo, entiendo que debe operar el principio del *in dubio pro reo*, de tal manera que para aquellos delitos cuya pena máxima sea mayor de 10 años y menor de 15 años de prisión, el plazo de prescripción será de quince y no de veinte años.

De *lege ferenda* y para evitar que se rompa la armonía interna del artículo 109 del CP se hace necesario modificar el numeral 1, ya sea conforme a la interpretación aquí propuesta suprimiendo la referencia de elevar en la mitad el máximo de la pena, o en su defecto, lo que probablemente también pudo haber sido la intención del legislador y que se quedó a medio camino, establecer que para aquellos delitos con pena de 15 o más años de prisión, el plazo de prescripción se calculará partiendo de la pena máxima que la ley señala para el delito aumentada en la mitad, de tal manera que la extensión del plazo de prescripción dependerá del límite máximo previsto en la ley para el delito de que se trate, en sintonía con una corriente de la doctrina que aboga por evitar la denominada *pena del torpe*, es decir en el supuesto de que dos sujetos coautores de un delito, si uno logra eludir a la justicia y el plazo de prescripción es inferior al de la pena, puede suceder que habiendo transcurrido el mismo, quedará exento de responsabilidad penal, mientras el “torpe” deberá seguir cumpliendo la pena. En conclusión, entendemos que pese a la literalidad de lo dispuesto en el artículo 109 No. 1 del CP y mientras no se produzca una reforma del Código penal, cuando se trate de delitos castigados con una pena de 15 o más años de prisión, el plazo de prescripción de la acción penal será de 20 años.

4.-4 PRESCRIPCIÓN PARA LA ACCIÓN PENAL EN EL CASO DE LAS PENAS COMPUESTAS: Pena compuesta es aquella formada por dos o más penas. Así, por ejemplo, el artículo 349 del CP tipifica el delito de alteración de inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural, infracción que se sanciona con una pena compuesta, es decir, con una pena de 3 a 6 años de prisión y además con una multa por una cantidad igual o equivalente hasta cuatro veces el beneficio obtenido o perseguido. La pena de prisión en su límite máximo es de 6 años de prisión, por lo que conforme a lo previsto en el artículo 109 No. 3) el plazo de prescripción si se tratara de una pena simple sería de 10 años.

Respecto a multa, si se tratara de una pena simple el plazo de prescripción sería de 5 años (art. 109 No. 4 del CP) Atendiendo a lo previsto en el artículo 109 párrafo último donde se establece que cuando la pena señalada por la ley es compuesta, se estará a la aplicación de las reglas comprendidas en el dicho precepto a la que exija mayor tiempo para la prescripción; el plazo de prescripción de la acción penal para el delito de alteración de inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural será entonces de 10 años.

4.-5 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA LOS CONCURSOS DE INFRACCIONES: El Código penal contempla el concurso real e ideal de delitos en los artículos 66 y 67, respectivamente.

En tales casos el plazo de prescripción de la acción penal se determinará por la que corresponda al delito que dentro de cada figura concursal sea el más gravemente penado.

4.-6 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN CASOS DE CONEXIDAD DE DELITOS: La finalidad de la conexión o conexidad delictiva es que los hechos puedan ser juzgados en un mismo proceso para evitar con ello la división de la causa y que se dicten fallos contradictorios. (vid. arts. 67 al 70 del Código Procesal Penal).

Tratándose de delitos conexos, el plazo de prescripción de la acción penal será el que corresponda al delito sancionado con mayor gravedad.

4.-7 INICIO DEL CÓMPUTO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL (art. 110 del CP)

4.7.1.- INICIO DEL COMPUTO EN DELITOS DE RESULTADO, TENTATIVA Y ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES: El artículo 110 del CP regula lo concerniente al “*dies a quo*”, es decir, al día a partir del cual se inicia el cómputo del plazo fijado por la ley en el artículo 109 del CP, con el fin de calcular y determinar, si por el transcurso del mismo ha prescrito la acción penal para perseguir el hecho delictivo de que se trate.

Como regla general el plazo de prescripción de la acción penal se inicia desde el día en que se ha consumado su ejecución. En cuanto a la tentativa, desde el día en que se interrumpe la ejecución del delito y en los actos preparatorios punibles, es decir, de la proposición, conspiración y provocación para delinquir, desde el día en que estos se realizan.

4.7.2.- INICIO DEL COMPUTO EN LOS DELITOS CONTINUADOS Y DELITOS MASA: En los casos de delito continuado y delito masa, el plazo de prescripción de la acción penal se inicia “*..desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la postrera acción..*”. Siendo que tanto en el delito continuado como en el delito masa, el sujeto realiza una pluralidad de acciones, el plazo de prescripción no empieza a correr sino a partir de que se realiza el último hecho que forma parte de la continuidad delictiva.

4.7.3.-INICIO DEL CÓMPUTO EN LOS DELITOS PERMANENTES: En los delitos permanentes la consumación se produce cuando concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pero la misma

se puede prolongar en el tiempo por voluntad del autor, mientras dure la situación antijurídica creada por este.

Un ejemplo clásico de delito permanente es el secuestro cuyo estado consumativo se extiende hasta que se pone fin a la privación ilegítima de la libertad, ya sea con la liberación de la víctima o con su muerte. De este modo la consumación no se agota al concurrir todos los elementos típicos de la conducta, sino que se prolonga durante todo el tiempo en que la víctima permanece cautiva. De ahí que para este tipo de infracciones el plazo de prescripción se computará desde el día que se “elimina” o cesa la situación antijurídica.

4.7.4.-INICIO DEL COMPUTO EN CIERTOS DELITOS COMETIDOS CONTRA MENORES DE EDAD:

El artículo 110 No. 4) del CP establece un “*dies a quo*” diferente para determinados delitos cuando la víctima sea menor de edad, es decir, que sea menor de veintiún años.

La cobertura del precepto se extiende a diversas infracciones entre las cuales se encuentran los delitos contra la vida en el grado de ejecución de tentativa, las lesiones dolosas, el aborto, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, etc... El plazo de prescripción en estos casos se iniciará desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

El fundamento de esta figura según SERRANO BUTRAGUEÑO, refiriéndose al artículo 132 No. 1) párrafo segundo del Código penal español, equivalente al artículo 110 No. 4) de nuestro Código, es otorgar una protección más larga o extensa a las víctimas menores de edad ampliando el lapso de tiempo hábil para el esclarecimiento y persecución de los posibles hechos delictivos, ya sea por la posibilidad de que sean sus progenitores u otros parientes cercanos los responsables de la infracción penal, ya por la ignorancia o falta de comprensión de los ultrajes sufridos, por el desconocimiento de las instituciones como la denuncia, el Ministerio Público, etc...⁷

De manera crítica CABEZAS CABEZAS advierte que un alargamiento de los plazos prescriptivos no tiene siempre como consecuencia una mejor administración de justicia y por ende una respuesta pertinente -en sentido temporal- del delito cometido, pues, de hecho, con ello se puede alentar

7 Vid. Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, pág. 1258.

“un cierto relajamiento en el cumplimiento de su deber de investigación sin dilaciones por parte de los funcionarios encargados de la persecución penal”, lo cual naturalmente debe evitarse.⁸

4.8.- INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y LA SUSPENSIÓN (art. 111 del CP).

4.8.1. LA INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

El artículo 99 del código penal derogado establecía que *“La prescripción de la acción penal se interrumpirá desde que se inicie procedimiento contra el culpable..”*.

Son escasos los precedentes en los que se aborda esta cuestión. En sentencia del 31 de agosto de 2010, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señalaba que al estar conformada la etapa preparatoria del proceso por: 1) la denuncia, cuando se presente; 2) La investigación preliminar; 3) el requerimiento fiscal; y, 4) la audiencia inicial (artículo 264 del Código Procesal Penal), la interposición de la denuncia en un delito de acción pública, siendo parte constitutiva del proceso penal, tenía el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción penal, pues entendía que con la presentación de la misma se daba inicio al procedimiento penal en contra del responsable del hecho. Conforme a ese criterio, la interrupción podía producirse en un momento anterior a la interposición del requerimiento fiscal y por tanto a la judicialización de la causa.

El artículo 111 del Código penal vigente en términos muy similares a lo previsto en el artículo 99 antes relacionado, aunque más respetuoso con el principio-derecho a la presunción de inocencia, prevé que la prescripción de la acción penal se interrumpe *“desde que se inicia el procedimiento penal contra el presunto responsable”*.

En el Derecho Comparado, vemos que en el artículo 132 No. 2) del Código penal español se establece que *“La prescripción se interrumpirá... cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito”*.

8 Cabezas Cabezas, Carlos, *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal*. Revista de Política Criminal, Volumen 8, No. 16, Santiago de Chile, 2013. Consultado en 4/8/2020. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000200002&script=sci_arttext&tlng=e

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española dominantes en la actualidad, consideran que la interrupción del plazo de la acción penal se producirá solamente cuando se haya radicado judicialmente la causa, existiendo discrepancias entre sí tal evento tiene lugar con la mera presentación de la querrela o denuncia ante el Juez, o se precisa que éste dicte una resolución posterior en la que se atribuya presunta participación en el hecho delictivo a una persona determinada, dando lugar esta discusión a lo que algunos denominan como la “*guerra de la prescripción*”, mantenida entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, así como también a la reforma del Código penal en búsqueda de una solución ecléctica al prever que el efecto interruptivo de la interposición de la querrela o denuncia ante el Juez se condiciona a que dentro de los seis meses siguientes a su presentación se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito 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, pues de no ser así el cómputo del término de prescripción continuará corriendo desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia (art. 132 No. 2 del Código penal español)

Volviendo a la normativa hondureña, vemos que efectivamente, tal y como lo señala la sentencia de la Sala de lo Constitucional citada al inicio de este comentario, la denuncia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 264 No. 1) del Código Procesal Penal, constituye uno de los actos de la etapa preparatoria del proceso penal, lo cual puede llevar en principio a considerar que con su presentación se marca el inicio del procedimiento penal, tratándose de los delitos de acción pública propiamente dicha y de acción pública de instancia particular, sin embargo, debemos recordar que la acción penal en este tipo de infracciones se hace efectiva a través de la interposición del requerimiento fiscal, siendo este el acto procesal mediante el cual, el Ministerio Público, una vez concluidas las investigaciones iniciales, efectúa una calificación provisional de los hechos, y con gran probabilidad de que la persona investigada es la autora de los mismos, hace una formal imputación e interesa del órgano jurisdiccional el procesamiento del investigado, lo mismo cabe decir *mutandis mutandis* con la interposición de la querrela tratándose de los delitos de acción privada .

De este modo, el requerimiento fiscal como la interposición de la querrela en su caso, conllevan la pretensión de apertura del proceso judicial, y por tanto del procedimiento penal propiamente dicho. Razones de seguridad jurídica y la exigencia legal de que se establezca quien es el presunto responsable de la comisión de un hecho delictivo determinado, nos

llevan a considerar que para los efectos de lo previsto en el artículo 111 del CP, el concepto de procedimiento penal debe entenderse en un sentido restrictivo y concebido como aquel que se activa e inicia con la interposición del requerimiento fiscal o querrela, según sea el caso, ante el Juez o Tribunal competente.

El artículo 111 párrafo primero del CP dice que interrumpida que fuere la prescripción quedará sin efecto el tiempo transcurrido, en este sentido y como lo explica SERRANO BUTRAGUEÑO, si se interrumpe el plazo de prescripción, el cómputo de la misma ha de comenzarse otra vez, sin que puedan acumularse *tramos de prescripción*.⁹

Por otro lado, el precepto establece que el cómputo de la prescripción comenzará de nuevo desde que se paralice la prosecución del procedimiento penal por cualquier circunstancia distinta de las que legalmente prevén su suspensión.

Conforme lo explica CHOZAS ALONSO, no tienen el efecto de interrumpir la prescripción dentro del procedimiento, cualquier tipo de diligencias, sino sólo aquellas que tengan un contenido incriminatorio sustancial contra un determinado sujeto y por un hecho determinado; es decir, nunca deben ser consideradas como «interrumpitivas» las diligencias denominadas «inocuas», que no afecten al procedimiento ni hagan avanzar a éste, de ahí que pese a la realización de estas últimas el procedimiento para los efectos de la prescripción se entenderá que continúa paralizado.¹⁰ En el mismo sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, cita doctrina jurisprudencial española conforme a la cual sólo tienen efecto interruptivo de la prescripción aquellas resoluciones que ofrecen un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, de tal manera que no tienen por efecto interrumpir aquella, las que autorizan la expedición de un testimonio o certificado, las que existiendo una declaración de rebel-

9 Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, pág. 1260.

10 Vid. Chozas Alonso, Jose Manuel, ¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? *un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo*. Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva Época, N.º. 2, 2005, Nota a pie de página. No. 69, págs. 241-242. Consultado en fecha 4 de agosto de 2020. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2037038>

día ordenan la búsqueda y captura del acusado, la personación simple de la acusación particular, etc...¹¹

4.8.2.-LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: En virtud de la suspensión de la prescripción de la acción penal se detiene el *inicio* o *la continuación* del plazo prescriptorio.

A diferencia de lo que ocurre con la interrupción de la prescripción, tratándose de la suspensión en los casos en que esta detenga la *continuación* del plazo prescriptorio, el que ya hubiere transcurrido seguirá surtiendo efectos para el cómputo respectivo.

Un ejemplo de suspensión del *inicio* de la prescripción de la acción penal se daba con el delito de quiebra fraudulenta, cuyo plazo de prescripción no se iniciaba a partir de la fecha de su comisión sino en la que adquiriera firmeza la resolución del Juez de lo Civil declarando fraudulenta la misma (vid. arts. 98 párrafo tercero y 233 del CP derogado).

El artículo 111 párrafo segundo del CP establece que “*La prescripción de la acción penal se suspende en aquellos casos y durante el tiempo que se haya acordado la suspensión de la persecución penal, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal*”.

Un ejemplo de este supuesto es el previsto en el artículo 45 párrafo quinto del Código procesal penal que contempla la figura de la conciliación, donde se establece que durante el período de prueba fijado, a los efectos de que el imputado cumpla con las obligaciones contraídas, el plazo de prescripción de la acción penal se suspenderá.

Si nos atenemos al concepto doctrinario de la institución, el ordenamiento jurídico nos ofrece otros ejemplos, así tenemos que apartándose de lo previsto de lo que es la regla general, se suspende el *inicio* del plazo de prescripción de la acción penal, cuando los menores de edad sean víctimas de delitos contra la vida en el grado de ejecución de tentativa, de aborto, lesiones dolosas, violencia de género, delitos contra la integridad moral, trata de personas, abandono de menores, contra la libertad e indemnidad sexuales y otros, hasta que alcancen la mayoría de edad (art. 110 No. 4 del CP), o en el caso de los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo hasta que cesen en el mismo (art. 325 párrafo segundo de la Constitución).

11 Vid. Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, págs. 1260-1261.

V. La prescripción de la pena (art. 112 del CP)

La prescripción de la pena conlleva la imposibilidad jurídica para ejecutar la pena impuesta al condenado en virtud del transcurso de un plazo o período de tiempo determinado, desde que se impuso por sentencia firme o desde que se ha interrumpido su cumplimiento.

5.1.-FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL: Como lo explica SERRANO BUTRAGUEÑO, en virtud de haber transcurrido un lapso prolongado de tiempo, la ejecución de la pena ya no resulta útil, necesaria ni justa. No resultará útil ni necesaria en tanto en cuanto que no cumple sus fines de retribución, de prevención general ni especial y de re-socialización del delincuente, añadiendo que tampoco resulta justa porque al pretenderse la ejecución de la pena cuando ya ha transcurrido un prolongado período de tiempo, la ejecución parece más un acto de venganza tardía que de justicia a ultranza.¹²

Salvo el caso de las penas de naturaleza imprescriptible, el artículo 112 del CP establece los plazos de prescripción de las penas en función de la gravedad de las mismas (vid. art. 36) previendo lo siguiente: 1) Para las penas graves y corporativas (entendemos estas últimas como las impuestas a personas jurídicas): un plazo igual a la de la condena aumentada en un tercio pero nunca inferior a dos años; 2) Para las penas menos graves: un plazo igual a la condena aumentada un tercio, pero nunca inferior a un año.

Aunque el Código no lo establezca expresamente entendemos que esta regla aplica también para las penas leves, y 3) Para las penas impuestas a las faltas: un plazo de seis meses.

5.2.-PRESCRIPCIÓN DE PENAS IMPUESTAS POR REEMPLAZO Y LAS PENAS ACCESORIAS:

El artículo 112 No. 3) del CP establece que “*..las penas impuestas por reemplazo y las penas accesorias, prescriben en el mismo plazo de la pena principal..*”

El reemplazo de las penas de prisión y detención de fin de semana se regula en los artículos 74 al 76 del CP.

Aplicando lo dispuesto en el artículo 112 No. 3) del CP, si una pena determinada de prisión ha sido reemplazada o sustituida por otra de multa,

12 Vid. Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro). Tomo I (arts. 1 a 137)*, 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, pág. 1268.

el plazo de prescripción de esta sanción pecuniaria será la misma que corresponda a la primera.

Respecto a las penas accesorias, el artículo 57 del CP dice que las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no estando previstas específicamente en un delito, la Ley declara que otras penas las lleven consigo, de ahí que, si por ejemplo se ha impuesto una pena de prisión y accesoriamente la de inhabilitación especial para ejercer una determinada profesión, el plazo de prescripción de esta última será el mismo que el previsto para la primera.

Finalmente, el artículo 112 del CP expresa que las reglas anteriormente expuestas se aplicarán salvo lo que dispongan las normas constitucionales y de orden procesal.

5.-3.- CÓMPUTO, INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA (art. 113 del CP)

El plazo de prescripción de la pena se computa desde el día en que la sentencia queda firme o desde el día en que se produce la evasión o, el quebrantamiento de la pena en su caso.

La prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el imputado comete otro delito de la misma naturaleza.

La prescripción de la pena se suspende en los casos siguientes:

- 1) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena; o,
- 2) Durante el cumplimiento de otra pena que imposibilita su cumplimiento simultáneo.

5.3.1. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA:

El cómputo del término de la prescripción de la pena se puede iniciar en tres momentos distintos: a) desde la fecha en que la sentencia condenatoria es firme, ya sea porque la misma no admite recurso alguno y por tanto lo es desde su pronunciamiento o porque ha transcurrido el plazo para su impugnación sin que las partes la hayan recurrido, b) desde el día en que se producido la evasión del condenado y c) en los demás casos cuando el sujeto ha quebrantado la pena.

5.3.2.-INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION DE LA PENA: El plazo de prescripción de la pena se interrumpe y por tanto queda sin efecto el tiempo transcurrido cuando el condenado comete un nuevo delito de la misma naturaleza. Así por ejemplo tendría un efecto interruptor de la

prescripción de la pena la comisión de un nuevo delito contra la propiedad dentro del plazo prescriptivo, en cambio no tendría tal efecto si lo que se comete dentro de éste es un delito de lesiones culposas.

5.3.3.-SUSPENSION DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA PENA POR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LA MISMA: El artículo 113 No. 1) del CP establece que la prescripción de la pena se suspenderá durante el período de la suspensión de la ejecución de la pena.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena se regula en los artículos 78 al 80 del Código penal.

Como lo explica DIEZ RIPOLLES, la suspensión de ejecución de la pena es producto de una resolución judicial legalmente prevista dentro de la fase de ejecución de la pena, por lo que todo el tiempo transcurrido es tiempo de ejecución de la pena, de tal manera que ello impide la operatividad de la institución de la prescripción, que se activa cuando la pena no se ejecuta.¹³

5.3.4.-SUSPENSION DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA PENA POR EL CUMPLIMIENTO DE OTRAS: El artículo 113 No. 2) del CP establece que la prescripción de la pena se suspenderá durante el tiempo en que se cumple otra pena que imposibilita su cumplimiento simultáneo.

Por otra parte, el artículo 66 párrafo tercero dice que si las penas impuestas por las diversas infracciones no pueden ser cumplidas simultáneamente, debe seguirse el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo.

De los preceptos anteriores se deriva que, en los casos de cumplimiento sucesivo de las penas, la imposibilidad del cumplimiento de las más leves mientras se están cumpliendo las más graves determina que el plazo de prescripción de aquellas se paraliza.

Así, por ejemplo, si un individuo es condenado por la comisión del delito de construcción de pistas para su utilización en el tráfico de drogas (art. 578 del CP), se le impondrán las penas de prisión y localización permanente. Mientras aquel esté cumpliendo la pena de prisión, el plazo de prescripción de la pena más leve, como es en este caso la localización per-

13 Diez Ripollés, José Luis, *Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena*. *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, abril de 2008, pág. 12. Consultado en 12 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124254/172227>

manente, (que por razones obvias no puede ser cumplida simultáneamente, sino que de manera sucesiva), se paralizará.

VI. Prescripción de la medida de seguridad (art. 114 Del cp).

6.1.-FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: Como lo explica SERRANO BUTRAGUEÑO, el fundamento de la prescripción de las medidas de seguridad es análogo al de la prescripción de la acción penal y al de la prescripción de las penas, en tanto en cuanto que por el transcurso del tiempo, la ley presume *iuris et de iure* que la ejecución de las medidas de seguridad ya no cumple las funciones asegurativas, curativas, educativas o correctoras, o rehabilitadoras y en consecuencia, se extingue la acción o derecho del Estado (*el ius puniendi*) para exigir su cumplimiento y ejecutarlas.¹⁴

6.2.-PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: El código penal no establece de manera expresa cuales son los plazos previstos para la prescripción de las medidas de seguridad, sino que se remite a los establecidos para las penas y para lo cual ha de tomarse en cuenta la naturaleza de la medida.

Así por ejemplo una medida de seguridad privativa de la libertad como es la del internamiento del individuo en un centro psiquiátrico (art. 87 No. 1), prescribirá en el mismo plazo y condiciones en que hubiera prescrito una pena de prisión con la misma duración o extensión.

De igual modo, la medida de seguridad que consiste en la inhabilitación profesional (art. 87 No. 2 literal b) prescribirá en el mismo plazo y condiciones en que hubiera prescrito, si en vez de ella, se hubiere impuesto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una determinada profesión.

En el caso de la medida que consiste en la asistencia a programas formativos (art. 84 No. 5), entendemos que prescribirá en el mismo plazo y condiciones en que hubiera prescrito si se hubiere impuesto la pena de prestación de servicios de utilidad pública, ya que ésta última contempla entre otras actividades, la participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares que guarden relación con el delito cometido (art. 50).

14 Vid. Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001, pág. 1280.

6.3.-PRESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE CUMPLIMIENTO SUCESIVO AL DE LA PENA.

El artículo 114 párrafo último del CP establece que *“Cuando el cumplimiento de la medida de seguridad es posterior al de una pena, el plazo se computa desde la extinción de ésta.”* Por su parte, el artículo 98 prevé que el órgano jurisdiccional competente podrá imponer al sujeto imputable, respecto del cual existe un pronóstico de comportamiento futuro de reiteración delictiva, la medida de libertad vigilada en aquellos delitos en que así se dispone expresamente, para su cumplimiento inmediatamente posterior a la pena.

De este modo, el precepto antes citado contempla un supuesto en el que el cumplimiento de una medida de seguridad es sucesivo al de una pena, en cuyo caso el plazo de prescripción de la medida no se empezará a computarse sino hasta la fecha en que la pena se considere extinguida por las causas legalmente establecidas.

VII. Artículo 115.- La acción civil y la prescripción (art. 115 del Cp)

Conforme a lo establecido en el artículo 118 del CP la realización de un hecho tipificado por la Ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios que se hubieren causado.

Por otro lado, el mismo precepto dice que el perjudicado puede ejercer la acción civil dentro del mismo proceso penal, u optar, por deducir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. De este modo, si el perjudicado elige la segunda opción, es decir, el ejercicio de la acción civil fuera del proceso penal, tal circunstancia no interrumpirá los plazos de prescripción de la acción penal ni de la pena de que se trate.

Así por ejemplo si alguien entabla una acción civil por daños a su propiedad ante el Juzgado de Letras competente, la interposición de la demanda respectiva no interrumpirá el plazo de prescripción, ya sea para perseguir el delito de daños o para que se ejecute la pena impuesta por la comisión de tal infracción penal.

VIII. Los delitos y penas imprescriptibles (art. 116 Del cp)

8.1.-DELITOS IMPRESCRIPTIBLES: El artículo 116 del CP establece un catálogo de delitos respecto a los cuales la acción penal para perseguirlos se considera imprescriptible y por tanto susceptible de ser ejercida en

cualquier momento pese al tiempo transcurrido desde su perpetración. Entre tales infracciones se hace referencia a los “*delitos contra la humanidad*”.

Si bien el Código no establece de manera expresa cuáles son esos delitos, entendemos que deben entenderse como tales a los crímenes de lesa humanidad, al genocidio y a los crímenes de guerra, siendo importante recordar que aunque el Código penal hondureño ya contempla una pena para el delito de agresión (art. 152), al momento de escribir estas líneas todavía no han entrado en vigor las reformas introducidas al Estatuto de la Corte Penal Internacional relativas a la tipificación de ese delito.

Tampoco prescribe la acción penal para perseguir el delito de terrorismo cuando éste trae como resultado la muerte de una o más personas; el delito de tortura, la desaparición forzada de personas, referencia que me parece innecesaria al considerarse ya imprescriptibles los “delitos contra la humanidad” y entenderse que entre estos se encuentran comprendidos los crímenes de lesa humanidad, y al mismo tiempo como una modalidad de estos últimos, la desaparición forzada de personas (vid. arts. 139 No. 9 y 140 al 142 del CP).

No prescriben tampoco los delitos de trata de personas ni de explotación sexual cuando las víctimas son menores de 18 años.

Se consideran imprescriptibles los delitos castigados con la pena de privación de libertad de por vida.

Al momento de escribir estas líneas no se contempla en el Código penal ningún delito que sea sancionado con dicha pena, por lo que, si en el futuro se prevé para alguna infracción penal, la misma será imprescriptible.

8.2.-PENAS IMPRESCRIPTIBLES: Como una consecuencia lógica no prescriben las penas firmes impuestas a aquellos delitos cuya acción penal es imprescriptible y a los cuales ya hemos hecho referencia.

Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 116 del CP, no prescriben las acciones y las penas que la Constitución de la República considera imprescriptibles, en este sentido el artículo 2 del Texto Fundamental prevé que la suplantación de la soberanía popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de traición a la Patria, añadiendo que la responsabilidad en estos casos es imprescriptible.

El artículo 19 dice que ninguna autoridad puede celebrar o ratificar tratados u otorgar concesiones que lesionen la integridad territorial, la soberanía e independencia de la República, de tal manera que quien lo haga

será juzgado por el delito de traición a la Patria, en cuyo caso la responsabilidad es imprescriptible.

Finalmente, el artículo 356 expresa que el Estado solamente garantiza el pago de la deuda pública, que haya sido contraída por los gobiernos constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de tal manera que cualquier norma o acto que contravenga este precepto, hará incurrir a los infractores en responsabilidad administrativa, civil y penal, que será imprescriptible.

Finalmente, tampoco prescribirán las acciones penales y las penas que sean imprescriptibles conforme a lo previsto en Tratados o Convenios internacionales suscritos y/o ratificados por el Estado de Honduras y sí así lo dispusiere alguna ley penal especial.

IX.-La cancelación de antecedentes penales (art. 117 Del cp).

9.1.-ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES: Conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código procesal penal tendrán la calidad de antecedentes penales las condenas impuestas mediante sentencias firmes, siendo el Poder Judicial el encargado de llevar el registro correspondiente.

Cumpliendo con ese mandato legal, la Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo del 10 de enero de 2006, creó por vía reglamentaria la Unidad de Antecedentes Penales adscrita al Centro Electrónico de Información Judicial del Poder Judicial (CEDIJ), como entidad encargada de organizar, operar y naturalizar el registro nacional de todas las sentencias condenatorias impuestas que tengan carácter de firme, cuyas constancias emitidas por este ente tienen la calidad de antecedentes penales (art. 1 del Reglamento).

Dado el efecto estigmatizador de los antecedentes penales, el Código penal permite que transcurrido cierto tiempo y tras la extinción de la responsabilidad penal, se pueda solicitar su cancelación. De este modo, la cancelación de antecedentes penales es un derecho que compete al penado cuya responsabilidad penal ha quedado extinguida, en virtud del cumplimiento de la pena, por la prescripción de la pena, el indulto, la amnistía cuando sea extintiva de la pena y la remisión definitiva de la pena suspendida condicionalmente.

La cancelación podrá ser acordada de oficio por el órgano jurisdiccional competente o a petición de parte. La competencia del Juez dependerá

de la etapa del proceso en que se plantee una cuestión referente a la cancelación legal de los antecedentes penales.

Así por ejemplo, la suspensión condicional de la pena exige que el beneficiario no haya delinquido previamente, sin embargo, para tales efectos no se tomarán en cuenta los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que debieron serlo (art. 78 No. 2 del CP), de ahí que el Juez o Tribunal con atribuciones para suspender la pena condicionalmente podrá ordenar la cancelación de los antecedentes penales cuando pese a concurrir los requisitos legales, la misma no se hubiese decretado con anterioridad.

Igualmente, lo será el Juez o Tribunal que deba valorar la posible concurrencia de la agravante de reincidencia al momento de individualizar la pena, ya que no tomará en cuenta para tales efectos, los antecedentes penales cancelados o los que han debido serlo (art. 32 No. 9 del CP), de tal modo que en este último caso podrá ordenar dicha cancelación al concurrir los requisitos previstos en la ley y no apreciar dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

9.2.-REQUISITOS PARA LA CANCELACION DE LOS ANTECEDENTES PENALES: Para solicitar u ordenar en su caso, la cancelación de los antecedentes penales, es preciso que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles, salvo el caso de la declaración de insolvencia, y sin perjuicio en este último caso de la mejora económica del reo.

Aunque la naturaleza de la responsabilidad civil y penal es distinta, la ley exige el requisito antes apuntado tomando en cuenta la satisfacción de los intereses de las víctimas y de los perjudicados.

Por otro lado, el artículo 117 del CP exige que para obtener el derecho a la cancelación de los antecedentes penales, es preciso además que el interesado no haya delinquido de nuevo durante un plazo que corresponda, conforme a la naturaleza dolosa o imprudente del delito.

De este modo, ese plazo será de dos años si se trata de una pena impuesta por delito imprudente, y un término equivalente al de la pena impuesta por delito doloso, sin que en este caso pueda ser inferior a seis meses ni mayor a diez años.

9.3.-INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO REQUERIDO SIN DELINQUIR PARA SOLICITAR LA CANCELACION DE LOS ANTECEDENTES PENALES: como regla general el plazo se contará a partir del día siguiente a aquel en que legalmente se considere extinguida la pena, y en el caso de la remisión definitiva, se exige que haya transcurrido del pla-

zo de suspensión de la ejecución de la pena y el cumplimiento de las medidas reguladoras, en este último supuesto el plazo se computará retrotrayéndolo a partir del día siguiente a aquel en que habría quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado de este beneficio.

Finalmente, el artículo 117 en su último párrafo hace relación de lo que ya hemos comentado al explicar que debemos entender por órgano jurisdiccional competente, al prever que si a pesar de haberse cumplido los requisitos legales para la cancelación de antecedentes penales, esta no se hubiese decretado, el órgano Jurisdiccional, una vez comprobadas tales circunstancias, ordenará su cancelación inmediata y no tomará en consideración los mismos para ningún efecto.

Bibliografía

- Cabezas Cabezas, Carlos, *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal*. Revista de Política Criminal, Volumen 8, No. 16, Santiago de Chile, 2013. Consultado en 4/8/2020. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000200002&script=sci_arttext&tlng=e
- Cardenal, Montraverta, Sergi, *Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 21-06, 12 de junio de 2019. Consultado en 13 de agosto de 2020. Disponible en:
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-06.pdf>
- Chozas Alonso, Jose Manuel, ¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? *un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo*. Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva Época, N.º. 2, 2005, págs. 201-248.
Consultado en fecha 4 de agosto de 2020.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2037038>
- Cuellar Cruz, Rigoberto/ Gomez Colomer Juan-Luis/ Lopez Zuniga, Eduardo Jair/ Fernandez Entralgo, Jesus/ Ferrera Turcios, Danelia: *Derecho Procesal Penal de Honduras (Manual Teórico-Práctico)*, LITICOM, Tegucigalpa, 2004.
- Diez Ripollés, José Luis, *Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena*. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, abril de 2008. Consultado en 12 de agosto de 2020. Disponible en:

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124254/172227>

Diez Ripollés, Jose Luis, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*. Revista para el análisis del Derecho (INDRET 1/2012). Barcelona, enero de 2012. Consultado en 13/07/2020

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969>

Gili Pascual, Antoni, *La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005*. Revista de Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad de Santiago de Compostela. Volumen XXXV, 2015. Consultado en fecha 4 de agosto de 2020. Disponible en

<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2552>

Herrero Bernabé, Irineo, *El Derecho de Gracia (indultos)*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012. Consultada en 12/julio/2020.

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Iherrero/Documento.pdf>

Muñoz Conde, Francisco / Garcia Aran, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Muñoz Conde, Francisco / Garcia Aran, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Parra Nuñez, Francisco, *Prescripción penal y el delito permanente*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, No. 47, Montevideo, 2019. Consultado en 4/8/2020: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n47/2301-0665-rfd-47-e104.pdf>

Serrano Butragueño, Ignacio, en AAVV, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. (adaptado al euro)*. Tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, Editorial Comares, Granada, diciembre de 2001.

COMISIÓN POR OMISIÓN Y CLÁUSULA GENERAL. ¿HEMOS ENTENDIDO BIEN EL PROBLEMA?

Alejandro Rodolfo Cilleruelo¹

SUMARIO. I. Introducción. II. La raíz del problema y las soluciones aparentes. III. La propuesta de solución de Kaufmann: el yerro en la delimitación del fenómeno y sus consecuencias a futuro. IV. La regulación del fenómeno detectado por Kaufmann de un modo distinto al propuesto por él. V. Aportaciones finales y algunas ideas para considerar a futuro. a. ¿Por qué lo regulado no es el problema que hay que solucionar? b. Escuchemos a la realidad: datos vs. relato en Argentina. c. La postura personal como aporte a la discusión en Latinoamérica. Bibliografía

I. Introducción²

Previo al planteo del problema que me gustaría esbozar en las líneas que vendrán, quiero dejar expresado mi beneplácito en participar en este libro homenaje junto a distinguidos colegas y en merecido reconocimiento a la trayectoria de la Doctora Aura E. Guerra de Villalaz, ilustre maestra panameña.

1 Profesor de Derecho penal de la Universidad de El Salvador, Buenos Aires, Argentina y Profesor de Derecho penal y Criminología del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

2 Este trabajo tiene directa vinculación con lo desarrollado en el marco del Proyecto de investigación titulado “Omisión impropia y trasgresión de normas (subyacentes al tipo penal) en la República Argentina, que se ejecuta en el Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Dicho ello, e ingresando al asunto, quiero destacar que tanto en Latinoamérica como en Europa (Alemania, Austria, España, etc.) se aceptó incorporar a las codificaciones represivas una cláusula en la parte general que admitiera la punición de los delitos en particular –teóricamente, solo pasibles de comisión *activa*– por medio de una *omisión*. La idea general que trasuntó todo este tema habría sido la de cubrir un vacío legal que, supuestamente, era llenado por la judicatura en violación flagrante del principio de legalidad. La cláusula general, en teoría, evitaba tales cosas.

En lo que a mí respecta y en lo sucesivo trataré de probar, que no se ha comprendido a cabalidad cuál era el problema y se legisló un asunto diferente; no abriré juicio de valor sobre si el punto legislado debe serlo o no, aun cuando me pronuncié sobre esto en otros sitios, solo intentaré demostrar que en nuestra América se siguió irreflexivamente una corriente que nunca abordó correctamente el fenómeno.

II. La raíz del problema y las *soluciones* aparentes

a. Como sostiene Johannes Nagler,³ tanto el antiguo derecho zelandés,⁴ danés⁵ como, incluso, la *Constitutio Criminalis Carolina*⁶ se ocuparon de equiparar ciertas omisiones con un actuar positivo que hubiera causado el mismo resultado.

Kreß produce un avance científico al trasladar el problema desde la acción –donde se lo localizaba– al resultado del tipo penal; lo cual constituyó un problema en el discurrir venidero pues todo el análisis se volcó a resolver, casi exclusivamente, el problema causal en la omisión.

3 Nagler, Johannes *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 111.

4 Por ejemplo, en la ley Zelandés (*Seeländische Gesetz*) IV, 12 del rey Erich se habría previsto sancionar a la persona que cabalgue en un caballo con la costumbre de patear para atrás, teniendo conocimiento de ello y, con dolo, causare la muerte de alguien tomando, al animal del muslo o de cualquier otro modo; se sancionaba como si el propio jinete lo hubiera matado a golpes. Cfr. Nagler, *Die Problematik* cit. p. 4.

5 El derecho danés (Schonischen Rechts) previó que las personas que tuvieran animales salvajes, como osos o lobos para domesticarlos, si los animales causaban daños, sus dueños debían ser sancionadas como si ellos mismos los hubieran causado, *Ibidem*.

6 Equiparó en el artículo 136 las lesiones causadas por animales dañinos, como si lo fueran por sus dueños; el artículo 122 que equiparó el abuso deshonesto de los padres, esposos, etc. con la explotación activa del proxenetismo, Nagler, *Die Problematik* cit. p. 6.

Ese salto en el discurso se generó en un momento -para contextualizar al lector- en el cual la tipicidad no era un nivel de análisis independiente, lo que provocó que se erre en la pregunta; en lugar de analizar cuándo una acción era equivalente a una omisión, se preguntó cuándo una *no evitación* de un resultado equivalía a su causación positiva; a su vez, esto conllevó a que se tratara de resolver el asunto apelando a la existencia de un deber jurídico especial para la evitación del resultado.⁷

Me gustaría que se reparara en el punto anterior muy especialmente, pues es el meollo del problema que arrastramos hasta hoy.

Errado el foco del problema, no caben dudas que ese traspié se trasladó a las pretendidas soluciones, casi, por carácter transitivo. Allí aparecieron tres *soluciones causales*, a saber: la acción contemporánea (la causa del resultado estaba en la acción que el agente realizaba de modo simultáneo a la omisión, y no en ella),⁸ la conducta anterior desarrollada por el omitente (la conducta previa creaba un riesgo para la ocurrencia del resultado, que luego, por ello, el agente debía actuar positivamente para conjurarlo)⁹ y, la teoría de la interferencia, de Binding (la causa del resultado se encontraba en la “acción interna” ejecutada por quien omite para contener los impulsos que le compelen a desarrollar una acción que impida el resultado).¹⁰

Hoy nos resulta sumamente claro que no podía haber una *solución causal* al problema de la comisión por omisión; al menos, desde la cosmovisión ontológica del mundo. Sin embargo, en aquel momento el tema no era tan claro y la dogmática se esforzó denodadamente en vaciar el mar con una tarrina.

7 Nagler, *Die Problematik* cit. p. 9.

8 Indirectamente de Gimbernat Ordeig, Enrique *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa fe, 2003, p. 10.

9 Desarrollada por Krug, Glaser y Merkel; Se objetó que no podía hablarse de una omisión impropia, pues en realidad había una acción anterior causante del resultado lesivo. La idea es estrecha pues solo brindaba una “solución” a los casos que hoy llamamos de injerencia, quedando fuera el resto del universo. Por último, se le achacaba, con razón, que tenía problemas con el momento del dolo - al ejecutarse la acción previa no hay dolo, el cual surge recién cuando la situación de peligro ocurrió, por lo cual operaría un dolo subsequens. *Ibidem*.

10 Se le criticó, con impecable razonamiento, que se trataría en realidad de un acto simplemente espiritual y no de un auténtico movimiento corporal, por lo cual, no podría hablarse de una causalidad en términos mecánicos. *Ib*.

b. El fracaso causal, generó que la solución se busque en otro sitio, pero para solucionar siempre la misma pregunta equivocada: cuándo una *no evitación* de un resultado equivalía a su causación positiva.

Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, en la primera edición de su *Manual* entendió que en casos como los analizados había en realidad una complicidad negativa, ejecutada por medio de una omisión *contraria a deber*; este deber se fundaba en la ley o de un deber funcional especial que obligaba al agente a impedir el resultado. Esto lo vinculó a tres delitos, el homicidio, la rufianería y las injurias.

En la segunda edición del *Manual*, cobra vigencia, en el §24 la idea que la comisión por omisión exige un fundamento especial en la ley o el contrato para la responsabilidad, esto es así porque para von Feuerbach el problema en este conjunto de casos reside en la antijuridicidad.¹¹ De esta forma, una no ejecución de una conducta contraria al mandato de obrar -esa manda debía surgir de alguna de esas fuentes, llamadas convencionalmente: formales- era tan antijurídica como la causación activa del mismo resultado.

c. Nagler trae la cuestión al ámbito del tipo penal, puntualmente, a la acción ejecutiva, porque, el asunto se trata, en suma, de la realización de un tipo de comisión.¹² Es un requisito para esta perspectiva que la acción pueda ser también una omisión, ante la necesidad de encontrarse conectada en paralelo a la tipicidad activa.¹³ La única polémica concebible, según Nagler, sería la equiparación, planteando la pregunta de cuál sería el puente que puede conducir de la actividad positiva al tratamiento de las omisiones en iguales términos.¹⁴ No obstante, tal orden de cosas no habilita sin más vueltas que todos los delitos puedan ser trasgredidos por omisión, pues hay muchos delitos que por cuestiones de tipicidad no lo admitirían,

11 Indirectamente de Nagler, *Die Problematik* cit. p. 11. Esta idea se consolidó en la 14ª edición de su libro, von Feuerbach diría “hay un crimen omisivo (del l. *omissionis*, por oposición al *delict. Commissionis*) siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión”, Von Feuerbach, Von Feuerbach, Paul Johann Ansem, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. De la 14ª ed. Alemana -Gissen, 1847- por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 69 y ss.

12 Nagler, *Die Problematik* cit. p. 51.

13 Ídem, p. 54.

14 Ibídem.

como serían los casos en los cuales se prevé un comportamiento activo altamente personal, en particular un movimiento corporal determinado, la presencia física o la ejecución de un acto jurídico puntual, ejemplificando con el perjurio (§153), la bigamia (§ 171), el adulterio (§ 172), el incesto (§ 173), el duelo (§ 205), etc.¹⁵

A entender de Nagler la solución de la equiparación la trae el tipo que señala en ciertos casos al omitente como garante de que no se produzca un resultado, quedando así obligado a transformar la energía jurídicamente dañosa en inofensiva.¹⁶ Estas posiciones de defensa las realizan personas cuya tarea especial es la de evitar los peligros inminentes;¹⁷ para estas personas, que tienen a su cargo tareas significativas de protección jurídica, el mandato de actuar se encuentra incluido en la prohibición de modo secundario, y abarca a la tipicidad de la conducta que obliga al garante a la defensa respecto del resultado ilícito. De tal modo, el mandato se puede trasgredir de dos maneras, por un lado, con una acción positiva, por otro, mediante la pasividad como una segunda forma ejecutiva.¹⁸ El deber de protección solo puede ser impuesto a los miembros de la comunidad por parte del ordenamiento jurídico,¹⁹ a lo cual se le adiciona la obligación de rechazar el resultado por una acción previa o bien por la asunción de un negocio jurídico con determinadas funciones protectoras.²⁰

d. Como primera conclusión parcial, a modo de balance, resalto que haber individualizado incorrectamente el problema, condujo a la búsqueda de soluciones que desde el inicio no eran tales y que en algunos casos *-solución causal-* tampoco se la halló; al tiempo que introducían otros problemas.

El acotado margen de evolución de la estructura de análisis del delito *-se pasaba de analizar la conducta a preguntarse por su antijuridicidad,* siendo la tipicidad una mera corroboración dentro de ese nivel de estudio; el análisis causal se realizaba en el primer elemento, aún así puede verse en Welzel.²¹ A mi entender, no caben dudas que es Nagler quien se acer-

15 Ídem, p. 56.

16 Ídem, p. 59.

17 Ídem, pp. 59-60.

18 Ídem, p. 60.

19 Ídem, pp. 61-62.

20 Ídem, pp. 62-63.

21 Welzel, Hans *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, Walter de Gruyter & co. Berlín 1969, p. 43 y ss.; hay traducción castellana de la parte general, de

ca con mayor precisión al asunto, aunque su propuesta despertó bastante tiempo después críticas porque se entendía, a su propuesta, como violatoria del principio de legalidad.

De mínima, hay que reconocer que Nagler detectó el error y planteó la pregunta correcta, y si se quiere se aproximó un poco a la solución, dándole estabilidad a la discusión por poco más de veinte años, hasta que apareció la obra de Kaufmann (1938-1959).

III. La propuesta de solución de Kaufmann: el yerro en la delimitación del fenómeno y sus consecuencias a futuro

En el año 1959, Armin Kaufmann, discípulo de Hans Welzel presenta su trabajo de habilitación de cátedra, luego publicado bajo el nombre de *Dogmática de los delitos de omisión*.²² En esta obra llegaría, a varias conclusiones importantes por las razones que veremos, pero no para solucionar el problema que nos ocupa en este trabajo. Entre aquellas, sentenció que no existen, en el ámbito previo al tipo, omisiones finales y dentro de él, omisiones dolosas; el concepto de omisión se sustenta sobre la base de la *omisión de una acción final*.²³ Kaufmann construyó su concepto de omisión desde la *capacidad de acción* como un elemento común entre acción y omisión; con la particularidad que en el primer caso era puesta en marcha y en el segundo no.²⁴

En términos de Kaufmann, capacidad de acción es “únicamente la capacidad de dirección final”;²⁵ y solo por medio de ella se podrían trasgredir prohibiciones y mandatos, por lo cual afirmará que:

La esencia de la vulneración del mandato, la naturaleza de la ‘infracción del deber de actuar’ reside justamente en que la capacidad de acción no se materializa en una acción. A la capacidad de acción concreta ha de añadirse que el obligado no haya llevado a cabo justamente la acción de la

Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, bajo el título de *Derecho Penal Alemán*, 11ª edición, 4ª ed. castellana, editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 51 y ss.

22 Kaufmann, Armin *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. de la 2ª ed. Alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 2006.

23 Ídem, p. 97.

24 Ídem, p. 55.

25 Ídem, p. 68.

que era capaz. La ausencia de la realización posible de la acción prescripta constituye, pues, el núcleo de lo injusto, la tipicidad.²⁶

Todo ese bagaje lo lleva a un sitio bastante complicado para resolver el problema y, además, a otra desviación que de alguna forma condujo a legislar algo diferente de lo necesario.

Así, para Kaufmann los delitos de comisión por omisión, se tratan en realidad, no de supuestos de delitos de comisión sino formas especiales de tipicidad omisiva.²⁷ Esto se da así por cuanto la infracción del mandato especial de impedir un resultado no encuadra en un tipo de prohibición, sino que realiza un tipo de mandato especial;²⁸ afirma en consecuencia que:

(el) «delito de omisión impropia» *posee, pues, un tipo propio, sobre el que se fundan a su vez injusto y reprochabilidad, al igual que lo que ocurre en el delito de omisión propia*” y forma parte de la dogmática de los delitos de omisión, liberándose de esa posición de doble inautenticidad situada a mitad de camino entre los delitos de omisión y de comisión.²⁹

La esencia especial de la comisión por omisión reside -según este autor- no ya en su estructura dogmática, sino en su referencia axiológica, es decir, valorativa.³⁰ Por esta razón, el problema no se resolvería mediante una reinterpretación dogmática, al contrario, se necesitaría legislar el asunto, para lo cual propuso la creación en la parte especial de los Códigos Penales, junto a los delitos activos, tipos especiales de garante.

Con sus palabras, queda mejor:

... la problemática de la equiparación de determinadas omisiones (impropias) con determinados delitos de comisión no se encuadra en ningún escalón de la estructura del delito (comisivo) Lo que se plantea es, más bien, la cuestión de la existencia de cada delito de omisión individual, la cuestión de qué

26 Ídem, p. 34.

27 Ídem, p. 279.

28 Ídem, p. 281.

29 Ídem, p. 281, destacado en el original.

30 Ídem, p. 283.

infracciones de mandato, con qué requisitos, alcanzan el merecimiento de pena del delito comisivo de determinado género.³¹

Kaufmann remata la idea de modo lapidario al sostener que “*Esta problemática no corresponde a la Parte General del Derecho Penal, sino al lugar donde se indaga sobre la existencia e interpretación de preceptos penales concretos: a la Parte Especial*”.³²

La posición de garantía que propone, fue fuertemente criticada por tener contornos sumamente difusos, y se construye desde una perspectiva *material*, así, diría que “... la singularidad dogmática de los mandatos de garante reside en la posición especial del sujeto del mandato, de la que fluye la relación de garantía entre el bien jurídico y el obligado; los mandatos de garante son normas especiales; los delitos de omisión impropia, delitos especiales”.³³ De allí, sigue la idea que la posición de garante entendida como una obligación de impedir la lesión de bienes jurídicos “consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico”,³⁴ en la cual el sujeto cumple una función de vigilancia “para proteger determinado bien jurídico” o “supervisar determinada *f fuente de peligros*”.³⁵

Kaufmann apunta una solución desde el finalismo, pero sin plantear la pregunta correcta, mantiene el error señalado por Nagler, por eso, lo punible, a su entender, será una *no evitación de resultado por un garante*.

IV. La regulación del fenómeno detectado por Kaufmann de un modo distinto al propuesto por él

Con independencia del acierto o no en la solución del asunto, es claro que Kaufmann propuso legislar una alternativa omisiva junto a cada tipo activo correspondiente, pues para él, el problema de la comisión por omisión, era de carácter axiológico y no ontológico.

La propuesta tiene un carácter restrictivo claro, solo unos pocos tipos penales tendrían su alternativa de comisión por una omisión, bajo ciertos

31 Ídem, p. 293.

32 Íbidem, énfasis en el original.

33 Ídem, p. 282.

34 Ídem, p. 289.

35 Ídem, p. 290, destacado en el original.

presupuestos. Así se cumpliría con el principio de legalidad, al estar regulados, pero, además, con el carácter fragmentario del derecho penal.

Las legislaciones siguieron otros caminos, que, a mi modo de ver, empeoraron severamente las cosas. Legislaron sobre la base de la respuesta a la pregunta equivocada (no evitación de resultados por garantes) y, lo hicieron por vía de una generalización de las infracciones al colocar una cláusula general, dejando así librado al juez la elección de si, a un tipo penal determinado le aplicaba la cláusula en cuestión.

Podría decir que el puntapié inicial en este asunto, lo dio el Código Penal alemán (StGB) al incorporar con la reforma de 1975 el §13 que dice:

- I. Quien omita evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer.
- II. La pena, de acuerdo al § 49, apartado I, podrá ser atenuada.

Aquella tónica fue seguida en Europa y en casi toda nuestra América, aunque con mayor precisión, al delimitar las fuentes de las cuales surge la obligación de actuar.

A modo de ejemplos rápidos, puedo mencionar, entre los Códigos europeos, al español (artículo 11), austríaco (§ 2), portugués (artículo 10), y griego (artículo 15); en el ámbito latinoamericano mencionaré los Códigos penales de Paraguay (artículo 15), Uruguay (artículo 3), Brasil (artículo 13, inc. 2), Bolivia (artículo 20) Ecuador (artículo 28), Colombia (artículo 25), El Salvador (artículo 20), Honduras (artículo 32), Guatemala (artículo 18) y el Código Penal federal de México (artículo 7).

Con independencia de las mayores precisiones sobre las fuentes y si admiten o no una reducción punitiva, lo cierto es que se tratan de regulaciones legales que rompen el carácter fragmentario del Derecho penal.

En concreto, alcanza con ver, para corroborar cuanto afirmo, que el alcance de la cláusula es sobre todo el abanico de delitos previstos en la parte especial de las codificaciones, con lo cual duplica casi la cantidad de infracciones, al tiempo que se superpone en los casos de delitos imprudentes que, no necesariamente exigen para subsumir una omisión una cláusula de esta naturaleza; no avanzare sobre este tópico por exceder lo que aquí quiero demostrar, además de que lo voy a tratar en otra contribución latinoamericana; únicamente señalaré para que se comprenda a donde apunto, que la imprudencia siempre consiste en una infracción a un deber, el

deber objetivo de cuidado, y esa contrariedad se puede alcanzar sin dudas mediante un hacer u omitir; por lo demás, las infracciones imprudentes, ya conllevan de por sí, un castigo menguado.

A la conclusión parcial anterior, sobre el yerro en la detección del problema, le sigue este otro yerro, no ya atribuible a la academia sino a la legislación positiva, es decir, a la política criminal seguida por nuestros países. De lo que creo estar seguro, es de que, en este punto, se siguió sin atender a los detalles a los cuales apunté, a los países europeos, posiblemente, en la creencia -errada a mi gusto- de que allí se habían alcanzado estándares superadores en la materia.

V. Aportaciones finales y algunas ideas para considerar a futuro

A. ¿POR QUÉ LO REGULADO NO ES EL PROBLEMA QUE HAY QUE SOLUCIONAR?

En primer lugar, por cuanto, más allá del despropósito de transpolar la idea de Kaufmann -llevaron el asunto de unos pocos tipos con alternativa “omisiva”, a generalizar esta situación-, lo cierto es que el mérito de Armin Kaufmann está en haber descubierto por medio de su investigación una categoría intermedia entre la infracción activa de los tipos penales y la ocurrida por medio de la comisión por omisión *strictu sensu*, tales son las *infracciones de deberes de garantes*. En pocas palabras, Kaufmann aisló una modalidad delictiva que consiste en imponer a ciertas personas una obligación de impedir, quienes no cumplen con tal deber que les viene impuesto, se hacen responsables de su infracción.

Aquella es la razón por la cual necesariamente, esta categoría deba ser sancionada con penas menguadas, dicho brevemente, una infracción de deber siempre es menos grave que un resultado material. Aquí vuelvo a traer a colación lo que ocurre con los delitos imprudentes, en los cuales el resultado dañoso opera como requisito esencial para cerrar el tipo, pero lo que se valora negativamente es que se llega a ese perjuicio *por una infracción al deber que le correspondía al agente*.

Para ser más claro en esto, ofrezco la clasificación de los tipos penales, como yo lo hiciera en otros trabajos.³⁶

36 Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Derecho Penal, parte general*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2018, igual en Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Derecho Penal, parte especial*, T. 1, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2021, pp. 56 y ss. En esto, y lo demás, sigo a Gracia Martín, Luis “Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología*,

En la parte especial de las codificaciones vamos a encontrar tipos de omisión (pura o simple), y tipos de omisión y resultado. En esta última categoría, se deben incluir como suborden los tipos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa y los tipos de resultado de comisión por acción o por omisión, que a su vez se subdividen en: comisión por omisión explícita y comisión por omisión implícita.

Los *tipos de omisión pura o simple* son aquellos que la norma describe una situación y exige para neutralizar ciertos peligros determinadas acciones concretas. Si el agente no lleva a cabo la acción en tales condiciones, infringe ese mandato y por lo tanto la omisión queda subsumida en el tipo (art. 108, CP argentino³⁷).

Dentro de la categoría de los *tipos de omisión y resultado*, entran aquellos que la ley pena no solo la omisión de obrar en cierto sentido, sino también condiciona la punibilidad a que exista una relación entre dicha omisión y un resultado. Es el caso del tipo penal del art. 106, párr. 2º del C.P. argentino.³⁸ Es decir, cuando el *abandono* de otro por parte del autor no solo pone en peligro la vida y la salud, sino que, a su vez, resulta un grave daño en el cuerpo o su salud u ocurre la muerte. Es un delito de omisión en el cual el tipo penal exige que el resultado previsto se impute a una omisión: el abandono. No son delitos de comisión por omisión, pues la *ratio* del tipo es una infracción a la orden en él prevista.

Los *tipos de resultado de comisión por acción u omisión* (comisión por omisión en sentido estricto), se trata de supuestos en los cuales el tipo exige un resultado y se puede infringir tanto por una acción o por una omisión. En estos casos la omisión tiene una correspondencia típica con la acción

Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pp. 418/426.

37 ARTICULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

38 ARTICULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

por cuanto poseen el mismo fundamento e igual desvalor que para los supuestos en los que la ley se vulnera mediante una acción. Habrá supuestos en los que la ley se vulnera mediante una acción, habrá supuestos en los cuales esto está expreso en el tipo penal y otros en los cuales hay que deducirlo. A los del primer caso Gracia Martín, a quien sigo en esto, los califica como tipos de comisión por omisión explícita, y nosotros preferimos categorizarlos como *autoría mediante inactividad final*.

Los supuestos de *omisión explícita* son aquellos en los cuales el tipo penal describe junto a la acción, una omisión típica mediante la cual se llega al resultado, en nuestro orden normativo los ejemplos son el art. 106 del C.P. argentino, pues el tipo incluye *desamparo* y *abandono* como verbos típicos en el primer supuesto el autor traslada a la víctima colocándola en tal situación, en el segundo caso el que se desplaza es él³⁹ y también el art. 176, inc, 2º del C.P. argentino⁴⁰ en cuanto establece que el quebrado en fraude a sus acreedores *no justifique* la salida o existencia de bienes que debiera tener o *los sustraiga u oculte* a la masa,⁴¹ el falso testimonio del art. 275 del C.P. argentino⁴² sanciona al testigo perito o intérprete que *afirmare una falsedad o callare la verdad*, lo primero requiere una acción, lo segundo una omisión, de ambos modos se perjudica el normal funcionamiento de la administración de justicia. Este estándar no reviste problemas desde el punto de vista del principio de legalidad,⁴³ ni de proporcionalidad -aplicar el mismo marco punitivo a la acción u omisión-.

39 Véase Donna, *Derecho Penal...*, t. I, cit., p. 372.

40 ARTICULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

41 El desarrollo de este supuesto con más detalles en Cilleruelo: *Teoría del delito...*, ob. cit. pp. 247 y ss.

42 ARTICULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

43 Gracia Martín: "Los delitos de comisión...", cit. p. 424.

Por su parte, los casos de *comisión por omisión implícita*⁴⁴ o de autoría mediante inactividad final,⁴⁵ se tratan de tipos penales como el de homicidio del art. 79 del C.P. argentino,⁴⁶ que aparenta ofrecer solo la forma activa de realización, aunque son casos en los cuales existe la posibilidad de ser llevados adelante mediante una omisión.⁴⁷ Concretamente soy de la opinión de que en realidad los tipos activos de la categoría aquí analizada admiten sin problemas la trasgresión mediante omisiones u acciones, el problema reside en quién puede ser autor en estos casos y esto tiene que ver con la fundamentación de la autoría que para nosotros es un asunto vinculado al dominio.⁴⁸ Otro tanto es aplicable a los delitos imprudentes, como por ejemplo el caso del art. 84 del C.P.,⁴⁹ que puede ser trasgredido tanto por una acción violatoria de un deber objetivo de cuidado, como por una omisión de igual tenor.

En resumidas cuentas, para responder a la certera pregunta de Nagler sobre cuándo una acción es equivalente a una omisión, debemos decir, siempre que ambas formas de conducta, tengan igual dirección de voluntad -preconcebir un resultado dañoso que se quiere alcanzar como fin-, en la acción, se pondrá en marcha un resultado causal con tendencia al objetivo mientras que, en la omisión, se utilizará la inactividad como medio para alcanzarlo, aprovechando un curso causal no desatado por el agente.⁵⁰

44 Ídem.

45 Mi posición, ya fue esbozada en Cilleruelo: *Teoría del delito...*, cit. pp. 196 y ss.

46 ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

47 Al respecto asevera Gracia Martín que “la característica que diferencia a estos delitos ... es que la ley no describe directa y expresamente las omisiones típicas, por lo que, de haber algunas, estas deben ser sacadas a la luz del ámbito de lo *implícito* en la ley, y, por ello, hay que denominarlos delitos de comisión *implícita*”, Gracia Martín: “Los delitos de comisión...”, cit. p. 426.

48 Véase Cilleruelo: *Derecho Penal, parte general...*, cit. p. 480 y ss.

49 ARTICULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

50 En profundidad desarrollo este tema en mi tesis doctoral, llevada adelante bajo la dirección del Profesor doctor Edgardo Alberto Donna, que vio la luz en formato de libro bajo el título de *Delito de omisión*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2016. Cfr. Además Maurach, Reinhart; Gössel, Karl Heinz; Zipf, Heinz *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, pp. 288-370.

Sentado ello, viene el segundo asunto ¿sirve la cláusula general?, la respuesta es no.

Es que resuelto el plano óntico, como lo hiciera en el punto anterior, solo debe preguntarse por el plano axiológico, y para esto tenemos que la acción del tipo puede únicamente ser llevada adelante por un autor, de ordinario “el que” al cual se refieren nuestras legislaciones. La única diferencia para construir esta autoría especial, van a ser los requisitos que se exijan, como sucede en cualquier tipo de autoría, pues, en definitiva, si cierta previsión de al parte general de una codificación admite, autor mediato o no, etc., va a depender de una interpretación.

En estos casos que, he denominado supuestos de *autoría mediante inactividad final*, los requisitos exigidos en la interpretación serán aquellos que permitan construir el elemento central de toda forma de autoría: el dominio del hecho. En estos supuestos, la situación de dominio del autor la pone de manifiesto el estrecho ámbito entre él y el bien jurídico tutelado, que emergerá del dominio de la situación fáctica peligrosa -no concurre este elemento cuando el autor no tuvo la posibilidad de intervenir activamente en el acontecimiento que condujo a la lesión del bien jurídico-, la obligación que apunte a la conservación del bien jurídico amenazado -ley o negocio jurídico- la existencia de una situación fáctica peligrosa y la inminencia para la producción del resultado. La sumatoria de todo eso permitirá fundar el dominio que exigirá la autoría para estos casos.⁵¹

A la pregunta del párrafo inicial le corresponde la respuesta siguiente: legislaron *infracciones de deberes de garante*, no casos de *comisión por omisión*, que son aquellos en los cuales una omisión trasgrede un tipo *activo*.

B. ESCUCHEMOS A LA REALIDAD: DATOS VS. RELATO EN ARGENTINA⁵²

En el marco de una investigación desarrollada en mi país, con el equipo relevamos toda la jurisprudencia de los tribunales Nacionales, con el objeto de saber en concreto cuantos casos se sancionaron y por cuales delitos.

51 Cilleruelo, *Derecho Penal, parte general*, ob. cit., p. 270 y ss.

52 Los datos se corresponden con el relevamiento llevado adelante en el contexto de la investigación titulada *La construcción de la responsabilidad en la comisión por omisión en doctrina, y jurisprudencia argentina*, desarrollada en el período 2019-2020 en el Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, de próxima aparición en el sello BdeF, de Argentina.

El resultado fue sorprendente, en toda la historia del país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación 8 casos, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal 15 casos y la Cámara Nacional de Casación Penal 17 casos.

Los delitos fueron: estafa, defraudación por retención indebida y por desbaratamiento de derechos acordados, el extinto delito de infanticidio, homicidios dolosos e imprudentes, lesiones, incendios o estragos, malversación de caudales imprudentes y dolosos, defraudación contra la administración pública, privación ilegal de la libertad, apremios ilegales y delitos contra la integridad sexual.

Pocos casos y pocos tipos penales. El resto, es teorización de escritorio.

C. LA POSTURA PERSONAL COMO APORTE A LA DISCUSIÓN EN LATINOAMÉRICA

Para finalizar esta contribución quiero señalar que la prudencia de los legisladores, de no entrometerse en este tema hasta que las cosas estuvieran claras, fue abruptamente dejada de lado. Las voces que pregonaban *violación al principio de legalidad*, dieron de alguna forma lugar a que hoy se hayan duplicado las infracciones punibles, la cantidad de sanciones y destrozado el *carácter fragmentario del derecho penal* en esta materia.

Se cuenta con una legislación que habilita a punir meras infracciones de garantes por doquier, pero pocos casos de comisión por omisión.

En este aspecto, es interesante observar que el propio Nagler señala que los delitos de comisión por omisión venían siendo traccionados por la tradición manteniéndose al margen la legislación de regular el asunto aun cuando era esperado por la doctrina y jurisprudencia y lo hacía por cuanto hasta ese momento (año 1938) no habían sido distinguidos por completo en su peculiaridad.⁵³

Bibliografía

- Binding, Karl *Die Normen und ihre Übertretung*, t.1, 4a, edición, Alemania, 1922.
- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Derecho Penal, parte general*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2018.

⁵³ Nagler, *Die Problematik* cit., p. 12.

- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Derecho Penal*, parte especial, T. 1, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2021
- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Teoría del delito y su reflejo jurisprudencial*, ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2017.
- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo *Delito de omisión*, ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2016.
- Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 3ª ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2016.
- von Feuerbach, Paul Johann Ansem, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trad. De la 14ª ed. Alemana -Gissen, 1847- por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Gimbernat Ordeig, Enrique *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa fe, Argentina, 2003.
- Gracia Martín, Luis "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología*, Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pp. 418/426.
- Kaufmann, Armin *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. de la 2ª ed. Alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, España, 2006.
- Maurach, Reinhart; Gössel, Karl Heinz; Zipf, Heinz *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8ª edición, ed. C.F. Müller, München, Alemania, 2014.
- Nagler, Johannes *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 111.
- Proyecto de investigación titulado "Omisión impropia y trasgresión de normas (subyacentes al tipo penal) en la República Argentina, que se ejecuta en el Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
- Welzel, Hans *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, Walter de Gruyter & co. Berlín 1969.
- Welzel, Hans *Derecho Penal Alemán*, 11ª edición, 4ª ed. castellana, traducido por , de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993.

SOBRE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Luis Mario Carrasco Mandeville¹

SUMARIO. I. Introducción. II. Análisis y doctrina. III. Derecho positivo. La delincuencia organizada en el derecho positivo panameño. IV. Conclusiones. Bibliografía

I. Introducción

Cualquiera conversación sobre el tema de la delincuencia organizada o del crimen organizado en esta época de gran convergencia cultural mediática, queda inmediatamente contaminada por las imágenes que la literatura popular ha grabado en nuestra consciencia colectiva. El concepto mismo nos transporta a la primera mitad del siglo pasado y a ciudades enteras en Estados Unidos controladas por verdaderos carteles del crimen con enorme poder económico e influencia en los círculos políticos y sociales de la época.

Si bien es cierto que la delincuencia organizada como fenómeno social no nació durante el siglo pasado, y tampoco se concentró en los Estados Unidos de Norte América, las imágenes de ese capítulo histórico, especialmente durante la llamada época de La Prohibición, nos aproximan a entender la idea de empresas dedicadas al ejercicio de actividades delictivas, con estructuras, jerarquías y con finalidades primordialmente de lucro.

1 Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Primer Distrito Judicial de Panamá, y Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

II. Análisis y doctrina

Tanto en la literatura como en el terreno legal es posible encontrar una gran cantidad de definiciones y aproximaciones al tema de la delincuencia organizada, con cada autor o proponente enfatizando diferentes aspectos de esta compleja problemática.

Para efectos del presente trabajo trataremos de adentrarnos a la materia con una primera definición de U.N.O.D.C., que se acerca al tema señalando que, “la delincuencia organizada hace referencia a un emprendimiento criminal continuo que, de forma racional, desarrolla conductas con el fin de generar ganancias de actividades ilícitas, para los cuales existe por lo general, una gran demanda pública.

La continuidad de la existencia del grupo se garantiza a través de la corrupción de funcionarios públicos y el uso de la intimidación, las amenazas o la fuerza para la protección de sus operaciones.”²

Del anterior enunciado se desprenden tres elementos claves para la identificación de la naturaleza de la asociación a la que nos referimos. Estos son los siguientes:

1. Ha de tratarse de un emprendimiento criminal continuo. Es decir, se trata de una asociación, con estructuras jerárquicas, modelos de gestión y con pretensiones de continuidad en el tiempo.
2. Las ganancias obtenidas por las actividades giran alrededor de bienes y servicios, que, aunque ilegales, generan una gran demanda pública.
3. La violencia ocasionada por estos grupos generalmente responde a motivaciones defensivas o a cambios en los mercados servidos y se caracteriza por la corrupción, la intimidación o la fuerza.

Durante el desarrollo de este trabajo pretendemos referirnos a cada uno de los tres puntos arriba enumerados.

¿Cuáles son las razones o, que factores confluyen para dar origen a esta particular manifestación de conducta delictiva? Señalan los entendidos que las causas son tanto estructurales, en referencia a situaciones y circunstancias de naturaleza económica, institucionales y hasta geográficas, como

² UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Modulo I de capacitación. (<https://www.unodc.org>).

también a causas sociales y grupales, aludiendo a variables como anomia, marginación étnica, subculturas criminales y aprendizaje grupal.³

Por razones de espacio, aquí nos limitaremos a considerar las causas de orden estructural, entre las cuales contamos las siguientes:

1. **Las Demandas de la Economía:** Aquí hay que referirse a la gran demanda de bienes y servicios que no están disponibles al público por los canales de la economía formal, y que operan como un incentivo para que individuos o, para el caso que nos ocupa, organizaciones empresariales, pongan en marcha iniciativas para suplir esta demanda, aunque ello suponga la incursión en el terreno de lo prohibido por la ley. Lo anterior permite puntualizar que, por regla general, los emprendimientos propios de la delincuencia organizada se caracterizan por la particular naturaleza de las infracciones penales en las que incurrir. En otras palabras, es posible intentar la identificación de las actividades de la delincuencia organizada en atención a la clase de delitos cometidos.

Sobre este tema resultan de interés algunas de las conclusiones presentadas por R. T. Naylor, profesor de economía en McGill University de Montreal Canadá, en una investigación que denominó, *La Economía y el Crimen Organizado: Retos para la Justicia Criminal*. En este estudio el profesor Naylor plantea que existen categorías de infracciones penales particularmente vinculadas con el crimen organizado.

Los delitos patrimoniales o con finalidad de lucro cometidos por la criminalidad común -para llamarla de alguna manera- tienen un carácter predatorio y traen como consecuencia siempre una involuntaria redistribución de riqueza.

La delincuencia organizada no se ocupa, como su actividad principal, en la comisión de delitos predatorios; se involucra en delitos como el juego y el tráfico de drogas emprendimientos todos que implican la producción y distribución de bienes y servicios con un valor agregado.

Estas actividades, aunque ilícitas, mantienen un innegable carácter consensual, que se caracteriza por la activa complicidad del presun-

3 De La Corte Ibañez, Luis, Giménez-Salinas Framis, Andrea. *Crimen.org. Evolución y Claves de la Delincuencia Organizada*. España. Editorial Ariel. 4ta. Impresión 2016. pág. 226.

to sujeto pasivo, en lo que algún sector de la literatura denomina “delitos sin víctimas”.⁴

Aquí es importante hacer un alto para analizar lo que llamaremos delitos cometidos con ánimo de lucro. Es posible clasificar esta clase de infracciones, siguiendo a Naylor, por lo menos en tres categorías, Delitos Predatorios, Delitos basados en la Economía del Mercado y Delitos Comerciales. Nos referiremos brevemente a cada una de estas:

A. Delitos de Naturaleza Predatoria. El nombre deriva del adjetivo “predador” que hace referencia al animal que caza a otros animales para alimentarse. Aquí se incluyen conductas tan variadas como la del carterista, el secuestrador, el estafador y el que roba a mano armada.

Las características de un delito de naturaleza predatoria son las siguientes:

- a. El resultado de estos siempre se reducirá a la redistribución de riqueza de una persona –la víctima– a otra el –agresor–.
Implicarán siempre, una transferencia bilateral entre víctima y victimario.
- b. La transferencia siempre será involuntaria por vía de la fuerza, las amenazas y en algunos casos el engaño.
- c. Estos delitos generaran víctimas claramente identificadas (personas o instituciones).
- d. Ocasionan perjuicios para las víctimas fácilmente cuantificables.
- e. La censura moral aquí es clara e indiscutible, ya que, en todos estos casos, una persona le ha causado un daño a otra.

4 Echeverría Ballesteros, Saida. “Los delitos sin víctimas, también llamados delitos contra la moral pública hacen referencia a todas aquellas conductas que implican siempre una transacción o intercambio voluntario entre adultos, de bienes y servicios con una fuerte demanda y que están legalmente proscritos. Se pueden considerar ejemplos de delitos sin víctimas a la prostitución, el uso y tráfico de drogas, los juegos de azar o ciertas conductas sexuales. Estos comportamientos son punibles en numerosas legislaciones, lo que se sanciona son conductas que atentan contra la moral pública y constituyen un debate activo que busca la relación que puede existir entre los delitos sin víctimas y la libertad personal, el concepto de daño y el sistema de justicia penal. Las consecuencias observables derivadas de este tipo de delito giran en torno a este crimen organizado, el escaso efecto intimidante que producen y el rechazo y estigmatización de ciertos grupos minoritarios.”

Crimipedia. <https://crimipedia.umhes>.

- f. Las respuestas de política criminal son simples: castigo para el culpable y restitución para la víctima.⁵

Hay que decir que el sistema de justicia penal históricamente ha estado enfocado y diseñado para atender los delitos predatorios. En estos casos siempre existe una víctima identificable, un objeto material cuantificable, una solución basada en inobjetable principios morales y un claro consenso social.

Pero es el caso que existen otras modalidades de delincuencia con fines de lucro que son de naturaleza distinta a los llamados delitos predatorios y que por consiguiente causan un impacto distinto en el entorno social y económico.

En estos casos el daño causado es más complicado en cuanto a su valoración, la identificación clara de víctimas un tanto más problemática y los límites entre las responsabilidades de orden civil, comercial y penal no son siempre tan claras.⁶

B. Delitos basados en la economía de mercado. Aquí estamos hablando de delitos cometidos al amparo de las oportunidades que brinda una economía de mercado de “libre oferta y demanda”. Estas infracciones también son descritas como delitos empresariales.

La mayoría de los delitos de esta clase, deben su origen a decisiones adoptadas a inicios del siglo pasado que condujeron a la criminalización del vicio personal. Entiéndase por esto el consumo de alcohol o drogas, los juegos de azar y la prostitución entre otros.

Un delito basado en la economía de mercado posee las siguientes características:

- a. Se refiere a la producción o a la distribución de bienes y servicios nuevos que resultan ser ilegales por su propia naturaleza.
- b. Conduce a intercambios multilaterales que pueden llegar a involucrar productores, distribuidores, minoristas y hasta gerencias financieras por el lado de la oferta y por el lado de la demanda a consumidores. Estos esquemas se asemejan a las transacciones legítimas del mercado.
- c. Generan transferencias voluntarias.

⁵ Naylor, R. T. *Economic and Organized Crime: Challenges for Criminal Justice*. Canada. Editorial Research and Statistic Division, Department of Justice. 2000. pag.5.

⁶ Naylor. ob. cit. pág 6.

- d. Como los intercambios son voluntarios, la figura de la víctima se hace más difícil de definir o se transfiere hacia elaboraciones abstractas, como “la sociedad en general”.
- e. En lugar de pérdidas, generan ganancias para el suplidor y gastos para el consumidor.
- f. Dan pie, en muchos casos, para censuras en el terreno de la moralidad un tanto ambiguas.
- g. Tienden a provocar intensos debates sociales frente al tema de cómo lidiar con estas realidades.⁷

En la práctica, es posible identificar puntos de encuentro o de traslape entre delitos predatorios y delitos basados en la economía de mercado.

Por ejemplo, algunos delitos predatorios requerirán de delitos basados en el mercado para disponer de la mercancía ilícitamente obtenida o para blanquear los capitales generados.

De igual manera algunos delitos de mercado son cometidos en ambientes que propician la violencia o el fraude, piénsese por ejemplo en la violencia generada por carteles dedicados a la comercialización de drogas.

C. Delitos Comerciales. Existe todavía una tercera categoría de infracciones delictivas con ánimo de lucro. Los delitos comerciales. Estos son cometidos por empresarios, inversionistas y corporaciones legítimas. Las infracciones pueden referirse tanto a la producción como a la distribución de bienes y servicios.

Esta última modalidad de delincuencia con fines de lucro, también se encuentra históricamente vinculada con el círculo de actividades propias de la delincuencia organizada.⁸

Queda claro entonces con lo que hasta aquí se ha expuesto, que la delincuencia organizada no es un fenómeno que responde a circunstancias que propicien la aparición espontánea de la misma, sino que, todo lo contrario, las frías leyes del mercado y de la oferta y demanda son quizás el más importante de los condicionantes estructurales que facilitan su aparición.

2. Factores de tipo político: Aquí nos tenemos que referir a algunas características del ordenamiento jurídico en cada país.

7 Naylor. ob. cit. pág. 6.

8 Naylor. ob. cit. pág. 9.

Siendo las leyes que conforman el derecho interno, una expresión de la voluntad política del poder estatal constitucionalmente facultado para emitir las, hay que señalar que la producción legislativa puede, en el contexto adecuado, estimular algunas manifestaciones del crimen organizado. Para evitar malentendidos, es importante señalar de inicio, que se tiene por sentado que la labor legislativa en una democracia sin duda mantiene como objetivo la búsqueda del bien común; y con esta finalidad se proponen y aprueban leyes para mejorar la calidad de vida de los asociados. Siendo lo anterior una verdad inobjetable, los comentarios que ahora compartimos aluden en su mayoría a los efectos no queridos y quizás no visualizados, al momento de discutir y aprobar el texto normativo. Estos efectos que ya hemos señalado no son queridos ni visualizados, no son fenómenos ajenos a la producción legislativa y es a ellos a los que nos referiremos en esta sección. Repasemos algunos escenarios;

- a. Piénsese por ejemplo en la emisión de leyes que no sancionen con la rigidez que se amerita a los comportamientos vinculadas con la delincuencia organizada. Sobre esta situación debe señalarse que, en la República de Panamá, si algo ha caracterizado la dirección en la que ha marchado la represión penal en materia de delincuencia organizada, ha sido en la creación de nuevos tipos penales y al endurecimiento de las sanciones correspondientes. Ello no significa que el fenómeno de sancionar con laxitud algunas conductas penales de alta transcendencia social, ha escapado de la realidad nacional. Miremos por ejemplo algunas modalidades de delitos contra la Administración Pública, como la Corrupción de Servidores Públicos, el Enriquecimiento Injustificado, el Tráfico de Influencias y el Abuso de Autoridad. Los tratos penales establecidos para sancionar conductas como las que acabo de enumerar todavía enmarcan el camino de algunas tareas pendientes en el país, para la consolidación de un ordenamiento penal que responda a las urgencias sociales de los tiempos actuales.
- b. Pero, regresando al tema que nos ocupa, habría que señalar que, la producción de leyes en algunos casos puede estimular la creación de mercados ilegales. Este fenómeno se presenta cuando se elaboran leyes que, por ejemplo, prohíben el consumo de productos altamente demandados, recuérdese como antecedente histórico las leyes de prohibición en Estados Unidos de Norte América y las actuales y vigentes leyes que prohíben el consumo y la distribución de las llamadas drogas recreativas, vigentes en casi

todos los países del mundo. Las últimas cinco décadas, por ejemplo, han sido el escenario de la llamada guerra contra las drogas; un esfuerzo globalizado por enfrentar con una política que enfatiza la represión, el problema del consumo de drogas ilegales con fines recreativos, sin que se pueda reportar aún evidencia de merma en la producción o en el consumo. Lo que sí ha sucedido es que, los tipos relacionados con la materia se han convertido en algunos de los comportamientos sancionados con mayor severidad por el ordenamiento penal. Lo anterior, por lo menos en la República de Panamá, ha coadyuvado al problema de la sobrepoblación y al hacinamiento que caracteriza nuestros centros penitenciarios en la actualidad. Se trata sin duda, de un problema nacional pendiente de resolución.

- c. La literatura habla también de leyes que restrinjan el mercado de un determinado producto tales como armas, o piezas de arqueología generando un mercado negro para el tráfico de los mismos aprovechados por las organizaciones delictivas.
- d. Habría que sumar además aquellas leyes que por la vía impositiva encarecen el valor de ciertos productos tales como los cigarrillos y el alcohol, fomentando de esta manera un ambiente que favorece el contrabando y los mercados negros.⁹

3. La Cuestión Institucional: Resulta por demás elemental, el entender como cierto, que, para enfrentar a la delincuencia en una democracia, es fundamental contar tanto con una estructura policial profesional, como con un sistema de administración de justicia bien fundamentado, y con credibilidad pública sobre la base de sus ejecutorias. En otras palabras, una exitosa campaña en contra de la delincuencia requiere contar tanto con una policía, como con un sistema de administración de justicia que goce del respaldo o por lo menos de credibilidad ante la ciudadanía. La anterior necesidad se vuelve aún más crítica cuando se trata de hacerle frente a manifestaciones de criminalidad complejas, en cuyos escenarios las exigencias probatorias planteadas por los tipos penales son mucho más sofisticadas y la influencia y el poder político y económico de los investigados es una variante para ponderar durante la investigación respectiva.

Un sistema de administración de justicia débil al igual que la policía, representarán alicientes para el desarrollo de manifestaciones de

9 De La Corte Ibañez, Luis, GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. ob. cit. pág. 232.

delincuencia organizada. Es claro que para un delincuente la posibilidad de desarrollar sus operaciones en un lugar con deficiencias en los sistemas de administrar justicia y con carencias en los aparatos de seguridad acrecienta las posibilidades de alcanzar la impunidad.

Pero debe resaltarse que, el problema no se reduce a la administración de justicia y a los estamentos de seguridad policial. El problema es mucho más amplio y debe extenderse hasta las estructuras de gobierno en el Órgano Ejecutivo que cuenta en la actualidad con agencias regulatorias que coadyuvan en las tareas de control social en áreas como la recaudación impositiva, el control migratorio, la actividad bancaria y el control de fronteras. Estas actividades especializadas, que, en la República de Panamá, se han confiado a la Dirección General de Ingresos, en lo que al tema impositivo se refiere, al Servicio Nacional de Inmigración y Naturalización, a la Unidad de Análisis Financiero y a la Autoridad Nacional de Aduanas, deben necesariamente adecuarse para estar a la altura de las exigencias actuales en cada una de sus áreas de experticia.

Un comentario especial merece la introducción al sistema normativo nacional de un régimen de extinción de dominio presentado recientemente ante la opinión pública, como un mecanismo que facilitará la declaratoria de nulidad de títulos de propiedad sobre bienes cuya historia de adquisición no pueda justificarse sobre la base de transacciones legítimas. El tema es objeto de discusiones actualmente en la República de Panamá y existe la expectativa de que, a corto o a mediano plazo se institucionalice este mecanismo. Consideramos positiva la introducción de esta nueva herramienta. Pensamos que resultaría conveniente separar el sistema de extinción de dominio que se apruebe, de la jurisdicción penal, porque en esta disciplina ya se cuenta con una fórmula para extinguir el dominio del patrimonio mal habido como consecuencia del delito y que es la pena accesoria del comiso.

El “enseramiento” de la gestión pública, así como el fomento de una cultura de transparencia y rendición de cuentas son dos importantes tareas pendientes para la consolidación de una real institucionalidad en nuestros países.

Finalmente, debe señalarse, que, en algún porcentaje, la pasividad o ineficiencia estatal para enfrentar con contundencia a la criminalidad organizada, tiene sus orígenes en un ambiente que facilita espacios para la corrupción que siempre ha operado como un recurso que ha permitido evitar las consecuencias de la ley abusando de las garantías propias del sistema penal, o dirigiendo ilícitamente el ac-

cionar de las instituciones de seguridad en contra de los rivales del mercado para neutralizar la competencia.

4. **Migración y Tecnología:** El Siglo XX se caracterizó por ser una época de considerables movimientos migratorios con efectos y consecuencias en muchas áreas del mundo. La época fue testigo de importantes desplazamientos poblacionales motivados fundamentalmente por la urgencia de alejarse de convulsiones sociales de causas político-religiosas en muchos casos, por una parte, o sencillamente por el interés de mejorar el estatus económico y la calidad de vida.

La delincuencia organizada encontró en estos desplazamientos grandes oportunidades para desarrollar sus actividades desde varias perspectivas. En algunos casos las oportunidades se presentaban estimulando los movimientos migratorios y prestando asistencia a los migrantes para alcanzar los cruces fronterizos anhelados a cambio de un precio; también los cruces transfronterizos se prestaron para utilizar a los migrantes como conducto para el traslado de mercancía de un país a otro dando pie a la aparición de las llamadas “mulas”; por otro lado los flujos migratorios sirvieron como fuente de mano de obra para el desarrollo de algunas actividades criminales tales como la prostitución y el trabajo forzado, finalmente habría que mencionar que las comunidades de emigrantes establecidos en otros países han servido para dar acogida y protección a los connacionales del grupo vinculados con actividades delictivas o para la formación de sucursales para la continuación y la diversificación de los emprendimientos criminales.¹⁰

También es necesario mencionar la modernización de la economía que nos ha traído como sociedad nuevos hábitos sociales con relación a patrones de consumo y tiempo de recreación todo lo cual representa oportunidades para la oferta del inventario de servicios característicos del crimen organizado. La acelerada industrialización ha permitido el escenario, sino para la aparición de nuevas conductas delictivas, ciertamente para la consolidación de nuevas modalidades para la comisión de algunos delitos tradicionales con la posibilidad de maximizar sus efectos en virtud de las grandes facilidades que la tecnología ha puesto a nuestra disposición para facilitar la comunicación masiva, piénsese, por ejemplo, en la piratería del software informático.

10 De La Corte Ibañez, Luis, GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. ob. cit. pág. 235.

5. **La geografía:** La ubicación y la geografía de un país pueden generar de por sí condiciones que en determinados casos favorecen el desarrollo de focos de delincuencia organizada.

El ejemplo más obvio lo constituyen países como Colombia, y Afganistán que ofrecen grandes extensiones de su territorio para el cultivo de la materia prima requerida para el procesamiento de la cocaína y la heroína.

Pero la geografía también resulta relevante en el tema de la ubicación de determinados países. Esta más que comprobado que la delincuencia organizada encuentra ventajas estratégicas en lugares que se configuran como sitios de paso entre los países que generan la producción del bien ofrecido y los países que generan la demanda de estos. Este sería el caso por ejemplo de Panamá y toda la geografía centroamericana y del caribe que ha sido utilizada como conducto para el tránsito de la mercancía producida en el sur hacia los grandes mercados del norte que albergan la demanda. La situación en Panamá resulta particularmente complicada porque además del factor geográfico, aquí se ubica un centro financiero y bancario regional importante, circula como moneda de curso legal el dólar y existen todas las facilidades tecnológicas disponibles en el siglo XXI para generar comunicaciones y coordinar operaciones.

Esta combinación entre geografía y tecnología a la vez que ha servido para promover niveles de progreso y desarrollo en el país también plantea retos importantes ante la tarea de combatir la delincuencia organizada.

III. Derecho Positivo

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO

En los párrafos iniciales del presente ensayo indicábamos que aún no existía un consenso doctrinal con relación a las características y a los límites de un concepto que de manera pacífica defina el fenómeno de la delincuencia organizada. Lo que se consulta en la actualidad son una multiplicidad de aproximaciones al tema desde diversos enfoques y perspectivas, tanto es así que un tema realmente fundamental, para el cual no existe consenso se refiere a una característica esencial de lo que sería la naturaleza del fenómeno y que se resume con las siguientes interrogantes: ¿es la delincuencia organizada un proceso o método para cometer delitos o se trata un delito autónomo como tal? ¿Será la delincuencia organizada entonces, un adjetivo o un sustantivo?

En la República de Panamá las anteriores interrogantes – cuando menos formalmente – han sido contestadas con la entrada en vigor de la ley 121 de 31 de diciembre de 2013, conocida como la Ley contra la Delincuencia Organizada. La Ley comentada introduce reformas de naturaleza procesal con el fin de proponer técnicas modernas de investigación para conductas como las que nos ocupan, aumenta los plazos de investigación y de aplicación de medidas cautelares, introduce incentivos para fomentar la cooperación de personas vinculadas o imputadas y adopta la posición de tener cómo delito autónomo este fenómeno al introducir al Código Penal un nuevo tipo. A continuación, presentaremos un manejo seleccionado de artículos de la ley 121 que consideramos permiten discernir la orientación político-criminal del instrumento legislativo aludido, acompañadas con un comentario nuestro. Iniciaremos con el artículo de la ley que convierte a la delincuencia organizada en un delito autónomo y que se lee así:

Artículo 328-A Código Penal. Quien pertenezca a un grupo delictivo organizado que por sí o unido a otros tenga como propósito cometer cualquiera de los delitos de blanqueo de capitales, delitos relacionados con drogas, precursores y sustancias químicas, trata de personas, tráfico de personas y tráfico de órganos, tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos, terrorismo y financiamiento de terrorismo, explotación sexual comercial y pornografía con personas menores de edad, secuestro y extorsión, homicidio y lesiones graves físicas o psíquicas, hurto o robo de vehículos, sus piezas y componentes, manipulación genética, piratería, delitos financieros, delitos contra la administración pública, delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra la seguridad informática, delitos contra el ambiente, asociación ilícita, delitos contra el patrimonio histórico de la nación, falsificación de monedas y otros valores será sancionado por ese solo hecho con prisión de 15 a 30 años.

Artículo 2. Ley 121 del 2013. Para los efectos de esta Ley, los siguientes términos se entenderán así:

1. Grupo delictivo organizado. Grupo estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
2. Grupo estructurado. Grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesaria-

mente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

3. Delitos graves. Son las siguientes conductas punibles sancionadas con prisión mínima de cinco o con una pena mayor;

- a. Blanqueo de capitales.
- b. Delitos relacionados con drogas, precursores y sustancias químicas.
- c. Trata de personas.
- d. Tráfico de personas y tráfico de órganos, tráfico de armas, municiones y explosivos.
- e. Terrorismo y Financiamiento de Terrorismo.
- f. Explotación sexual comercial y pornografía con personas menores de edad.
- g. Secuestro y extorsión.
- h. Homicidio y lesiones graves físicas o psíquicas.
- i. Hurto y robo de vehículos, sus piezas y componentes.
- j. Manipulación genética.
- k. Piratería.
- l. Delitos financieros.
- m. Delitos contra la Administración Pública
- n. Delitos contra la Propiedad intelectual.
- o. Delitos contra la seguridad informática.
- p. Delitos contra el medio ambiente.
- q. Asociación ilícita.
- r. Delitos contra el patrimonio histórico de la Nación.
- s. Falsificación de moneda y otros valores
- t. Falsedad de documento público.
- u. Delitos cometidos con tarjeta de crédito
- v. Sicariato.
- w. Cualquier otro delito realizado en concurso o conexidad con los delitos anteriormente indicados.

Comentario: La ley evidentemente mantiene como una de sus fuentes de referencia inmediatas la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia del año 2000 (Convención de Palermo), al punto de que transcribe literalmente pasajes de aquella y los incorpora a su articulado,

tal y como ocurre con los numerales 1 y 2 del artículo 2. Para el caso del numeral tercero, también se adopta el concepto de delito grave plasmado en la Convención, pero se le vincula a un catálogo definido de infracciones penales patrocinando una metodología ya adoptada en nuestro derecho positivo para figuras tales como el Blanqueo de Capitales y ahora, la Delincuencia Organizada, lo que para algunos podría introducir una ventana de impunidad.¹¹

Artículo 3. Ley 121 del 2013. Cuando en el curso del proceso penal el Ministerio Público determine, de acuerdo con la presente Ley y las normas internacionales vigentes, que los hechos investigados califican como delincuencia organizada, el Fiscal competente solicitará ante el juez de garantías o el tribunal competente la aplicación del procedimiento de tramitación compleja.

El juez de garantías o el tribunal competente resolverá motivadamente acogiendo o rechazando la petición del Fiscal. Igualmente, podrá adecuar los plazos para modificar las resoluciones que estime necesario.

En el evento de que el juez correspondiente considera que no se reúnen los presupuestos para declarar el caso de delincuencia organizada, se podrá anunciar recurso apelación, que se concederá en efecto diferido, y continuará la investigación que se realizará a través del procedimiento especial.

Comentario: El procedimiento especial para asuntos complejos es el mecanismo previsto en el proceso penal nacional para que legítimamente resulte factible extender, a petición de parte interesada, todos los plazos mandados en la ley para el cumplimiento de las fases de investigación, intermedia y de juicio en una causa penal en particular.

Por ejemplo, declarada una causa como compleja, el plazo para la investigación del evento, originalmente previsto en seis meses, puede extenderse a un año e incluso prorrogarse hasta un año más y los plazos para la realización de actuaciones, así como para la celebración de audiencias se duplican.

El artículo de la ley contra la delincuencia organizada que ahora comentamos presenta algunos cambios en lo atinente específicamente al delito de delincuencia organizada y el trámite especial de declaratoria de complejidad.

11 Gil S., Hipólito. Comentarios al Código Penal de 2007. Panamá. Asesorías en Ediciones Graficas. 2017. pág. 514.

La redacción del artículo comentado parece establecerle un mandato al agente instructor al frente de la investigación para que solicite la aplicación del procedimiento de tramitación compleja cada vez que se encuentre al frente de una investigación por el posible delito de delincuencia organizada. Fijarle mandatos preordenados al instructor, al margen de las circunstancias particulares propias de toda investigación y, además, eliminar el ejercicio de la discrecionalidad no parecen soluciones congruentes con las modernas exigencias de la investigación criminal.

Este artículo, además, convierte en apelable la resolución del juez de garantías que no concede la solicitud de declarar compleja la causa en casos de delincuencia organizada. Esta decisión en el proceso penal es de ordinario inapelable. Se trata entonces de una singular excepción en atención a la naturaleza del delito investigado a lo cual habría que añadir que el efecto en el cual se concede esta especial apelación se da en el efecto diferido y no en el suspensivo que es la regla general en el procedimiento penal actual. Lo anterior permite la continuación de las pesquisas mientras se surte la impugnación interpuesta blindando además lo actuado de cualquier cuestionamiento por razones de nulidad durante la tramitación del recurso.

Artículo 8. Ley 121 del 2013. El plazo de la detención provisional prevista en los artículos 237 y 504 del Código Procesal Penal se extenderá a cuatro años en los delitos de la delincuencia organizada. Esta medida se regirá por el régimen general de la detención provisional previsto en el Código Procesal Penal y será objeto de revisión cuantas veces sea necesario.

Comentario: El artículo introduce otra excepción procesal sustentada únicamente en la naturaleza del delito investigado. En esta ocasión extiende hasta por cuatro años el plazo de la medida cautelar de detención provisional cuando se trate de investigaciones en torno a la delincuencia organizada. De ordinario, el plazo máximo de la detención provisional en el ordenamiento procesal nacional es de un año según se dispone en el artículo 12 del Código Procesal Penal; y en el evento de que la causa respectiva sea reconocida como compleja, el plazo de detención provisional, de ordinario, sólo puede extenderse hasta por tres años.

IV. Conclusiones

1. La delincuencia organizada es un fenómeno social que reproduce las estructuras de trabajo propias del mundo empresarial lícito, pero para fines criminales.

2. La transición del sujeto pasivo desde el rol clásico de víctima ahora al de cliente-consumidor en esta clase de delitos, complica la tarea del investigador.
3. El fortalecimiento de la institucionalidad, pensando específicamente en la administración de justicia resulta imperante para enfrentar los retos de la delincuencia organizada.
4. Se trata de un problema que no debe limitarse al Órgano Judicial o a la Administración de Justicia forma. Es necesario que todos los estamentos estratégicos que coadyuvan a la función del control social asuman roles proactivos ante esta tarea.
5. La Legislación Penal Positiva Panameña ha optado por definir a la delincuencia organizada como un delito autónomo.

Bibliografía

- De La Corte Ibañez, Luis. (2016). GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. Crimen.org. Evolución y Claves de la Delincuencia Organizada. España. Editorial Ariel. 4ta.
- Echeverría Ballesteros, Saida. (2022). Crimipedia. <https://crimipedia.umhes>. Consulta 10-01-2022
- Gabor, Thomas. (2003). Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature. Canada. Department of Criminology, University of Ottawa.
- Gil S., Hipólito. (2017). Comentarios al Código Penal de 2007. Panamá. Asesorías en Ediciones Graficas.
- Guerra De Villalaz, Aura Emerita. (2017). Villalaz De Allen, Grettel; González Herrera, Alberto. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Panamá. Cultural Portobelo.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. (2016). Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Naylor, R. T. (2000). Economic and Organized Crime: Challenges for Criminal Justice. Canada. Editorial Research and Statistic Division, Department of Justice.
- UNODC. (2022). Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Modulo I de capacitación. (<https://www.unodc.org>). Consulta 18-01-2022.

¿CASUALISMO, FINALISMO O FUNCIONALISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ?

Francisco Galván González¹

SUMARIO. I. Explicación. II. Concepto de delito. III. El encorsetamiento teórico del código penal. IV. El concepto de delito en el Cp Panamá. 4.1. Artículo 24. Son delitos las conductas tipificadas como tales en este Código o en otras leyes que establecen tipos penales. 4.2. Artículo 25. Los delitos pueden cometerse por comisión u omisión. 4.3. Artículo 26. Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos en este código. 4.4. Artículo 35. Para que un procesado sea declarado culpable por un hecho previsto como punible en la ley, es necesario que sea imputable. Se presume la imputabilidad del procesado. Las medidas de seguridad en nicaragua 1. Concepto. 2. Proporcionalidad y necesidad. 3. Sujetos destinatarios de las medidas de seguridad. 4. Clasificación de las medidas de seguridad. 5. Ejecución de las medidas de seguridad, cese, sustitución y suspensión. 6. Quebrantamiento de las medidas de seguridad. Bibliografía

I. Explicación

La idea de desarrollar este tema surgió de la lectura del comentario a los artículos [arts.] del 24 al 42 del «Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado)» editado en el Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, del año 2015. En ese comentario, se lee:

Fundamentalmente, son cuatro las teorías que han ilustrado el sistema del delito o intentado explicar sus elementos analizan-

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España y Profesor de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Sinaloa, México.

do la confluencia que puede existir entre un hecho y cómo se surten sus efectos jurídicos, a saber: el causalismo, el neocausalismo, el finalismo y el funcionalismo. En la actualidad se habla también de una nueva orientación denominada principialismo.

Pero, ¿cuál de estas corrientes seguirá el Código actual? La respuesta no resulta tan sencilla, pues hay quienes consideran que nos lleva a avanzar hasta el finalismo, otros que responde al funcionalismo, también existen posiciones que consideran que tiene rasgos de las diversas corrientes de la teoría del delito que han existido.²

Esta preocupación, creemos, se deriva de la existencia de arts. del *Cp Panamá* en los que su texto tiene regulaciones muy técnicas, que se asemejan a conceptos de doctrina jurídico penal [*doc jur pen*], como los arts. 13 y del 24 al 42.

II. Concepto de delito

Sin ser un tema de preocupación permanente, de vez en vez, la conveniencia de que en el texto del código penal [*Cp*] exista una disposición en la que se diga qué se entiende por delito se trae a la discusión. La opinión dominante³ se decide por rechazar que exista el llamado concepto formal de delito, por considerar que es el concepto material, es decir, el que se formula de la interpretación sistemática de las disposiciones del *Cp*, el que sirve de sustento para la resolución del caso concreto.

Por ello, desde el siglo XIX don Joaquín Francisco PACHECO GUTIÉRREZ y CALDERÓN se oponía a la idea de que el legislador incluyese conceptos en el *Cp*:

4. Los códigos modernos, más completos siempre que los antiguos en todo lo científico y fundamental, han querido de ordi-

2 Delia A. De Castro D., *Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (comentado)*, Panamá, 2015, p. 32.

3 Manuel de Rivacoba y Rivacoba, «La dosimetría en la determinación de las penas», en *De las penas. Libro homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1997, p. 159, cita núm. 1: Se podría hablar de las valoraciones dominantes, no siempre en el sentido de más extendidas, sino en el de contar con el poder para imponerse e imponerlas y hacerlas efectivas –sea por el simple empleo de la fuerza, por el temor, el respeto o la convicción que infundan o por reflejar realmente estados de opinión mayoritarios– dentro del grupo, es decir, de la colectividad.

nario definir el delito, y las concordancias o variantes del delito –el crimen, la falta, la contravención, la grave infracción de policía– la serie entera de las acciones punibles, como cada cual las ha considerado generalmente, y han tenido razón en considerarlo así, *que las leyes no son libros de doctrina*, sino reglas de práctica, y que toda definición, peligrosa por lo común en ellas, debía limitarse al aspecto práctico y externo, o sea, a la reseña de las circunstancias evidentes y tangibles, que en la esfera legal distinguen y caracterizan lo que trata de explicarse.⁴

2.1. *Concepto formal*. Su denominación se debe a que por así decidir el legislador existe una disposición en la que se dice qué es delito para ese texto legal y para todas aquellas leyes en las que se contemplan descripciones de «defraudación de expectativas»⁵ o «ámbitos situacionales»⁶ integradoras de delitos.

La idea de una regulación del *concepto formal del delito* se encuentra en el artículo 13:

4 *El código penal. Concordado y comentado*. Madrid, 2000, p. 99. [Sin cursivas en el texto original. Esta idea de PACHECO no fue observada por los redactores del Cp Tipo para Iberoamérica, según lo dice] Manuel de RIVACOBIA y RIVACOBIA, «Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica», 1987, pp. 723 y 724: Antes, empero, de detenernos con algún cuidado en la verificación y el análisis de influencias concretas, señalemos que lo primero que llama la atención en quien, desconociéndolo previamente, emprende su lectura y va avanzando en su articulado, es el desmedido prurito teórico de definir conceptos y dividir y ordenar las materias, como si, en lugar de componer un ordenamiento de normas de conducta, se estuviese estructurando un sistema científico. «A las veces parece compuesto al dictado de un manual de la asignatura, y se diría que con él quedan resueltas vacilaciones y disputas y clausurada toda inquietud creadora en el Derecho penal». Este prurito todavía se agrava en los códigos y proyectos que lo toman por base. Los textos «que se basan en el Código penal tipo utilizan un lenguaje demasiado técnico y tienen una tendencia a clasificar y definir las diversas cuestiones a que se hace referencia en la teoría del delito. En tal sentido más se asemejan a un tratado de Derecho penal que a un código. Ejemplo de ello es introducir definiciones sobre lo que es dolo y culpa, y, al mismo tiempo, integrar dentro de ellas el problema del dolo eventual y de la culpa consciente».

5 Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo (trds.), Madrid, 1995, p. 200.

6 Juan José Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 184.

Artículo 13. Para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable.

De este contenido se obtiene la siguiente propuesta dada por el legislador: delito es: *conducta*, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La conducta sería la *base*, la *piedra angular* del concepto de delito, y *típica*, *antijurídica* y *culpable* serán las características de ella; así, podemos relacionar esta idea con el pensamiento de Eugenio Raúl ZAFFARONI:

Por ello, en la base del concepto de delito se halla su característica más genérica, a la que llamamos *acción*, *conducta* o *acto* indistintamente. Es el género o sustantivo del delito, porque la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son adjetivaciones de la conducta, o sea que cada una de ellas pueden predicarse respecto *de la conducta*. De este modo la conducta *vincula* todos los caracteres del delito.

La conducta es el *género* y las tres características particulares son las que permiten definir la *especie*, o sea, el delito. Nadie se pregunta si una piedra es un canguro, porque el género del canguro es el animal (carácter más genérico); establecido que nos hallamos ante un animal, cabrá preguntarse si es un mamífero y si es un marsupial (caracteres específicos). Tampoco tiene sentido preguntarse si algo es un delito si no tiene el carácter genérico de conducta; establecido ese carácter, recién tiene sentido preguntar por las características específicas de la especie *delito*.⁷

2.2. *Concepto material*. Al no existir artículo en el que se de un concepto de delito, este, deberá ser formulado por el intérprete del análisis sistemático de las partes general y especial del *Cp*; es aplicar el método que utilizó Franz von LISZT para decidir la estructura del concepto de delito a partir del *Cp* alemán de 1871:

Por tanto, el concepto específico del delito es el de la infracción penal (*Kriminelles Unrecht*): EL DELITO ES EL ACTO CULPABLE CONTRARIO AL DERECHO Y SANCIONADO CON UNA PENA.

El *concepto* (el hecho general) del delito está, pues, constituido por cuatro caracteres esenciales; los tres primeros son carac-

7 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2005, pp. 307 y 308.

teres genéricos del acto culpable (*Delickt*), el cuarto es el carácter específico del delito (*verbrechent*).

La búsqueda de un *concepto material de delito* para el intérprete del *Cp Panamá* no es obligación absoluta por el contenido de los arts. 13 y 24 al 42.

2.3. *Concepto formal material*. Si el legislador ha regulado un *concepto formal de delito* señalando los requisitos que él considera necesarios para que el delito exista en sentido estricto, entonces, ese concepto formal se identifica con el concepto material si es que las exigencias dadas por el legislador son las mismas que se obtienen de una interpretación sistemática del *Cp*. Si esta situación logra determinarse y es con esta orientación con la que se resuelve los procesos penales, entonces, la regulación se refiere a un *concepto formal material de delito*.

III. El encorsetamiento teórico del Código penal

¿Puede el legislador ceñir un *Cp* a cierto sistema de análisis del delito? Sí. ¿Cómo? [1] regulando un concepto de delito y creando una estructura en la parte general que se corresponda con alguno de los sistemas de análisis del delito; por ejemplo, si se quiere dejar regulado el *sistema causalista de Franz von LISZT*, en el art. 13 del *Cp Panamá* debiera decirse:

Artículo 13. Delito es el acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena.

Y en los artículos del 24 al 42, regular los contenidos para cada elemento del delito: Capítulo I. Acción. Capítulo II. Antijuridicidad. Capítulo III. Imputabilidad. Capítulo IV. Culpabilidad.

En el contenido de cada capítulo se regularían los conceptos que Franz von LISZT utilizó para la explicación de cada uno de estos estratos de análisis de su concepto de delito.

El capítulo III referido a la *imputabilidad* es porque, si bien, él no la consideró elemento esencial del delito, *sí era un presupuesto de la culpabilidad*. No aparece un capítulo para la *punibilidad* porque ella estaría regulada en el apartado destinado para las penas y en relación con cada uno de los delitos de la parte especial.

[2] Regulando en el texto de los arts. de la parte general los conceptos que el autor seleccionado utiliza para el concepto de delito y de otras figuras; por ejemplo, si se quiere regular un concepto de acción:

Artículo... «Acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior».⁸

Artículo... Acción es conducta, voluntaria hacia el mundo externo social.⁹

Artículo... Acción es un comportamiento humano con trascendencia social.¹⁰

Artículo... Acción humana es ejercicio de actividad final.¹¹

Artículo... Acción es manifestación de la personalidad.¹²

Artículo... Acción es causación evitable del resultado.¹³

Artículo... Acción es «un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano».¹⁴

Pero, y este pero *sí existe*, porque explicar la orientación de un *Cp* con alguno de los sistemas de análisis del delito: *causalismo*, *neocausalismo*, *finalismo*, o *funcionalismo*, de inicio, enfrenta dificultades, porque en cada uno de ellos coexiste la opinión de varios autores. En el *causalismo clásico*: Franz von Liszt, Gustav Radbruch, Ernst Beling; *neocausalismo*: Reinhard Frank,

8 Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Vicente Remesal (trds.), Madrid, 1997, p. 236.

9 Claus Roxin, *Derecho penal...*, p. 249. Manuel Jaen Vallejo, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, 1994, p. 57: [...] La acción, según Eb. Schmidt, es un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo *social* exterior; luego se trata de un concepto valorativo, en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de acuerdo con las concepciones, las expresiones y las costumbres de la propia vida social.

10 Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo Cardenete (trd.), Granada, 2002, p. 239.

11 Hans Welzel, *Derecho penal alemán. Parte general*, Juan José Bustos Ramírez/Sergio Yáñez Pérez (trds.), Santiago de Chile, 1997, p. 39.

12 Claus Roxin, *Derecho penal...*, p. 252.

13 Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, José Luis Serrano González de Murillo (trd.), Madrid, 1995, p. 174. [...] Si la acción se define como causación evitable del resultado, no se trata de causación de resultados.

14 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 402.

August Hegler, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger, Alexander Graf zu Dohna, Eberhard Schmidt; *finalismo*: Hans Welzel, Reinhart Maurach, Guillermo Sauer, Günther Stratenwert, Eugenio Raúl Zaffaroni; *funcionalismo*: Claus Roxin, Günther Jakobs.

Y entre los autores, aun y cuando participen del mismo sistema, existen diferencias sistemáticas y de conceptos. *Causalismo clásico*: para Franz von Liszt, el concepto de delito se integraba con *acción*, *antijuridicidad*, *culpabilidad*, *punibilidad*, y la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; Gustav Rabruch opinaba que debía existir un sistema de análisis para los delitos de acción y otro para la de omisión; en tanto que Ernst Beling, a partir de 1906 incluyó en el concepto de delito *la tipicidad*. *Neocausalismo*: Edmund Mezger propuso que la tipicidad era de *ratio essendi* [razón de ser] de la antijuridicidad, y Max Ernst Mayer, la propuesta de la tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad; estas propuestas significaban efectos jurídicos diferentes: la primera, demostrada la tipicidad quedaba, también, demostrada la antijuridicidad, y la segunda, una acción típica solo es *indicio* de ser antijurídica, que es con la que participó la opinión dominante. *Finalismo*: Hans Welzel, como requisito del delito aceptaba: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y en ésta, la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta; Reinhart Maurach no acepta esta idea, porque su esquema de análisis del delito es: acción, tipicidad, antijuridicidad, atribuibilidad (responsabilidad por el hecho y culpabilidad). *Funcionalismo*: entre Claus Roxin y Günther Jakobs son pocas las coincidencias; fundamentos filosóficos diferentes, concepto de acción distinto [personal y negativo], estructura del concepto de delito [Roxin: injusto y responsabilidad; Jakobs: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad] concepto de autor diferente [dominio del hecho/delito de infracción de deber y sistema unitario], ubicación de la imputación objetiva [tipo objetivo y en la acción].

Por ello, *encorsetar* un *Cp* a un sistema de análisis del delito o al pensamiento de un autor *no es imposible*, pero, *no es recomendable* porque se estaría generando un obstáculo para el desarrollo de la *teoría del delito* y, con ello, un estancamiento de la ciencia del derecho penal en ese país.

Esta sería la explicación del por qué las regulaciones de los *Cps deben ser abiertas, no fijadas*, para que se permita la coexistencia de las opiniones de los diversos autores; ¿cómo explicarnos que con el *Cp* alemán de 1871 se explicaban y aplicaban las ideas del causalismo, neocausalismo, concepto social de acción, finalismo y los inicios del funcionalismo? Esta idea es la que debe dejar regulada en un *Cp* el legislador, y no su pensamiento teórico, el que, al final pronto pierde vigencia.

IV. El concepto de delito en el Cp Panamá

Si se cree que el contenido de los arts. 13 y 24 al 42 se relaciona con la regulación de un *concepto formal material de delito*, debe demostrarse que todos ellos están orientados para determinar cada uno de los requisitos necesarios para que el delito exista. Si en el artículo 13, se dice:

Para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable.

Si esta regulación debe ser tenida como un *concepto formal material de delito*, ello obliga al intérprete demostrar que en los arts. del 24 al 42 existe la explicación de lo que en ella se dice. Analicemos algunos de estos artículos.

4.1. ARTÍCULO 24. SON DELITOS LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS COMO TALES EN ESTE CÓDIGO O EN OTRAS LEYES QUE ESTABLECEN TIPOS PENALES.

Este artículo tiene orientación más como garantía penal que como concepto referido al concepto de delito. Es el reconocimiento del aforismo latino elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH: *nullum crimen sine lege*. Entonces es una orientación político criminal, y no la idea base para la *tipicidad penal*, que es el elemento del delito y no el tipo penal que es solo hechura del legislador.

4.2. ARTÍCULO 25. LOS DELITOS PUEDEN COMETERSE POR COMISIÓN U OMISIÓN.

Hay delito por comisión cuando el agente, personalmente o usando a otra persona, realiza la conducta descrita en la norma penal, y hay delito por omisión cuando el sujeto incumple el mandato previsto en la norma.

Cuando este Código incrimine un hecho en razón de un resultado prohibido, también lo realiza quien tiene el deber jurídico de evitarlo y no lo evitó pudiendo hacerlo.

La ubicación de este artículo en el apartado «Hechos Punibles» tiene explicaciones. La primera sería que la alusión a *comisión* y *omisión* no está pensada para la estructura del concepto del delito. Así, este artículo tiene una función de *garantía penal*, es un límite que reconoce el *nullum crimen sine conducta* o *nulla injuria sine actione*.¹⁵ Es el reconocimiento de una fun-

15 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 381: 1. La *acción* o *conducta*, entendida como género de la especie *delito*, en el marco de un derecho penal reductor, debe ser un concepto

ción político criminal relacionada con el *principio de acto o de hecho o de exterioridad*. Con él se exige que el contenido de los tipos penales esté referido a la descripción de hechos o acciones y no a situaciones, estados o formas de ser; es la decisión por el derecho penal de acto o de hecho¹⁶ y no por el derecho penal de autor.¹⁷

Una segunda interpretación, estaría orientada para determinar que la tipificación de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos es por

idóneo para satisfacer el requerimiento de una clara función política: dado que es de elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio del poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona, su función será la de bloquear todo intento de desconocimiento de este nivel primario de republicanismo penal (*nullum crimen sine conducta*). [Y en la cita núm. 2, dice] También enunciado como *nulla injuria sine actione*, Cfr. Insolera, Gaetano, p. 271.

- 16 [Así] Bernd Schünemann, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo (trds.), Madrid, 2009, p. 61: [...] En nuestro sistema tradicional del *Derecho penal del hecho*, del que actualmente no existen motivos para apartarse, parece en cambio inadecuado admitir *puros* criterios del autor en el concepto sistemático básico. Precisamente el concepto básico referido al hecho caracteriza acertadamente nuestra concepción global del Derecho penal del hecho (principio de la adecuación al sustrato!). Antonio García-Pablos De Molina, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 358: El ser humano responde ante la ley penal por lo que *hace*—acciones y omisiones— no por lo que *es*. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que, en definitiva, el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no la conciencia de éstos.
- 17 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro ALAGIA/Alejandro Slokar, *Derecho penal...*, Buenos Aires, 2000, p. 423: 2. Se ha señalado que el poder punitivo siempre es de autor y que, por su ineludible estructura, selecciona conforme a estereotipos, al menos en la gran mayoría de los casos *el derecho penal de acto es el esfuerzo del estado de derecho por reducir y limitar el poder punitivo de autor*. El derecho penal de autor es la renuncia a este esfuerzo y su expresión más grosera es el *tipo de autor*, es decir, la pretensión de que el tipo legal mismo capte personalidades y no actos, prohíba ser de cierto modo, en lugar de prohibir la realización de ciertas acciones conflictivas. En consecuencia *la racionalización de tipos de acción es el signo más burdo de la claudicación del derecho penal, o sea, su inversión y puesta al servicio del estado de policía*. Si bien se habla de *derecho penal de autor*, cuando una teorización llega al extremo de pretender legitimar tipos de autor, es dudoso que pueda merecer el nombre de derecho penal. Antonio García-Pablos De Molina, *Derecho penal...*, p. 360: El llamado Derecho Penal «*de autor*» constituye la antítesis del Derecho Penal del «hecho». Se trata—se trató— de un modelo de Derecho Penal «totalitario», defendido por la doctrina alemana próxima al régimen nazi, a tenor del cual el hombre ha de ser enjuiciado no por lo que hace sino por lo que es. O dicho de otro modo: para un Derecho Penal de autor no importa tanto *qué* se hace u omite (el hecho) sino *quién*—personalidad, notas y características del autor— hace u omite (la persona del autor).

acción o por omisión. El uso de los términos *comisión* y *omisión* no como equivalentes, pues la expresión «u» no lo permite, es un reconocimiento *de la negación*—quizás sin saberlo— *de un supraconcepto de acción*¹⁸ y la aceptación de la diferencia entre *acción* y *omisión*, como las dos estructuras típicas básicas derivadas de la acción «entendida como género de la especie *delito*»:¹⁹

1. *La acción es una conducta humana, regida por la voluntad, orientada a un determinado resultado*. Constituye la base comisiva de todas las formas de aparición del delito; abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve pues de base al delito de comisión y al de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos), como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hecho culposo).²⁰

Al reconocer el legislador que «Los delitos pueden cometerse por comisión u omisión» está obligando a realizar una clasificación de *tipos de acción* y *tipos de omisión* debiendo incluir en cada uno de ellos los tipos de la parte especial del *Cp* y los tipos que se encuentren en leyes penales especiales.²¹ Esta clasificación de los tipos penales que existan determina que,

18 Susana Huerta Tocildo, «¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, Madrid, pp. 231 y 232: [...] Me refiero a la polémica, que tantas páginas ha ocupado, sobre si es o no posible un súper concepto de acción que abarque, a la vez, a acción y omisión, lo que obliga a plantear el tema de la naturaleza óntica o pre-jurídica de la omisión, o, de llegarse a la negación de dicha naturaleza óntica, el de su carácter normativo, con las consecuencias distintas de cara al propio concepto de omisión, que de una y otra postura se derivan.

19 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, México, 2001, p. 381.

20 Reinhart MAURACH, *Tratado de derecho penal, tomo I*, Juan Córdoba Roda (trd./notas), Barcelona, 1962, pp. 182 y 183. Wolfgang SCHÖNE, *Acerca del orden jurídico penal*, San José, Costa Rica, 1992, p. 46: [...] Actuar es poner en actividad la capacidad de acción, omitir no poner en actividad. En consideración a esto, es posible un resumen conceptual de la siguiente manera: actuar y omitir son las formas, y ciertamente las únicas, de la conducta humana; conducta es actuar u omitir, actuación o no actuación de la capacidad de acción.

21 Juan Córdoba Roda, en Reinhart Maurach, *Tratado...*, p. 189, nota 2: Cosa distinta sucede sin embargo en el derecho español. El código penal ofrece un concepto de infracción en el que se recogen tanto las acciones como las omisiones (“son delitos o faltas las acciones y omisiones...”). Si en el código español aparece pues la acción desprendida de la omisión—la copulativa “y” lo demuestra— y se recoge también a la omisión en el presupuesto del delito, deberá el intérprete incluir en el elemento bá-

cuando se actualice alguno de ellos, el procedimiento penal debe desarrollarse con la teoría que a esa estructura típica le corresponda porque no es la misma explicación para un tipo de acción que para uno de omisión,²² porque esta, hace mucho tiempo dejó de ser la *hijastra del derecho penal*.²³

4.3. ARTÍCULO 26. PARA QUE UNA CONDUCTA SEA CONSIDERADA DELITO DEBE SER REALIZADA CON DOLO, SALVO LOS CASOS DE CULPA PREVISTOS EN ESTE CÓDIGO.

La causalidad, por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

El uso de los términos *dolo* y *culpa* no tiene aceptación total. Su cuestionamiento está referido porque son palabras para teóricos y no para profanos, que son a quienes están dirigidas las leyes:

[...] Más bien en un sentido contrario, en el art. 10 CP 1995 se ha optado por la sustitución del término «culposa» en favor de la expresión «imprudente», concepto que parece más accesible al profano y acorde con la tradición jurídica hispana. Respecto del dolo, algún autor (MIR PUIG²⁴) incluso ha suscitado la

sico *omisión*, y no en el de *acción*, todas aquellas conductas descritas por el legislador en la Parte especial (arts. 185, 188 núms. 1, 2, 4, 5 y 6, 359, 338 *bis*) constitutivas de un no hacer.

22 Wolfgang Schöne, *Acerca...*, p. 47: [...] Por otra parte el concepto de conducta a clara de inmediato y en forma inequívoca lo común y divisor en las estructuras de los fenómenos abarcados, que dentro del sistema jurídico penal se concreta en las diferencias entre delitos de comisión y omisión, con sus correspondientes propios presupuestos. [También] Juan José Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 175: a) No hay una sola estructura delictiva, sino diferentes: delitos de comisión y delitos de omisión [...]. b) La acción frente a esta diversidad estructural deja de ser el concepto superior del sistema ya que no hay un solo sistema.

23 [Así] Wolfgang Schöne, *Acerca...*, p. 41: a) De la época en que los delitos de omisión eran todavía un hijastro de la dogmática, proviene la concepción de que el *concepto de dolo* de los delitos de comisión se podía traspasar inalterable a los delitos de omisión.

24 Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 268: 2 El término «imprudencia» equivale al de «culpa». Aunque todos ellos se hayan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra «imprudencia» tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término «culpabilidad», de uso muy distinto. Por ello propuse sustituir el adjetivo «culposas» que utilizaba el Proyecto CP 1980 y que introdujo la reforma de 1983 en el art. 1 del anterior CP por el actual «imprudentes».

conveniencia de abandonarlo a favor de otro concepto más accesible al profano (como por ejemplo el concepto de *malicia*).²⁵

El contenido de este artículo da lugar a varias interpretaciones. La referencia de *conducta* calificada por *dolo* o *culpa*, es el reconocimiento expreso de las *diferentes estructuras típicas* que el legislador da para el sistema que existe en el *Cp Panamá*; está diciendo que los tipos penales del *Cp* o de las *Lpe* al ser formulados deberán ser expresión de algunas de ellas, por lo que, los tipos penales deberán ser: [1] *acción y dolo*; [2] *acción y culpa*; [3] *omisión y dolo*; [4] *omisión y culpa*.²⁶ Con este contenido, la imposición de la sanción penal debe tener como fundamento que en el proceso penal haya quedado probada la existencia de cualesquiera de estas cuatro estructuras típicas.

También puede interpretarse como *función político criminal*, para el reconocimiento de los principios *nullum crimen sine conducta* [no hay delito sin acción]: «Los delitos se pueden realizar por comisión u omisión», y el *nulla poena sine dolo ni culpa* [no hay pena sin dolo ni culpa] en la expresión «debe ser realizado con dolo, salvo casos de culpa». Esta *función político criminal* se confirma con el último párrafo de este artículo:

«La causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado».

Esta *función político criminal*²⁷ se conoce como *principio de culpabilidad* que es un límite para evitar la responsabilidad objetiva y, con ello, la sola responsabilidad por el resultado producido, la reminiscencia del *versari in*

25 Fermín Morales Prats, «Comentarios al artículo 10», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Manuel Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996, p. 81.

26 Juan José Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 175: a) No hay una sola estructura delictiva, sino diferentes: delitos de comisión y delitos de omisión y dentro de éstos a su vez hay que separar la estructura de los delitos dolosos y de los delitos culposos.

27 Juan José Bustos Ramírez, «Política criminal y dolo eventual», en Juan José Bustos Ramírez, *Obras completas. Tomo II. Control social y otros estudios*, Lima, 2005, p. 223: Se entiende en general en la actualidad a pensar el dolo y en específico el dolo eventual como problemas sólo conceptual dogmáticos, al margen de toda consideración de carácter político criminal. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues como en relación a todas las cuestiones que plantea el derecho penal ambas perspectivas son inseparables y aparecen mutuamente consideradas.

*re ilícita*²⁸ o los delitos cualificados por el resultado, no siendo, por tanto, un reconocimiento del *dolo* y de la *culpa* como elementos del tipo subjetivo o formas o elementos de la culpabilidad, ni tampoco criterio para la imputación objetiva porque ésta cuando se acepta su ubicación en el tipo penal se relaciona con la parte objetiva y no con la subjetiva del mismo.

Por ello, el legislador al referirse al *dolo* y a la *culpa* lo hace sólo para reconocer: [1] el *principio de culpabilidad*,²⁹ [2] que los tipos penales descritos en el *Cp* Panamá o en las *Lpe* son, únicamente, dolosos o culposos. Esta explicación, Carlos María ROMEO CASABONA:

En primer lugar, el art. 11 del CPP [código penal peruano] realiza una declaración fundamental y evidente, pero no por ello no menos necesitada de una proclamación explícita: «Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por al [sic] ley». La redacción de este precepto [...]. En todo caso, lo que significan estos artículos, aparte de una vinculación expresa al principio de legalidad –y por ello, al de tipicidad– es que no hay otra forma de responsabilidad penal que los hechos –acciones u omisiones– dolosas o culposas y que a ello deberá reconducirse cualquier conducta punible.³⁰

El uso de *dolo* y de *culpa* con esta idea no suele reconocerse en la *doc jur pen*, según lo explican Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR:

28 Eugenio Raúl Zaffaroni/Alejandro Alagia/Alejandro Slokar, *Derecho...*, p. 627 y 628: 2. Aunque resulte poco menos que obvio, no está demás insistir en que debe distinguirse la culpabilidad como carácter específico del delito, del *principio de culpabilidad*, que reconoce tres niveles: (a) el primero, de exclusión de la imputación por la mera causación de un resultado, cuya violación se revela en el llamado *versari in re ilícita* en el plano de la tipicidad. [Esta figura se regula en el art. 13, fracción II, inciso c) del *Cp* del estado de Jalisco: Artículo 13. Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. [...]. II. Son causas de inculpabilidad: [...]; c). Causar un daño por mero accidente, sin dolo ni culpa, ejecutando un hecho lícito; [...],].

29 Diethart Zielinsky, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del código penal alemán*, Marcelo A. Sancinetti (trd.), Buenos Aires, 2003, p. 20: La función de regulación del § 15 se limita a la ratificación legal –superflua– del *principio del derecho penal de culpabilidad*, de que la responsabilidad jurídico-penal por la lesión a la norma presupone su imputabilidad subjetiva como comisión dolosa o imprudente.

30 *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad en riesgo*, Granada, 2005, p. 39.

5. En general la doctrina no distingue entre el dolo como una finalidad concreta y típica dada en el mundo (la finalidad como parte del *supuesto de hecho fáctico*), el dolo como exigencia típica perteneciente a la ley (el dolo como requisito del *supuesto de hecho legal*) y el dolo como característica de la acción típica dolosa, aunque en ocasiones se hace referencia a la *dolosidad* para indicar esta última. No obstante, ante la inconveniencia de crear nuevos tecnicismos, no deja de ser admisible este uso indiferenciado de la voz *dolo*, siempre que del contexto surja cuál de los tres sentidos se quiere connotar: un dato del mundo, lo que la ley exige o el resultado de la constatación en el caso concreto.³¹

4.4. ARTÍCULO 35. PARA QUE UN PROCESADO SEA DECLARADO CULPABLE POR UN HECHO PREVISTO COMO PUNIBLE EN LA LEY, ES NECESARIO QUE SEA IMPUTABLE. SE PRESUME LA IMPUTABILIDAD DEL PROCESADO.

La ubicación del «Capítulo V. Imputabilidad» antes del «Capítulo VI. Eximentes de Culpabilidad» y el contenido del artículo 35 tienen naturaleza de *presupuesto de la culpabilidad* y no de *elemento de la culpabilidad*, con lo que, puede interpretarse como un retorno del causalismo clásico de Franz von LISZT. Pero esta idea, presenta el inconveniente de la ubicación sistemática del dolo y la culpa en el «Capítulo III. Dolo, Culpa y sus Excepciones».

Del contenido de los arts. 13 y 24 al 42 el intérprete debe determinar cuáles son los requisitos mínimos que el legislador estableció para el concepto de delito que habrá de aplicarse por los tribunales al resolver los casos que ante ellos se tramiten, por lo que:

No se trata de cláusulas definitorias en sentido estricto, esto es, de preceptos que contengan la interpretación auténtica o contextual *ex lege* de determinados conceptos (como, por el contrario, ocurre con la definición de funcionario, de incapaz o de documento en los arts. 24 y 26 CP³²). Se trata de un elenco de definiciones en sentido amplio; *definitio*, en su génesis gramatical proviene de *de finio*, estamos, por consiguiente, ante preceptos que implican la fijación de límites en torno a determinadas reglas de la teoría del delito y a su ámbito de aplicación.

31 *Derecho penal...*, p. 497.

32 [*Se refiere al Código Penal español*].

Los arts. 10 a 18 CP constituyen así la *positivización de conceptos dogmáticos y normativos*.³³

Al final, será en las resoluciones de los tribunales en discusión con la *doc jur pen*, en la que se determine el significado que el texto de estos arts. tienen para con el sistema de análisis del concepto del delito, y cuál sería su orientación teórica.

Si al análisis de estos arts. lo aplicamos a los apartados relacionados con «Hechos Punibles», la estructura del sistema de análisis del delito del *Cp Panamá*, sería: «Capítulo II. Acción», «Capítulo III. Dolo, Culpa y sus Excepciones», «Capítulo IV. Causas de Justificación», «Capítulo V. Imputabilidad», «Capítulo VI. Eximentes de Culpabilidad».

Es una estructura para un sistema de análisis del delito con elementos regulados en sentido positivo [capítulos II y V], negativo [capítulo IV, VI] y positivo/negativo [capítulo III], que si se considera, por el intérprete, como legalmente obligatoria y los procesos penales deben ceñirse a ella, entonces, debe aceptarse que el sistema de análisis del delito regulado en el *Cp Panamá* no se corresponde estrictamente con el *causalismo* [clásico/neoclásico], ni con el *finalismo*, y tampoco con el *funcionalismo*.

33 Fermín Morales Prats, «Comentario al Capítulo Primero. De los delitos y faltas», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Valle Muñoz (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996, p. 75.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN NICARAGUA

Silvio Antonio Grijalva Silva¹

SUMARIO: I. Concepto. II. Proporcionalidad y necesidad III. Sujetos destinatarios de las medidas de seguridad IV. Clasificación de las medidas de seguridad V. Ejecución de las medidas de seguridad, cese, sustitución y suspensión. VI. Quebrantamiento de las medidas de seguridad. Bibliografía.

I. Concepto

La pena, es concebida como la consecuencia jurídica del delito. No obstante, el sistema punitivo establecido en el Código Penal de Nicaragua, dispone de otro instrumento fundamental para luchar contra el delito, como es la medida de seguridad. El hecho que el ordenamiento penal combine ambos instrumentos nos lleva a hablar de un Derecho Penal dualista de reacciones penales, pues junto a la pena, se aplican otras sanciones de distintas naturalezas.

La pena, es una privación de derechos con la que se amenaza a los sujetos para el caso que cometan un delito. Es un mal que se asocia directamente a la comisión del delito como consecuencia jurídica y que presupone la culpabilidad del sujeto que lo comete (entendida como la capacidad de comprender el injusto del hecho y comportarse de acuerdo con esta comprensión) La medida de seguridad, en cambio, no consiste en la amenaza de un mal frente a la comisión de un delito, sino que conceptualmente es una forma de tratamiento dirigido a que el sujeto no delinca en el futuro. Es la consecuencia jurídica establecida para el sujeto que hubiera come-

¹ Secretario General y Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

tido un hecho previsto como delito, siempre y cuando, además se aprecie peligrosidad en el sujeto (probabilidad de cometer un comportamiento delictivo en el futuro) pero que no tiene capacidad de culpabilidad y consiguientemente no se les puede imponer una pena (su hecho no es delito en términos jurídico, porque falta la capacidad de ser culpable). La peligrosidad criminal no puede presumirse, sino que debe ser establecida en el proceso y debe ser objeto de contradicción, circunstancia que el juez deberá motivar en la sentencia. Puede decirse, por tanto, que mientras la pena se impone por un delito cometido, como consecuencia jurídica de éste, la medida de seguridad es la consecuencia jurídica de la peligrosidad criminal de un sujeto, es decir, no se impone como reacción ante el delito cometido ni para castigarlo, sino para evitar la comisión de delitos en el futuro.

Así, el concepto central de la medida de seguridad es, por tanto, el de peligrosidad. Por ello, lo que diferencia claramente la pena de la medida de seguridad es el fundamento de cada una de ella: Así, la culpabilidad es el fundamento en las penas, y la peligrosidad en las medidas de seguridad, por ello su finalidad esencial es de prevención especial.

Las medidas de seguridad, como las penas, implican una restricción de derechos, por lo que deben ser impuesta conforme el principio de legalidad por el órgano Jurisdiccional competente a las personas que se encuentran en los supuestos previsto en la ley y cuando concurren los requisitos de ley. Tampoco puede imponerse una medida de seguridad que no esté prevista en ley anterior a la perpetración del hecho, ni ejecutarse de forma distinta a lo dispuesto en la ley.

Acorde a lo anterior, el art 98 del Código penal, establece que: “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Para su imposición. De lo anterior se deduce, que para que se imponga una medidas de seguridad deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Post delictivas. Las medidas de seguridad solo podrán imponerse con carácter pos delictivo, esto es, sólo cuando el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito según sentencia firme, dejando de ser una reacción represiva frente a simple comportamientos socialmente molestos o disidentes (medidas pre delictuales), en la que bastaba que a una persona se le encontrara incurriendo en lo que se consideraba un estado peligroso, como la homosexualidad, la prostitución, vago habitual, para imponerle una medida de seguridad. No era necesario que esa persona hubiera cometido delito alguno. No se trataba de una peligrosidad criminal, sino puramente social, es decir de sujetos, considerados socialmente repudiables.

Así pues, las medidas de seguridad reguladas en el código penal son una reacción frente al delito de los inimputables o semi inimputables.

2. Pronóstico de peligrosidad criminal. Se manifiesta a partir de la comisión del hecho previsto como delito, y del que se puede extraer un juicio de peligrosidad futura, es decir un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto, de conformidad del artículo 34, 1,2 y 3 del Código Penal. Si falta este último requisito, por más que se haya realizado un hecho previsto como delito en la ley, no será posible la imposición de una medida de seguridad.

Es importante reiterar tal y como explica Muñoz Conde que la referencia a futuros delitos y no a un comportamiento genérico de peligrosidad es lo que caracteriza a la peligrosidad como criminal, por oposición a la peligrosidad social, que permitía pronosticar a un futuro la posibilidad de realización de nuevos hechos delictivos, por asuntos de personalidad". En consecuencia, no cabe imponer medidas predelictivas (basadas únicamente en pronóstico de futuro), sino a partir de la exteriorización de la peligrosidad manifestada en la realización de un delito. De no comprenderse así, se podría retroceder a un derecho penal de autor, en el que al sujeto se le sanciona por lo que es, es decir por sus características personales y no tanto por lo que hace. Si bien es cierto, que la figura de peligrosidad criminal no logra del todo desprenderse de cierta connotación en ese sentido, pero hay que tratar de atenuarla con una interpretación muy rigurosa a la hora de definir la peligrosidad.

En resumen reiteramos, que la peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (por ej.; por padecer de una anomalía mental que le exime de responsabilidad), sino que debe estar establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida debe llevarse a cabo de manera automática.

II. Proporcionalidad y necesidad

De conformidad al art 99 del Código Penal, las medidas de seguridad por su carácter gravoso y restrictivo de derechos, deben imponerse conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad de las mismas, de ahí que la medida de seguridad se debe imponer con las siguientes tres garantías: no pueden ser más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable para el delito cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto. Por tanto, el juez tendrá que precisar en la sentencia razonadamente, el límite máximo de duración de la medi-

da dentro del límite representado por la pena que hubiese sido aplicable al hecho cometido, entendiéndose tal como establece la norma, que se debe tomar como referencia la pena en abstracto prevista para el delito como el límite de duración de la medida y no la pena en concreto, pues se estaría tratando al sujeto como que hubiera sido declarado responsable, debiendo tomar en consideración la aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas que hubieran concurrido en un sujeto responsable, cuando en realidad no lo es por no tener capacidad de culpabilidad que es el fundamento de la pena, y dichas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no se encuentran conectada con la situación inimputabilidad/semiimputabilidad. Así las cosas, la pena en abstracto impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que, en caso de ser el sujeto culpable, hubiera podido ser impuesta.

Sin embargo, este límite puede quedar por debajo del mismo en los casos en que en un tiempo menor se cumpla el propósito de la medida, es decir, desapareciendo la peligrosidad del sujeto, está debe cesar. En todo caso conforme el principio de proporcionalidad, las medidas de seguridad deberán ser proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto, a la gravedad del hecho cometido y a los que sea probable que aquél pueda cometer en el futuro si no fuese tratado.

En resumen, la idea rectora es , entonces, que no puede agravarse la situación del sujeto peligroso que al que es declarado culpable de un delito, lo que ocurriría si la medida pudiera durar más tiempo que la pena a imponer, en el caso que una persona haya actuado con plena capacidad de culpabilidad, por tal razón, la proporcionalidad también se manifiesta mediante la imposibilidad de no imponer una medida de seguridad privativa de libertad cuando el hecho cometido no tuviese prevista una pena privativa de libertad, debiendo imponer el órgano jurisdiccional alguna de las medidas no privativas de libertad.

III. Sujetos destinatarios de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son una reacción frente a los sujetos inimputables o semi imputables que presentan estados peligrosos, siendo ellos los destinatarios finales de dichas medidas.

El sujeto inimputable, es aquel que al momento de cometer un delito, a causa de cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, o se halle en estado de perturbación, no comprenda la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, así como por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la

conciencia de la realidad y es declarado exento de responsabilidad penal de conformidad a los numerales 1, 2, y 3 del art 34 Código penal. Dicha medida de seguridad queda supeditada a los requisitos y límites establecidos en los art 98 y 99 del Código Penal.

Sujetos semiimputable, es aquel en que las causas de inimputabilidad no concurre todos requisitos necesarios para la apreciación de la exención de la responsabilidad penal, en sus respectivos casos. Así en los casos previstos en el art 35 numeral 1 del Código Penal, en relación con los números 1, 2, y 3 del art 34 se debe aplicar la atenuante denominada Eximentes incompleta. Se trata de sujetos que presentan una culpabilidad disminuida, al encontrarse en una situación intermedia entre aquellos que se consideran inimputables y aquellos que son totalmente imputables, estableciendo el código para estos supuestos un sistema híbrido de consecuencias jurídicas denominado Sistema Vicarial en las que se aplican penas atenuadas de conformidad al art 80 Pn. y las medidas de seguridad previstas en los artículos 103,104 y 105 y 107 del Código Penal.

En este orden de ideas, cuando concurren penas y medidas de seguridad privativas de libertad de un mismo sujeto, como señalamos anteriormente rige el Sistema Vicarial, el cual constituye una técnica dirigida a evitar la acumulación de pena y medida de seguridad por los mismos hechos, evitando el cumplimiento de ambas consecuencias jurídicas de forma consecutiva e independiente. Las dos características fundamentales del sistema vicarial, son la obligación de ejecutar en primer término la medida de seguridad y el abono del tiempo de cumplimiento de la medida al señalado por el juez para la pena. Una vez cumplida la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusiera en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a su duración o aplicar algunas de las medidas previstas en el Código, que por supuesto deben ser no privativas de libertad.

IV. Clasificación de las medidas de seguridad

Conforme el art 100 del Código Penal, las medidas de seguridad se clasifican atendiendo al efecto de privación de libertad entre medidas de seguridad privativas de libertad y medidas de seguridad no privativas de libertad, Estas últimas tiene como denominador común que no afectan la libertad del sujeto. La mayor parte de ellas tiene por objeto la privación o restricción de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria. Algunas de ellas también están reguladas como penas privativas de otros dere-

chos en el Código Penal, tales como la privación de licencia o del permiso de portar armas, la privación del derecho a la conducción de vehículos automotores, la inhabilitación profesional, la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares, por ello al aplicarse como medidas de seguridad se debe tomar como referencia el contenido de aquellas en lo que le fuera aplicables.

Así las cosas, las medidas de seguridad privativas de libertad son las siguientes:

- a) Internamiento en centro psiquiátrico. De conformidad a los arts. 103 y 106 se aplica a los sujetos que han cometido un delito y que haya sido absuelto por la causa de inimputabilidad regulada en el art 34. 1 del Código Penal, es decir por sufrir cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, no le permita comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; y a los que se les aplica la eximente incompleta en relación con los números 1,2 y 3 del art 34 Pn.

El Código Penal, no regula expresamente la controversia que se ha planteado en torno a estos internamientos, relativo a donde tiene que ejecutarse esa medida, si en los centros psiquiátricos penitenciarios, o en los hospitales psiquiátricos ordinarios, dado que la normativa solamente expresa que la medida de internamiento se realizara en un establecimiento adecuado. No obstante, la doctrina y expertos en el tema están de acuerdo que el entorno penitenciario no es ni mucho menos, el lugar adecuado para tratar a aquellos, a los que la propia ley los exime de responsabilidad penal por su patología, dado que la prisión no es un centro socio-sanitario y, por tanto, no se trata de un medio que pueda ejercer el papel de curar a los enfermos, por no darse las condiciones necesarias para brindar el tratamiento correspondiente. Por tal motivo, resulta necesario que al sistema penitenciario nacional, le asignen recursos suficientes para contar con una infraestructura apropiada y funcional y personal especializado para brindar atención médica adecuada, como requisitos mínimo e indispensable para garantizar un trato humano, y se procure cumplir la finalidad de las medidas de seguridad, el cual es favorecer la rehabilitación total del sujeto, eliminando la supuesta peligrosidad del individuo para que no vuelva a delinquir.

- b) Internamiento en un centro de deshabitación público o privado, debidamente acreditado y homologado. Dicha medida según el art 104 Código Penal se impondrá a los sujetos que hubieran cometido un delito y se les declara exentos de responsabilidad penal de con-

formidad a la eximente 2) del art 34. Es decir, por haber realizado el hecho delictivo en estado de perturbación, por intoxicación alcohólica o por el consumo de drogas. También abarca este supuesto cuando el hecho se realiza estando el sujeto bajo el síndrome de abstinencia, provocado por la dependencia de estas sustancias.

- c) Internamiento en un centro educativo especial: Esta medida se impone a los sujetos que fueron declarados exentos de responsabilidad penal conforme el art 34 numeral 3). Esto es por padecer una grave alteración de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, que provoque una alteración grave en la conciencia de la realidad.

Por otro lado, el art 100.2 determina las medidas de seguridad privativas de otros derechos, las cuales ya dejamos establecido que también están reguladas en el código como penas privativas de otros derechos, por ello, se debe tomar como referencia el contenido de estas en lo que le fuera aplicable.

- d) Sujeción a la vigilancia de la autoridad o libertad vigilada, que obligara al penado a presentarse personalmente de manera periódica. Que obligara al sujeto a presentarse personalmente ante el juez de manera periódica.
- e) Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares... Esta medida, no precisa que ha de entenderse por el término lugar (puede ser la calle, el barrio, la ciudad, el pueblo, el municipio etc.), al no haber un criterio definitivo sobre el termino, tendrán que ser los Tribunales quienes, conforme una interpretación teleológica y en función de las circunstancias particulares del caso concreto, determine exactamente en la sentencia el lugar o los lugares a los que sujeto no puede acudir, a fin de facilitar la apreciación del quebrantamiento de la medida.
- f) Privación del derecho a conducir vehículos motorizados. El fundamento reside en el peligro que supone conducir un vehículo al cometer el delito, independientemente que se haya concretado ese peligro o no en un resultado lesivo.
- g) La privación de licencia o del permiso de portar armas. El fundamento reside en el peligro que supone haber cometido un delito utilizando arma. Afecta tanto el derecho a tener armas como a portarlas, con independencia que al momento de cometer el delito se tuviera o no licencia para ello.

La privación de los derechos antes señalados, pretende evitar el riesgo de que a personas que se les ha acreditado un pronóstico de peligrosidad criminal, puedan volver en el futuro generar situaciones

de riegos para la ciudadanía haciendo mal uso de derechos, licencia y habilitaciones que se les ha concedido como las licencias de conducir y permisos de portación de armas. La privación de estos derechos es mientras dure el plazo fijado en la sentencia y como consecuencia se revocan automáticamente la autorización o licencia requerida para conducir o portar armas, y la imposibilidad de obtenerlos quien no los tenía al momento de delinquir.

- h) Inhabilitación profesional. La inhabilitación profesional, produce la privación de derecho al ejercicio de una concreta profesión, oficio, comercio o industria durante el tiempo de duración la medida, lo cual transcurrido el tiempo fijado en la sentencia o levantada la medida, el sujeto podrá ejercer la profesión, oficio, comercio o industria o cualquier otra actividad laboral o profesional, de cuyo ejercicio fue privado temporalmente. La privación de ejercer no se extiende a toda actividad laboral o profesional, sino que solo alcanza al oficio o profesión ejercidos por el sujeto en relación con el delito por el cual se le impone la medida de seguridad, por que el fundamento de la medida es el hecho de haber utilizado la profesión, oficio industria y comercio para cometer el delito, por ello se debe establecer además, la relación directa entre el delito y la profesión, oficio o actividad.
- i) Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en Nicaragua. En estos casos, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativa de libertad que le sean aplicables. Esta persona no podrá volver a Nicaragua por un plazo de tiempo no menor al doble de la duración de la medida de seguridad que les fuera aplicable, que no pueda exceder de 10 años.

V. Ejecución de las medidas de seguridad, cese, sustitución y suspensión

Conforme el artículo 50 de la Ley 745, el Juez de Ejecución de Sentencia y Vigilancia Penitenciaria, es el competente para dar seguimiento y control a la aplicación de las medidas de seguridad. La ejecución de las mismas, se encuentran precedida por la individualización y adecuación a la evolución del sujeto sometido a ella, teniendo en cuenta que su fundamento es la peligrosidad, y que dicho estado puede ir evolucionado a lo largo del tiempo del cumplimiento de la medida, razón por lo que se debe revisar para constatar si subsiste la peligrosidad criminal, que al ser un estado, o situación de la persona, es susceptible, de evolución, modificación o extinción.

Durante la ejecución de la medida, se pueden dar distintos cambios de situación, debiendo el juez competente a través de los controles sucesivos comprobar si se mantienen o no los presupuestos que en su día determinaron el internamiento. Para tal efecto, el juez semestralmente requerirá a las autoridades encargadas de la atención del condenado la remisión de un informe sobre el cumplimiento de la medida de seguridad y la necesidad o no de mantener la misma. Así, conforme el informe de las autoridades competente, el juez de ejecución a través de un proceso contradictorio, decidirá en forma motivada, mantener, cesar, sustituir o dejar en suspenso la medida acordada en la sentencia, cualquiera que éstas sean, privativas o no privativas de libertad.

VI. Quebrantamiento de las medidas de seguridad

El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento permite el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se haya evadido o en otro que corresponda a su estado de salud. En caso de quebrantamiento de otras medidas privativas de derechos, genera la sustitución de la quebrantada por una medida privativa de libertad de internamiento, siempre que tal medida, estuviese prevista para el supuesto de que se trate y se demostrare su necesidad. Es decir, debe imponerse la medida privativa de libertad de internamiento si el hecho cometido por el cual se le impuso la medida privativa de derecho también está castigado con pena de privación de libertad. La sustitución es opcional, dado que está condicionada a que se demuestre la necesidad de la medida para alcanzar los fines de las medidas de seguridad.

Bibliografía

- Cuerda Arnau, Maria Luisa; Profesora titular de Derechos Penal, Jaime Primero Castellón, España; Consultora Europea del proyecto Fortalecimiento de la Administración de Justicia en Nicaragua. Principios constitucionales que informan el proyecto de Código penal en el contexto del Estado de derecho. *Tomado del Módulo Instruccional, Materia Penal, elaborado por la Escuela Judicial de la República de Nicaragua, Managua, 2001*
- Coordinador: Lascuraín Sanchez Juan Antonio, et al; *“Manual de introducción de Derecho penal”* Colección Derecho Penal y Procesal Penal 2; Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

- Orts Berenguer Enrique y González Cussac José L. “*Manual de Derecho Penal Parte General*, Conforme al Proyecto de la República de Nicaragua de 2003; *Proyecto de Reforma y Modernización Normativa CAJ/FIU-USAID 2004*.
- Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. “*Derecho Penal. Parte General*”, Tiran Lo Blanch, Octava edición, Revisada y Puesta al Día. Valencia 2010
- Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 3ª. Edición actualizada y ampliada, 1992.
- Mir Puig Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Octava Edición. Editorial Reppertor Barcelona 2006.
- Observatorio de violencia de género contra la mujer y acceso a la justicia (2020). Estadística de femicidio. Costa Rica
- Observatorio Panorámico contra la violencia de género (2020). Estadística de femicidio. Panamá
- CDM (2020). Centro de Derechos de mujeres. Estadísticas de femicidio. Honduras
- CEDOC (2020). Anuario estadístico de la Policía Nacional. Nicaragua
- SOS violencia (2020). Observatorio nicaragüense de la violencia. Nicaragua
- Centro de Estadísticas del Ministerio Público de Nicaragua. Informe Estadístico Víctimas de Femicidio. Disponible en: <https://ministerio-publico.gob.ni>
- Área de Estadística. Instituto de Medicina Legal de Nicaragua. Matriz de datos de autopsias realizadas en las morgues judiciales a nivel nacional en el año 2020.
- Mi Diario, Panamá América, El Siglo, Crítica, Panamá Times PTY.
- Diaz López, K. (2020). Diario La Prensa. Obtenido de <https://www.laprensani.com/2020/12/31/nacionales/2761128-estas-fueron-las-70-nicaraguenses-victimas-mortales-de-la-violencia-machista-en-2020>

FEMICIDIO, ESTUDIO REGIONAL ¹

UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA

Katherine M. Gutiérrez Olivares²

*“La violencia es el miedo a los ideales de los demás”
Mahatma Gandhi*

SUMARIO. Perspectiva regional. Contexto. Estadísticas de femicidio.

- 1 El presente artículo de investigación se fundamenta en el *Estudio sobre Casos de Femicidios según los registros de estadística de Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Panamá*, bajo la dirección científica de Oscar Bravo Flores, Nicaragua, Maír Sittón, Panamá y Gustavo A. Arocena, Argentina, y la coordinación de Katherine M. Gutiérrez Olivares, Nicaragua, y la supervisión metodológica de Xuria E. Rodríguez Montenegro, los cuales elaboraron el protocolo de investigación que fue desarrollado por los estudiantes del Programa de Estudio de la Especialidad en Ciencias Forenses y Criminalística sobre la Prueba Científica, realizada por el Instituto de Estudio en Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá (edición 2021-2022). Parte de la fuente de la información de este documento fue obtenida por los insumos obtenidos de los resultados de las investigaciones de los estudiantes: Vera Varela Petrucelli. Máster en Ciencias Clínicas con Especialización en Medicina Legal. Doctora en Medicina y Cirugía. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas. Panamá. Dicciana Ferruffino. Doctora en Medicina y Cirugía. Médico Forense, Dirección Regional de Medicina Forense, Honduras. Carol Monge Torres. Máster profesional en Derecho con énfasis en Derecho Penal. Licenciada en Derecho. Costa Rica. Halima Giannina Matus Torres. Doctora en Medicina y Cirugía. Nicaragua.
- 2 Coordinadora, profesora e investigadora del Programa de Especialidad en Ciencias Forenses y Criminalística sobre la prueba científica y del Programa de Maestría en Ciencias Forenses y Criminalística del Instituto de Estudio en Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y la Universidad Autónoma de Chiriquí (UNACHI), Panamá.

Resumen:

El presente trabajo de investigación es el resultado de un estudio que realiza una revisión comparativa estadística del fenómeno del femicidio en cuatro países de Centroamérica (Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá), en el año 2020, revisando y analizando a fondo los diferentes factores y mecanismos que predisponen a la realización de este hecho delictivo desde la perspectiva criminológica, criminalística y médico legal.

Palabras clave:

Femicidio - tasas de femicidio en Honduras - tasas de femicidio en Nicaragua - tasas de femicidio en Costa Rica - tasas de femicidio en Panamá - factores sociodemográficos - mecanismo de muerte - agresor - víctima.

Femicide, a regional research

ABSTRACT

This research article is the result of a study through which it was intended to carry out a statistical comparative review of the phenomenon of femicide in four Central American countries, it was performed reviewing and analyzing in depth the different factors and mechanisms that predispose to the perpetration of such reprehensible behavior of men are studied, from the criminological perspective, criminalistics, and legal medicine.

KEYWORDS

Femicide - Honduras femicide rates - Nicaragua femicide rates - Costa Rica femicide rates - Panama femicide rates - sociodemographic factors - death mechanism - aggressor - victim.

Perspectiva regional

El femicidio es un crimen contra las mujeres perpetrados por hombres desde una superioridad de género o relación desigual de poder, es el «asesinato de mujeres por hombres motivados por el odio, el desprecio, el placer o la suposición de propiedad sobre las mujeres» (Russell, 2008), en donde la fuerza masculina que se traduce en el abuso amparado a la idealización de roles, en una sociedad puramente patriarcal, en la cual la mujer es cosificada. Este fenómeno se da a nivel mundial y posee una imagen estig-

matizada en nuestras sociedades, puesto que, se cree que las mujeres que mueren por sus parejas son delitos considerados como crímenes pasionales, simplificando y naturalizando el delito.

En este sentido, y con base a lo planteado, el presente artículo presenta de manera breve el resultado de un estudio descriptivo, de interés científico y social, que estudia el femicidio y sus características según los registros de estadística nacional en los países de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá. La temporalidad de las fuentes de este estudio es de reciente fecha, debido a los cambios que en materia han existido, radicando exclusivamente para el año 2020.

El objetivo principal alcanzado en esta investigación fue indicar las principales formas que se presentan los casos de femicidio según los registros de estadística nacional en cada país de procedencia en el año 2020 y además, alcanzar cuatro fines medulares que son, identificar las características sociodemográficas de las víctimas de femicidio, determinar los principales factores asociados al mecanismo de la muerte, establecer la relación víctima-agresor y exponer los indicios y evidencias encontrados en la escena del crimen según los registros de estadística de los países objeto de la investigación en el año 2020.

Esta investigación cobró importancia, especialmente por la manera precisa y puntual de describir las formas de presentación del femicidio según los registros estadísticos de cada país en estudio en el año 2020. Siendo de mucho interés y beneficio para los profesionales que ejercen el Derecho, la medicina, y otras áreas afines, tanto abogados, médicos, funcionarios públicos y personas interesadas en el tema, pues la mayor parte de las muertes se pueden prevenir en forma adecuada y oportuna, por ejemplo, resolviendo las necesidades básicas insatisfechas al momento en que la víctima de violencia acude a un centro de atención, llámese Policía Nacional, Ministerio Público, Instituto de medicina legal o centro de salud.

Contexto

En América Latina, la región centroamericana no es la excepción, se observa un aumento sistemático y progresivo en las muertes intencionales y violentas de mujeres, comportamiento similar al de una epidemia. Esto llama la atención sobre todo de la existencia de una forma particular de violencia que se ejerce de manera rutinaria y específica contra las mujeres por el simple hecho de ser mujeres, donde el hombre juega el papel de agresor por su estatus masculino, condición que le permite ejercer agresión hacia la mujer, llegando incluso a matarla, acción comúnmente cono-

cida como “femicidio”. Diversas estadísticas certifican, que este fenómeno, en crecimiento, ha adquirido la característica y magnitud de un problema de trascendencia humana, social y política.

De tal manera, que se consideró oportuno, realizar este estudio regional sobre el análisis del femicidio en el período del año 2020 (inicios de la pandemia del COVID 19), desde la perspectiva sociodemográfica, criminológica, criminalística y médico legal. Siendo un tema que por sus resultados y conclusiones permite evaluar la eficacia, la efectividad en materia de justicia y seguridad ciudadana de los programas que desarrollan las políticas públicas en cada país para la prevención de este fenómeno.

El estudio fue el resultado final del trabajo de investigación de la Especialidad en Ciencias Forenses y Criminalística sobre la prueba científica, llevado a cabo por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Panamá y la Universidad Autónoma de Chiriquí (UNACHI), Panamá, donde participaron 190 estudiantes de diferentes nacionalidades (Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá) y profesiones (médicos, abogados, peritos, magistrados, psicólogos, oficiales del orden público, químicos y toxicólogos). Como se expresó, la información recopilada por los estudiantes fue adquirida de las estadísticas anuales de las instituciones gubernamentales y no gubernamentales de cada país, entre las que destacan: Informes anuales de la Policía Nacional (Nicaragua), Informes anuales del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación, Observatorio de Violencia de Género contra las mujeres y acceso a la justicia en Costa Rica, Observatorio Panameño contra la violencia de Género, Centro de Derechos de mujeres CDM, CEPAL Observatorio de Igualdad de Género de América latina y el Caribe, Observatorio de Muertes Violentas de Mujeres y Femicidios en Honduras, Estadísticas de los Institutos de Medicina legal y los publicados en medios de comunicación y prensa.

Las estadísticas que mostramos a través de las gráficas comparativas a nivel regional nos permiten analizar, evaluar y comparar el comportamiento similar no en número de muertes, sino en factores predisponentes que desencadenan este tipo de delito, y a partir de los cuales se pueden trazar líneas en la política criminal de nuestros países para la prevención, control y disminución de esta criminalidad.

Estadística de femicidio

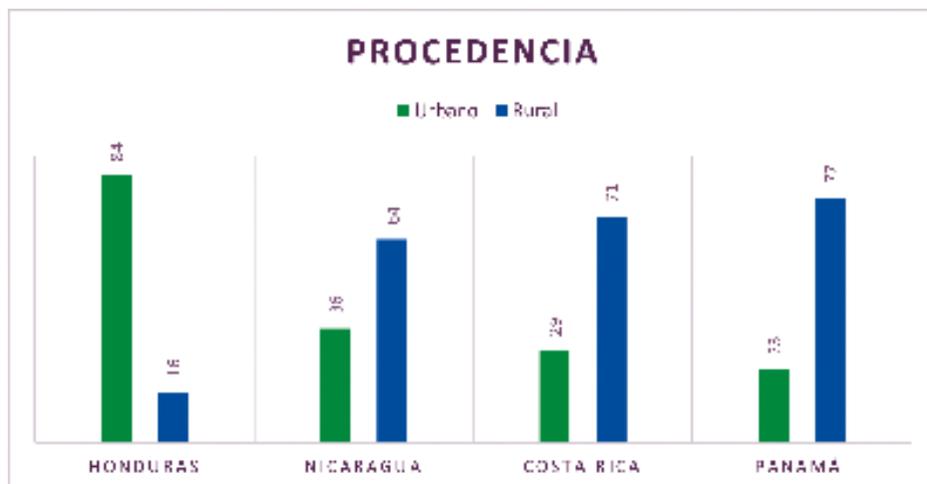
Tabla 1.

Estadística de femicidios en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020. Fuente: Base de datos y publicaciones de la CEPAL, 2020.

<i>País</i>	<i>Número de casos de femicidio</i>	<i>Población total</i>	<i>Tasa de femicidio por cada 100,000 habitantes</i>	<i>Población femenina</i>	<i>Tasa de femicidio por cada 100,000 mujeres</i>
<i>Honduras</i>	241	10.121,8	2	5.008,8	5
<i>Nicaragua</i>	71	6.755,9	1	3.426,5	2
<i>Costa Rica</i>	28	5.123,1	-	2.558,5	1
<i>Panamá</i>	30	4.294,4	-	2.145,5	1

En la tabla 1, se observan los resultados tomados de los registros digitales de la Policía Nacional, Ministerio Público y observatorios (2020) de cada país, verificados en CEPALSTAT base de datos y publicaciones estadísticas. Analizadas las cifras en la tabla 1, tenemos que para el año 2020, partiendo de estas cuatro naciones, el país con mayor número de casos en las que las mujeres fueron asesinadas por sus parejas, exparejas o conocidos corresponde a Honduras con 241 casos, seguido por Nicaragua con 71, Panamá con 30 y Costa Rica con 28 casos.

Gráfica 1. Estadística de Femicidios según el lugar de procedencia en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020



En el gráfico 1, se aprecia que en Honduras la zona de mayor frecuencia fue el área urbana representando un 84% que equivale a 202 casos de muertes, dejando la zona rural con un 16% equivalente a 39 casos, es decir, por cada 6 femicidios ocurridos en el año 2020 en Honduras, 4 ocurrieron en la zona urbana y 1 en la zona rural.

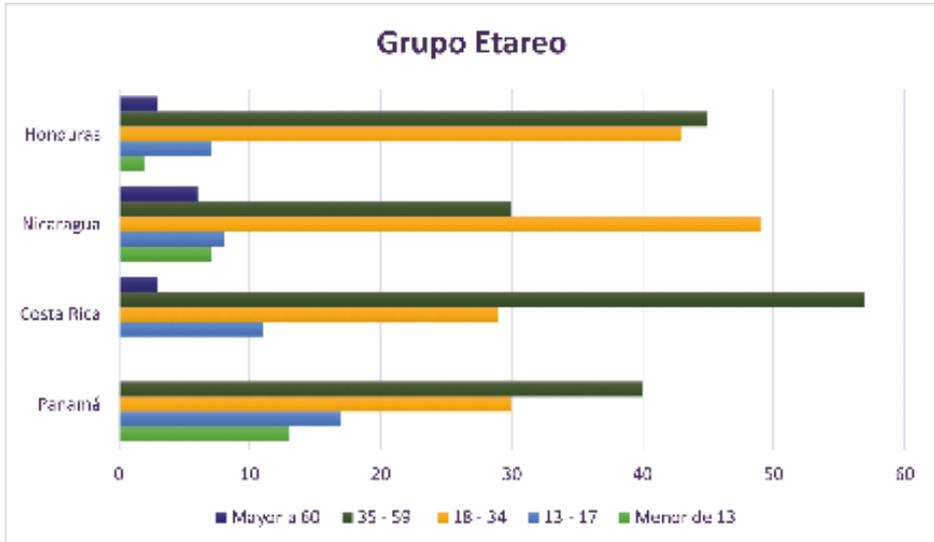
En los casos de Nicaragua, Costa Rica y Panamá el patrón es a la inversa, la frecuencia de la procedencia es la zona rural:

En Nicaragua, la procedencia que se registró con mayores casos de femicidios fue la zona rural representando un 64% que equivale a 45 casos, zona urbana con 36% equivalente a 26 casos, es decir que, por cada 2 casos, 1 ocurrió en la zona urbana y 1 en la zona rural.

En Costa Rica, la procedencia que se registró con mayores casos de femicidios fue la zona rural representando un 71% equivalente a 20 casos, seguido de la zona urbana con 29% equivalente a 8 casos, es decir, por cada 3 femicidios ocurridos, 3 se produjeron en la zona rural y 1 en la zona urbana.

En Panamá, similar a los casos de los dos países previos, la zona rural fue la procedencia predominante representado por un 77% que equivale a 23 casos, seguido de la zona urbana con un 23% equivalente a 7 casos, es decir, por cada 4 femicidios ocurridos en Panamá en el 2020, 3 ocurrieron en áreas rurales y 1 en área urbana.

Gráfica 2. Estadística de femicidios según grupo etareo en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020



En la Gráfica número 2, observamos que el grupo etareo o rango de edad más frecuente en las víctimas de femicidios en los cuatro países en estudio corresponde a mujeres mayores de edad, es decir a partir de los 18 años a 60 años. Donde el grupo etareo de los datos obtenidos para cada país se organiza de la siguiente manera:

- Honduras el 91% de las víctimas eran mujeres mayores de 18 años y 9% eran menores de edad;
- Nicaragua el 85% eran víctimas mayores de edad y el 15% eran menores de edad;
- Costa Rica el 89% eran víctimas mayores de edad y el 11% eran menores de edad;y
- Panamá el 87% eran víctimas mayores de edad y el 13% eran menores de edad.

Gráfica 3. Estadística de femicidios según ocupación de la víctima en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020



En la Gráfica 3, observamos las estadísticas porcentuales respecto a la ocupación que tenían las víctimas de femicidio en el año 2020, salvo Costa Rica que no se tuvo acceso a los datos estadístico, encontrando que:

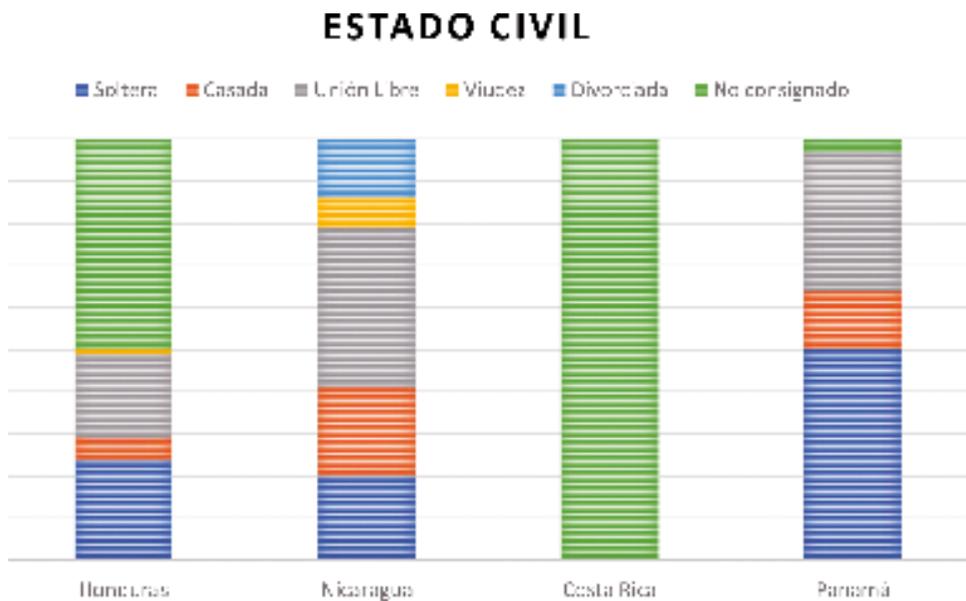
En Honduras de la muestra estudiada, los casos no determinados, es decir, no se encontró información representaron el 40%, equivalente a 96 casos, seguido en frecuencia por las amas de casa con un 32%, equivalente a 77 casos, continuando con un 14% equivalente a 34 casos para diferentes tipos de actividad laboral, entre otras, comerciantes, operarias, privadas de libertad, estilistas y sexo servidoras, seguido en frecuencia con un 7% equivalente a 17 casos para mujeres profesionales, 5% equivalente a 12 casos de estudiante y un 2% equivalente a 5 casos para mujeres desempleadas.

En Nicaragua, de la muestra estudiada, el 48%, es decir, 34 casos, se destaca la ocupación obrera, asistente del hogar y comerciantes, le sigue en frecuencia con amas de casa con 17% equivalente a 12 casos, estudiantes con 14% equivalente a 10 casos, mujeres en desempleo con un 10% equivalente a 7 casos, profesionales con 8% equivalente a 6 casos y no determinado o no consignado con un 3% equivalente a 2 casos.

En Panamá, de la muestra estudiada, el 29%, 9 casos, están empleadas domésticas, oficinistas, comerciantes e independientes, continuando en frecuencia por las amas de casa con un 27% equivalente a 8 casos, estudiantes con un 17% equivalente a 5 casos, casos no determinados con un 13%

equivalente a 4 casos, mujeres en estado de desempleo con un 10% equivalente a 3 casos y profesionales con 4% equivalente a 1 caso de femicidio.

Gráfica 4. Estadística de femicidios según estado civil de la víctima en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020



En la Gráfica 4, observamos que, en el factor en estudio, salvo el caso de Costa Rica que no se obtuvo acceso a los datos estadístico, los resultados del estado civil de la víctima son:

En Honduras, de los 241 casos de femicidio, el 50%, 120 casos, corresponde a datos no consignados, no se logró determinar su estado civil, el 24% equivalente a 58 casos fueron registrados como mujeres solteras, el 20% unión libre, equivalente 48 casos, 5% casadas, equivalentes a 12 casos y 1% equivalente a 3 casos para mujeres en estado de viudez.

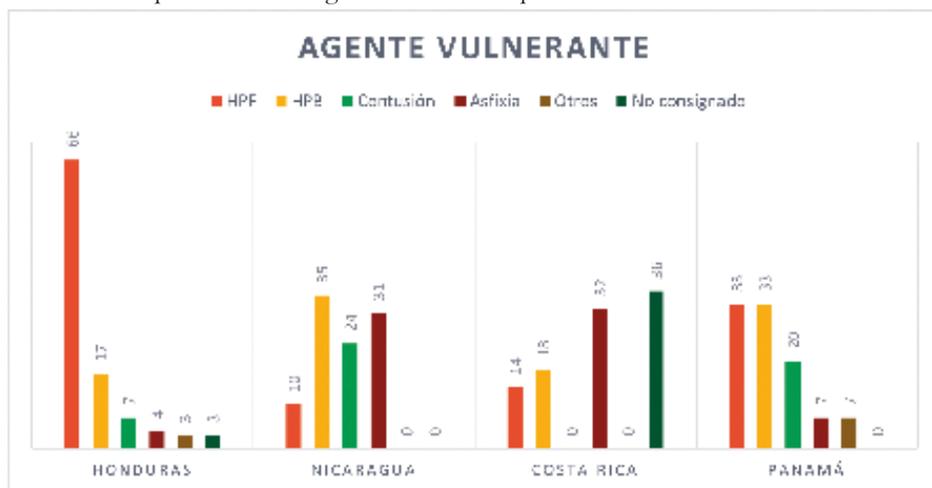
En Nicaragua, de los 71 casos de femicidios, el 38% corresponde a mujeres en unión libre, es decir, 27 casos, el 21% equivalente a 15 casos fueron registrados como mujeres casadas, el 20% solteras, 14 casos, 14% equivalente a 10 casos registrado como mujeres divorciadas y un 7% equivalente a 5 casos para mujeres en estado de viudez.

En Costa Rica no se obtuvo acceso estadístico sobre este factor.

En Panamá, observamos según la gráfica que la mitad es decir el 50% de todas las víctimas era mujeres solteras equivalente a 15 casos del total, seguido por un tercio en unión libre (33%) equivalente a 10 casos. En menor proporción las víctimas eran casadas un 14% equivalente a 4 casos y un 3% equivalente a 1 caso correspondiente a no determinado.

Gráfica 5. Estadística de femicidios según el agente vulnerante utilizado en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020

HPF: Herida por arma de fuego. **HPB:** Herida por arma blanca



En el Gráfico 5, el agente vulnerante utilizado en los casos de femicidios reflejados en las estadísticas se organiza de la siguiente manera:

En Honduras el agente vulnerante utilizado para causar la muerte a la mujer, los 2/3 de los femicidios, fueron cometidos con arma de fuego, es decir el 66% equivalente a 159 casos del total registrado, el 17% que equivale a 41 casos corresponde al agente vulnerante arma blanca, contusiones con un 7% equivalente a 17 casos, asfixia con un 4% equivalente a 10 casos, otros tipos de mecanismo como quemaduras con un 3% equivalente a 5 casos y un 3% equivalente a 5 casos para no determinados o no registrados.

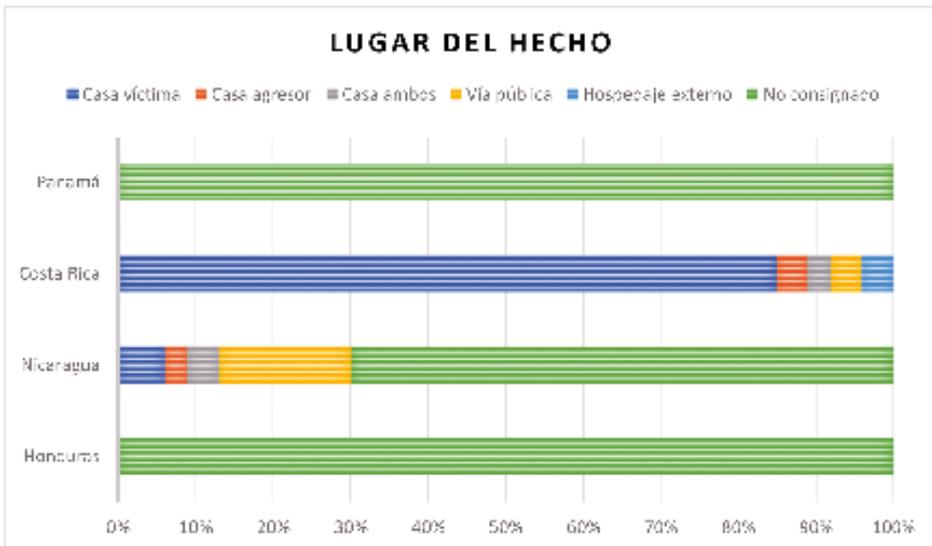
En Nicaragua, el agente vulnerante utilizado para privar de la vida a 71 mujeres corresponde, el 35%, 25 casos, arma blanca; un 31%, 22 casos, asfixia mecánica; un 24% equivalente a 17 casos, muertes por contusión o traumatismo y un 10% equivalente a 7 casos corresponde al arma de fuego.

En Costa Rica, encontramos el 36% equivalente a 10 casos, corresponden a datos no consignados; casos de asfixia mecánica con un 32% equiva-

lente a 9 casos; arma blanca equivalente al 18%, 5 casos, y arma de fuego correspondiendo el 14% equivalente a 4 casos.

En Panamá, correspondió que un tercio de los delitos fueron cometidos con arma de fuego (33%) equivalente a 10 casos, un tercio con arma blanca (33%) equivalente a 10 casos, traumatismo corresponde un 20% equivalente a 6 casos, otros tipos de mecanismos como quemadura con un 7% equivalente a 2 casos y datos no registrados o consignados correspondiendo el 7% restante equivalente a 2 casos.

Gráfica 6. Estadística de femicidios según el lugar del hecho en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020

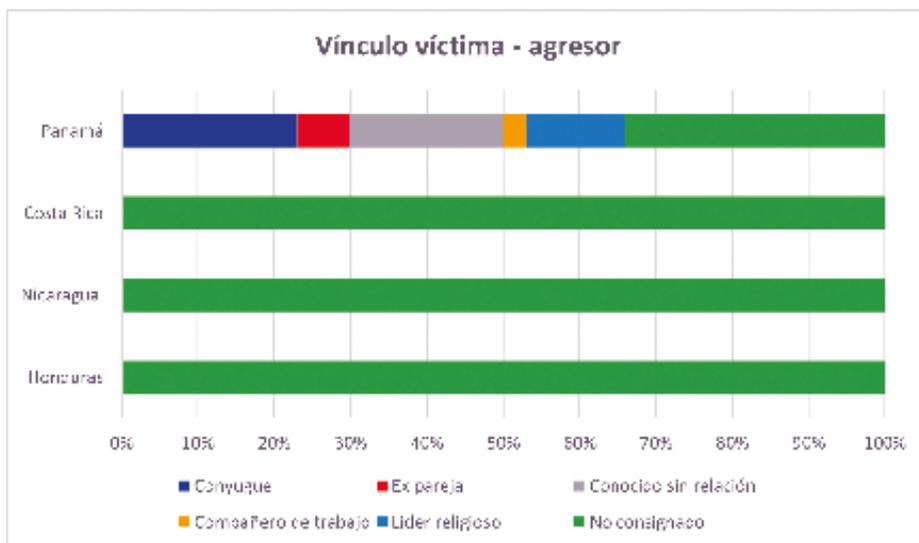


En la gráfica 6, observamos que para el caso de Panamá no se logró consignar en los registros informáticos este dato, caso similar a la información proporcionada correspondiente a Honduras.

En Nicaragua, observamos que el 70% equivalente a 50 de los casos no se obtuvo este dato, no se consignaba en ningún registro, pero del 30% restante, el 17% correspondió al lugar del hecho de la vía pública equivalente a 12 casos; el 6% equivalente a 4 casos ocurrió en la casa de la víctima, un 4% equivalente a 3 casos, ocurrió en casa de ambos y un 3% equivalente a 2 casos en la casa del agresor.

En Costa Rica, podemos observar que el 89%, es decir 25 casos, se llevaron a cabo en la casa de habitación de la víctima, un 4% equivalente a 1 caso, en hospedaje externo, otro 4% equivalente a 1 caso, en la vía pública y un 3% en la casa de habitación de ambos.

Gráfica 7. Estadística de femicidios según el vínculo víctima – agresor en los casos de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, año 2020



En la gráfica 7, podemos observar un patrón común en tres países (Costa Rica, Nicaragua y Honduras) respecto a la consignación o al no registro de este importante dato.

No obstante, en Panamá se obtuvo esta información, pero no de los datos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ni de estadísticas de otra institución gubernamental, en cambio, se obtuvo por medios de comunicación digital de Mi Diario Panamá América. Veamos. El 34%, equivalente a 10 casos, las noticias no establecen el vínculo existente entre agresor y víctima, sin embargo, determinan que un 23% equivalente a 7 casos, la víctima murió en manos de su pareja (cónyuge), un 20 % equivalente a 6 casos, en manos de un conocido con el cual no sostenían una relación afectiva, 13% equivalente a 4 casos para líderes religioso, un 7% equivalente a 2 casos, correspondiente a su expareja, y un 3% equivalente a 1 caso correspondiente a compañero de trabajo.

A manera de conclusión

Para aproximarnos de manera integral al fenómeno del femicidio, debemos analizarlo y abordarlo desde diversos campos del conocimiento, entre otros, la antropología, la psicología, la medicina legal, la criminología, la criminalística, y la jurisprudencia. En este estudio puntual (2020) puede observarse que el femicidio es un fenómeno que trasciende de manera transversal diferentes esferas y a cualquier nivel económico y social, y nos permite, a manera de conclusión, expresar:

La zona de procedencia más vulnerable para este tipo de delito es la zona rural, factor predisponente y potencial para que una mujer se victimice o sea víctima de violencia, y hay aspectos a destacar, la vivienda alejada de centros de apoyo, escasez de información sobre identificación y formas de presentación de la violencia, desempleo que conlleva a la subordinación económica (que se encuentran la mayoría de las víctimas), lo cual refuerza el círculo en el que muchas mujeres se encuentran atrapadas, el nivel bajo de escolaridad que conlleva a sumisión, cosificación, coerción económica, manipulación y castigo hacia la mujer.

Los rangos de edades de las víctimas más frecuentes fueron entre 25 a 45 años, mujeres en edad reproductiva, lo que perjudica no solo las relaciones familiares y el cuidado de los hijos, sino que afecta el desarrollo socioeconómico de la comunidad. Se estableció que el estado civil de las mujeres no fue un factor que pudiera relacionarse con su condición de víctima, ya que fueron asesinadas en similar proporción.

El acceso del victimario a armas de fuego y armas blancas es un dato o circunstancia instrumental a tomar en consideración en la realización del delito, sobre todo las armas de fuego que son obtenidas de manera ilegal en muchas ocasiones o bien, autorizadas sin valoración previa de quien las utilizará.

Una de las limitaciones presentadas en el desarrollo de la investigación fue el escaso registro estadístico y dificultad en el acceso a la información que algunos estudiantes enfrentaron durante la recopilación de los datos en sus respectivos países para el análisis del comportamiento de este fenómeno, esto limitó el conocimiento del problema a investigar, datos que, por razones criminológicas y conforme a la ley, deben ser públicos para el estudio y valoración del fenómeno estudiado. Tener acceso a este tipo de información permite mayor participación y sensibilidad social e institucional (pública y privada) y además, la posibilidad de crear políticas públicas dirigidas a prevenir este tipo de violencia, por lo tanto, es de suma importancia el acceso público a la información en general, con la finalidad de

prevenir y disminuir los femicidios en la organización social y poder desarrollar más investigaciones que apunten y propongan soluciones concretas a la erradicación de fenómenos como el femicidio.

Bibliografía

- CEPALSTAT. (2020). Anuario estadístico de América Latina y el Caribe. Base de datos y publicaciones estadísticas. Disponible en: CEPALSTAT DataBank
- CEPAL. (2020). Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe.
- Área de Estadística, Oficina de Planificación. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Panamá. Matriz de datos de autopsias realizadas en las morgues judiciales a nivel nacional en el año 2020.
- Centro de Estadísticas del Ministerio Público de Panamá. Informe Estadístico Víctimas de Femicidio. Disponible en: <https://ministeriopublico.gob.pa/estadisticas-judiciales/estadisticas-femicidio>
- Calabuig, G. (2018). Medicina Legal y Toxicología. Lesiones por Arma Blanca y Arma de fuego. España.
- Calabuig, G. (2018). Medicina Legal y Toxicología. Lesiones por Autopsia. España.
- Calabuig, G. (2018). Medicina Legal y Toxicología. Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. España.
- ONU Mujeres (2020). Perfil de país según igualdad de género (PPIG). Panamá
- CEDDET, F. (2009). Diagnóstico de las lesiones físicas en la mujer maltratada con resultado de femicidio
- Rico, N. (1996). Violencia de género: Un problema de derechos humanos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe: Naciones Unidas.

APORTES PARA EL ANÁLISIS DEL PODER JUDICIAL EN LA ACTUALIDAD

Mario A. Houed Vega¹

SUMARIO. I. Democracia y Estado de Derecho. II. El papel del juez en una sociedad democrática. III. El proceso de selección de los jueces en una sociedad democrática. A. Régimen disciplinario en relación con los miembros de la cúpula judicial. 1. Miembros de la Corte Suprema de Justicia. 2. Régimen disciplinario de los demás jueces. Conclusiones

I. Democracia y Estado de Derecho

Breve presentación: Aunque el concepto de democracia, en su sentido literal y por todos conocido, significa el gobierno del pueblo para sí mismo (demos: pueblo; cratos: poder), cada cierto tiempo vemos corrientes y criterios que pretenden disminuir o restringir su valor. Suele decirse que tuvo su origen en la Grecia clásica, particularmente en Atenas. Pero a lo largo de la historia la democracia supone una continua lucha por mantener sus principios y por fijar las reglas de participación en la administración del Estado, enfrentándose en no pocos casos, a las pretendidas concentraciones de poder y de sometimiento de sus contenidos a sectores autocráticos de extrema derecha o de extrema izquierda, con las más variadas interpretaciones. La lucha ha sido lenta. Primero estaban los límites establecidos por razones de sexo (sólo hombres podían ser ciudadanos), por razones de edad (estaba establecido que sólo tenían derechos “ciudadanos” las personas de cierta edad), por motivos de instrucción o educación (no podían ser

1 Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y Rector Fundador Emérito del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

“ciudadanos” los que no sabían leer ni escribir), y así sucesivamente. Todas esas limitaciones estaban señaladas para excluir del ejercicio de la democracia a las clases más populares y más pobres. Hoy día, aunque se conservan algunas restricciones primordiales (la mayoría de ellas señaladas en las Cartas Magnas de cada Nación), no es menos cierto que, como se dijo anteriormente, las interpretaciones antojadizas y arbitrarias, han ido flexibilizando no pocas normas y creando otras, para complacer el deseo de quienes no creen en el sistema democrático o disimulan hacerlo, para forzar el destino de sus pueblos a sus designios. Permitir un mayor acceso a las diferentes personas y grupos sociales en el ejercicio del poder, es decir, de lo que Lincoln llamó “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” y de los postulados que se sustentaron especialmente a partir de la Revolución Francesa (año 1789) pareciera tan solo una ilusión en este siglo XXI. En un Estado de Derecho son las reglas jurídicas las que prevalecen para mantener el orden y el equilibrio de las relaciones sociales. Normalmente se habla de Estado de Derecho en el mundo occidental cuando se piensa en una estructura organizativa que se apoya en la separación de los poderes esenciales o básicos en una sociedad: el legislativo, el ejecutivo, y el judicial (Montesquieu) aunque no se excluyen otras áreas de poder (por ejemplo, el “electoral”) ni se dejan de lado otros factores que pueden incidir en el desarrollo de la labor de gobierno. A pesar de los anteriores cuestionamientos, debemos insistir en lo que según nuestro criterio es la razón esencial de lo que entendemos por un Estado democrático.

A.- Equilibrio de los poderes del Estado. En los Estados modernos la máximas y normas superiores están contenidas en cada Constitución Política, donde se señala como regla de principio, el respeto, autonomía e independencia de los poderes del Estado: El Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el electoral; entre otras regulaciones.

Es así como puede afirmarse que el punto de partida del estado de derecho moderno es el llamado Estado Constitucional, que comúnmente se contraponen a las diversas formas de Estados autoritarios o totalitarios. Pero debemos advertir que – según señalamos – las interpretaciones que hoy día se observan en algunos países, se alejan de esta realidad jurídica para manejar a su antojo los conceptos, principios y estructuras de gobierno. ¿Cuál Estado democrático puede surgir de una autoridad central que controla los legisladores, los jueces, y todo el ejercicio de Poder?

B.- Estado y Derecho son entidades de distinta naturaleza. Aunque un sector minoritario de la doctrina suele verlos como sinónimos (por ejemplo, Kelsen), lo cierto es que el Estado debe estar sometido al Derecho. En efecto, el Estado es el ente territorial donde la comunidad se orienta a la

realización de los fines sociales fundamentales (entre ellas el llamado “bien común”), mientras que el Derecho es el conjunto de normas de comportamiento humano para regular el ejercicio de poder y de gobierno.

C- Relación entre Estado de Derecho y Derechos Humanos. El Estado de Derecho puede verse como producto de la evolución jurídica. Es el Estado que garantiza y respeta los derechos civiles y políticos y los protege frente al arbitrio de los titulares del poder estatal. En cierto modo así lo reconocen los Estados Partes que suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos al comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención, además de obligarse a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

En síntesis, puede decirse que los Estados no serán efectivamente “Estados de Derecho” si no están dispuestos a darle vigencia a esos derechos humanos y a ajustar su conducta al respeto y tutela de los mismos.

Conclusiones: Entre un Estado de Derecho y una sociedad democrática debe darse una relación íntima e indisoluble. Mientras el Estado garantice la tutela de las garantías individuales y sociales y la sociedad contribuya en ese ejercicio de poder, con respeto de las minorías y las libertades de pensamiento y expresión – entre otras –, además de establecer los órganos de control para evitar los abusos y excesos de poder, podemos estar seguros de desarrollarnos en un ente que no nos ve como simples autómatas, sino como lo que somos: seres humanos.

II. El papel del juez en una sociedad democrática

Introducción: En principio cabe afirmar que la potestad de aplicar el derecho, juzgar y ejecutar lo juzgado (es decir, el ejercicio de la jurisdicción) no es solo un derecho sino un deber (una obligación) del Estado.

Así pues, el Estado tiene la potestad de crear el Derecho a través del órgano correspondiente (función legislativa) lo que debe hacer conforme a los cánones de racionalidad y respeto de las libertades y derechos fundamentales del ser humano, mientras que otro órgano se encarga de ejecutar lo dispuesto (función ejecutiva), en tanto que la función jurisdiccional puede definirse como la actividad que realizan los jueces, dirigida a la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos, públicos o privados

A. ¿Cómo debe ser el modelo de Poder Judicial en un Estado de Derecho?

Suele decirse con razón que nuestros países siguen modelos de Poder Judicial del siglo XIX, de corte napoleónico, verticalista y desligado de

la realidad. Por ejemplo en el caso de C.R. se afirma que todo el capítulo constitucional sobre el Poder Judicial ignora al juez como sujeto protagonista de la función jurisdiccional, refiriéndose exclusivamente a la institución o a los miembros de la cúpula judicial.² Esto es cierto, aunque entiendo yo que son las leyes orgánicas u ordinarias las que deberían desarrollar los principios básicos que deben regular el comportamiento, derechos y obligaciones, del juez en una sociedad democrática, sin perjuicio de que la Constitución pudiera señalar los aspectos fundamentales (como independencia y soberanía, entre otros) que deben garantizar la **FUNCIÓN JURISDICCIONAL**.

En otros países se presenta la misma situación que criticamos para Costa Rica (ver arts. 158 y ss. hasta el 167 de la Constitución Política).

Para hablar de un modelo de Poder Judicial democrático, no sólo debe decirse que así es, sino ratificar en la normativa y su interpretación (particularmente constitucional) así como en su ejercicio real, cuáles son las características que determinan su comportamiento, señalando expresamente sus garantías esenciales.

B. Garantías que deben reconocerse a la Administración de Justicia.

Según un ideario democrático mínimo, la Constitución Política debería incluir algunas disposiciones en las que se reconozcan las siguientes garantías³:

1. Que la justicia emana del pueblo.
2. La inamovilidad de todos los jueces.
3. Que la justicia es gratuita.
4. La garantía de la publicidad y la oralidad.
5. La obligación de motivación de las resoluciones y de dictarlas en audiencia pública.
6. La obligación de indemnizar cuando ocurran errores judiciales.

C. La importancia del autogobierno judicial.

Uno de los temas que no ha sido discutido suficientemente es del autogobierno judicial. Por lo menos así lo siente un sector de la doctrina lati-

2 Ver de Cruz Castro, Fernando, su artículo "La reforma del poder judicial. La supervivencia de un ideario autoritario", en Revista de Ciencias Jurídicas n° 100, San José, enero-abril, 2003, ps. 87 y ss.

3 Cruz, F. Ob. cit. ps. 91, 92 y 93.

noamericana. Según se afirma, “ existe la idea arraigada que el tema de la independencia sólo interesa a la institución y a los miembros de la cúpula judicial. La independencia del resto de los jueces no ha sido un objetivo político importante”.⁴

El autogobierno implica varios aspectos, entre ellos, la horizontalidad de las estructuras judiciales de gobierno, la independencia económica, administrativa y funcional de los jueces. Se ha intentado esta fórmula en países que han sufrido gobiernos autoritarios, como Italia y España, que son tal vez los modelos más interesantes, a través de los Consejos de la Judicatura. Ello puede significar la ruptura del modelo napoleónico vertical que ha imperado en nuestros países.

“El autogobierno judicial asegura la independencia interna de los jueces, es decir, la del juez frente a la jerarquía interna de la estructura judicial”,⁵ pero igualmente importante es la vía de la libertad de información, de expresión y crítica en un estado democrático.

Uno de los ejemplos a seguir, siempre de nuevo en el criterio de las nuevas orientaciones europeas, es la estructura horizontalizada que se refleja en el apartado cuarto del artículo 107 de la Constitución Política italiana cuando establece que “los Magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones”.

El artículo 156 de la Constitución Política Costarricense, es, según la opinión mayoritaria de los constitucionalistas, el que recoge la esencia del modelo verticalista napoleónico cuando establece que “... la Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre el servicio civil...”.

4 Cruz, Fdo. ob .cit .ps 93 y 94.

5 Cruz, Fdo., ob. cit .p. 94. Según Cruz, el mismo profesor Zaffaroni ha señalado que los cuerpos colegiados en una estructura vertical ejercen una dictadura interna en la que se solazan aterrizando a sus colegas, abusando cotidianamente de su poder. (Ibidem).

III. El proceso de selección de los jueces en una sociedad democrática

Introducción. Donde mejor se puede medir si un Poder Judicial es democrático dentro de un Estado de Derecho, es observando el proceso de selección y nombramiento de sus jueces, así como el ejercicio de sus funciones.

A.- El nombramiento de los miembros de la cúpula judicial. Aunque es cierto que la legitimidad de la designación del juez no la determina su designación inicial (que en el caso de Costa Rica así como en Nicaragua la lleva a cabo la Asamblea Legislativa), este punto de partida puede provocar consecuencias negativas en la labor del máximo juez de la Corte Suprema de Justicia.

La función del juez no se legitima por el nombramiento legislativo, sino que ésta proviene del proceso mismo, de las funciones que representa y de la independencia de criterio que refleje su decisión. En este aspecto, es la naturaleza misma de la función y su desempeño lo que legitima la función judicial y no su nombramiento. Así por ejemplo podría ocurrir que la designación de un Juez sea absolutamente popular (incluso por voto directo) que si éste sigue criterios políticos y particulares no podría ser calificado como un juez independiente. Pero, desde luego, es preciso que aún desde el nombramiento de los jueces de la cúpula judicial se garantice la autonomía e independencia de los designados. En esto concordamos que el punto de partida de la legitimidad de la actividad judicial es la Constitución misma.

En una sociedad democrática algunos opinan que no se justifica hoy día que el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema (como Jueces de Casación o de instancias superiores) siga haciéndose vía parlamento o Asamblea Legislativa, con la sola excepción, quizás, de los integrantes de la Sala o Tribunal Constitucional. El nombramiento debería hacerse por medio de concursos de antecedentes y demostración de conocimientos.

B. El proceso de selección de los demás jueces. En el mismo orden anterior, y por supuesto teniendo en cuenta las diferencias fundamentales, no menos importante es lo referente al proceso de selección de funcionarios en todas las demás áreas que forman los poderes judiciales, en especial, lo referente a los jueces de las distintas materias. Es esta, la imagen y la intervención de los jueces en los distintos asuntos a ellos sometidos, la que le provee al ciudadano, en general, la confianza que busca para dirimir sus diferendos jurídicos y la que le proporciona la esperanza de que aquéllos le serán resueltos de acuerdo con los mejores valores y principios de justicia y de que el ordenamiento jurídico no le será interpretado o aplicado recurriendo a subterfugios y parcialidades que no forman parte de su tex-

to literal o normativo, trátense de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria. Por supuesto, no pueden dejarse de lado los reclamos en contra de las vías de hecho, predilectas por gobiernos que no sustentan su legitimidad en auténticas aprobaciones populares. En ello va en juego, sin duda alguna, el respeto al derecho fundamental de la figura del “juez natural”.

Tenemos así, entonces, que la primera garantía que debe respetarse se encuentra en la correcta gobernanza judicial, inspirada y fundamentada en un concepto claro de democracia participativa y sujeción estricta a las leyes. De la misma debe derivar todo el proceso de selección de jueces en la forma más imparcial posible y ello únicamente es posible sometiendo a los distintos candidatos a una evaluación basada en reglas previas y planificadas de acuerdo con las delicadas funciones que tendrán a su cargo; reglas que deben ser uniformes, públicas y que garanticen (comprobable y recurrible a su vez) el acceso pleno en condiciones de igualdad, sin discriminaciones ominosas de ninguna clase. Es meridianamente claro que sin aquella primera garantía de gobernanza judicial democrática, no hay proceso de selección de jueces que valga, por perfecto que sea.

En la experiencia costarricense, contamos actualmente con un proceso de selección de jueces, en mi criterio bien estructurado, y que con el paso de los años se ha ido consolidando satisfactoriamente, en principio, más que todo por las reformas que ha sufrido la Ley Orgánica del Poder Judicial, principalmente, a partir de la década de los noventa en la cual se crean la Ley de Carrera Judicial, No. 7338 y su Reglamento, así como el Consejo de la Judicatura. Por su lado, como órgano administrativo superior, se crea mediante Ley No. 7333 del 5 de mayo de 1993 el Consejo Superior y al cual también nos referiremos brevemente a continuación.

En síntesis, como había mencionado, el proceso costarricense de nombramiento de jueces es un poco sofisticado, o “técnicamente complejo”, al decir de la Real Academia Española, al estar compuesto por varias etapas que a su vez no son del todo céleres, característica que en realidad se celebra por la exigencia y gravedad de la función. Ello no lo exime de que sea, por supuesto, perfectible, en especial en relación con el acto final de la escogencia. Sin embargo, en las etapas previas (básicamente dos de tres), el sistema ha sido estructurado para garantizar tanto la mayor accesibilidad (cualquier ciudadano que goce de los requisitos puede participar), como la seguridad y confianza en las evaluaciones bajo las mismas reglas para todos los participantes.

Así, tenemos una primera etapa que podríamos llamar “primaria” y es a través de la cual se logra definir la integración de la lista de elegibles, de

acuerdo con las calificaciones obtenidas en los distintos exámenes. Ello es un requisito ineludible para poder participar luego en los concursos correspondientes y formar parte de las ternas a considerar. Las diversas pruebas son diseñadas y gestionadas a través de la “Unidad de Reclutamiento y Selección” y la “Sección Administrativa de la Carrera Judicial”, contenidas en el Reglamento citado.

Seguidamente, a manera de síntesis aunque como se puede comprender, todas conllevan un complejo entramado de gestión y análisis, así como de varios meses; se procede, como una segunda etapa, a formar las ternas con las mejores calificaciones y valoraciones, con el fin de elevarlas al Consejo Superior para su elección final, que viene siendo la tercera y última etapa (esto en cuanto a elección propiamente, ya que una vez nombrado el funcionario, a su vez éste debe cumplir con una serie de requisitos tanto de prueba como de correcto desempeño, en la función y plaza designada, lo cual demostrará, ya en el campo, su efectiva idoneidad).

Ahora bien, decíamos que se trata de un proceso perfectible (como deben serlo todos), por cuanto no ha escapado a la crítica, casualmente, la tercera y última etapa, que es la correspondiente a la elección final por parte del Consejo Superior. Estos procesos de selección, con reglas previas, uniformes y públicas para todos los participantes, lo que vienen a asegurar es, en resumen, que en los nombramientos no intervengan presiones o influencias ni internas ni externas, lo cual finalmente es la mejor protección para la independencia en el ejercicio de la judicatura. De esta forma, un candidato o candidata que ha logrado superar todas las pruebas en forma meritoria y transparente y con excelencia en sus calificaciones, sabe que cuenta con una alta posibilidad de acceder a la plaza respectiva y que, además, al haber publicidad en cuanto a esas calificaciones, puede incluso presentar reclamos e incluso algún recurso, en principio, al quedar excluido de su concurso. No obstante ello, en la práctica se han dado casos, en que no ha sido nombrada la persona con la mejor calificación, por distintas razones que ya escapan a las formalidades del proceso, siendo finalmente de resorte único, soberano podríamos decir, del Consejo Superior la elección final. Tal situación, incluso, ha sido evidenciada en el Cuarto Informe del Estado de Justicia en Costa Rica, del año 2022, al señalar:

“Finalmente, el proceso llega a la fase de designación. En ella, una vez recibida la lista, el nombramiento dependerá completamente de la voluntad de la Corte Plena (al designar a jueces y juezas 4 y 5) y del Consejo Superior (jueces y juezas 1, 2, 3), mediante la votación por mayoría simple de sus miembros (...)

La nota obtenida..., no es el factor decisivo para obtener un nombramiento...Durante la selección final, más allá de la nota no se cuenta con información pública y transparente sobre los elementos que se toman en cuenta en el momento de la votación.”⁶

No se cuenta, afortunadamente, con información de que tal falencia en la tercera y última etapa se acerque ni mucho menos, a una práctica consolidada, pero sí merece atención para que se evite del todo, reformando el reglamento en lo necesario con el fin de garantizar la publicidad de la decisión y sus fundamentos. Al menos, y esto es totalmente comprobable, se cuenta con la garantía de que los candidatos y candidatas que logran alcanzar dicha etapa ya han logrado superar pruebas muy rigurosas y exhaustivas de evaluación, como son, entre ellas, la comparecencia oral ante tribunales examinadores compuestos por miembros altamente calificados en sus materias y experiencias.

C. El régimen disciplinario. Introducción. Señalábamos al iniciar el acápite III (“El proceso de selección de los jueces en una sociedad democrática”), y en consonancia con el concepto de Estado de Derecho; que el proceso de nombramiento de los administradores de justicia se compone, primariamente, de su selección y de su nombramiento. Ahora bien, queda por tanto a quienes acceden a la alta función de impartir justicia, la demostración de su idoneidad a través del ejercicio de sus funciones. Esto último requiere, necesariamente, de la aplicación de sistemas, primero, de medición objetiva, lo cual de nuevo nos lleva al tema de la existencia de reglas previas y públicas para todos los actores sujetos de evaluación, de acuerdo con las cuales se definirán los parámetros de eficiencia y rendimiento en sus labores.

A. RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN RELACIÓN CON LOS MIEMBROS DE LA CÚPULA JUDICIAL.

Como ya se ha comentado, y esto trata ya de sistemas de muy arraigada costumbre, el nombramiento de los miembros de los supremos poderes tiene un alto contenido político, totalmente distinto al que corresponde a los demás actores intervinientes en la administración de justicia. Ello es producto, claro, de las estructuras verticales de control político heredadas de los sistemas europeos, y que siguen formando parte de nuestra cultura

6 Programa Estado de la Nación, Costa Rica. Cuarto Informe Estado de la Justicia, 2022. Capítulo 3, pág. 131. Puede consultarse el informe completo en: <https://estadonacion.or.cr/informes/>

democrática, al punto de que en el nombramiento (así como en su eventual censura) de las más altas magistraturas, la intervención popular, directa, es prácticamente nula, siendo que en no pocos países, del que no escapa Costa Rica, dichos procesos se gestan en los cuerpos legislativos o ejecutivos, dependiendo de la normativa constitucional aplicable. Tal circunstancia ya de por sí crea, como se comprende, una dificultad, bastante compleja, de ejercer el régimen disciplinario o de rendición de cuentas, debiendo recurrirse a entramados políticos cuyo fin es ofrecer garantías de control en su aplicación efectiva.

1. Miembros de la Corte Suprema de Justicia.

En Costa Rica, salvo que existan faltas de probidad evidentes, manifiestas y de dominio público, a tal punto de que su importancia no permita del todo el ser ignoradas, el régimen disciplinario, aunque no pareciera el término correcto, en relación con los Magistrados (término con el que en nuestro país se distingue exclusivamente a los miembros de la Corte Suprema de Justicia), viene siendo el riesgo de no reelección. Recordemos que de acuerdo con la Constitución Política, artículo 158, los Magistrados son elegidos por un período de ocho años, pudiendo ser reelegidos por períodos iguales (no existe limitación en el texto), “...salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario...”⁷

Por otro lado, de acuerdo con la misma Constitución, se prevé la suspensión de los Magistrados en su cargo, mas no así el procedimiento para retirarles o cancelarles su nombramiento (revocatoria de nombramiento), salvo la no reelección, como se mencionó. De hecho, la única mención acerca de su suspensión (término un poco confuso), lo encontramos en el artículo 165 de la Constitución, cuando reza: “Artículo 165.- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no podrán ser suspendidos sino por declaratoria de haber lugar a formación de causa, o por los otros motivos que expresa la ley en el capítulo correspondiente al régimen disciplinario. En este último caso, el acuerdo habrá de tomarse por la Corte Suprema de Justicia, en votación secreta no menor de los dos tercios del total de sus miembros.”⁸

Ahora bien, si nos vamos al capítulo correspondiente al “régimen disciplinario” al que remite la Constitución, encontramos que está contenido

7 Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. Artículo 158.

8 Ibid. Artículo 165.

dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁹ la cual señala con respecto a los Magistrados, en lo conducente: *“Artículo 182.- Corresponde a la Corte, en votación secreta, aplicar el régimen disciplinario sobre sus miembros, de conformidad con la presente Ley. Las correcciones de advertencia y amonestación se adoptarán por mayoría simple del total de los Magistrados. Para decretar la suspensión, el acuerdo habrá de tomarse por dos tercios del total de sus miembros. Si esa misma cantidad de Magistrados considerare que lo procedente es la revocatoria de nombramiento, la Corte lo comunicará así a la Asamblea Legislativa para que resuelva lo que corresponda...”*¹⁰

Finalmente, debe mencionarse que los miembros de los Supremos Poderes, como son en este caso los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, gozan de inmunidad o bien de improcedibilidad penal, por lo que ésta debe ser levantada, ante alguna acusación (salvo alguna que otra excepción), por la Asamblea Legislativa. En tal sentido, en lo conducente también, el inciso 9 del artículo 121 de la Constitución Política: *“Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: ...9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes...”*¹¹

Como se puede observar, existe una protección calificada del fuero de los miembros de los Supremos Poderes, al igual que en muchos países. Ello, como se comprende, atiende a su vez a la estabilidad política necesaria para la gobernanza en general, sea, con respecto a cualquiera de los tres Poderes, así como del Tribunal Supremo de Elecciones, que goza del mismo rango de acuerdo con la Carta Magna. Lo anterior, dentro de un Estado de Derecho, deviene absolutamente necesario, pues logra así abstraerse, la función pública de alto rango, que es donde radica la mayor gravedad de los asuntos de un Estado; de los vaivenes y caprichos de gobernantes o de denunciadores inescrupulosos que, amparados a una supuesta y muy cuestionada sujeción a la democracia, sin obviar el respaldo militar en no pocos casos, manipulan e interpretan a su antojo personal o ideológico las leyes, con el único fin, unos, de perpetuarse en el poder y obtener provechos económicos en su favor, con total impunidad, y otros, con la aviesa intención de provocar situaciones de conflicto y desorden social. En cualquiera de ambos casos, ejemplos de lo cual tenemos en varios países de latinoam-

9 Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 de 5 de mayo de 1993.

10 Ibid. Artículo 182.

11 Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. Artículo 121, inciso 9.

mérica, a lo que conduce es a la inestabilidad política, económica, social y cultural, provechosa para los regímenes autocráticos, dictatoriales o totalitarios, provocando como primeros efectos hambre y desempleo. Testigo de ello son las masivas y preocupantes migraciones por las que está atravesando todo el subcontinente.

Todo ese conjunto de situaciones anómalas y exacerbación del ejercicio del poder, influye directa y gravemente en la administración de justicia, pues atenta contra la más importante función dentro del orden democrático, cual es que los habitantes gocen de una clara y confiable independencia judicial libre de presiones tanto internas (riesgo siempre latente en las gobernanzas verticales) como externas, provenientes estas últimas tanto de agentes sociales radicales o extremistas; como del propio poder político instituido, lo cual constituye, quizás, el mayor peligro de todos. De acuerdo con ello, se puede entender claramente la necesidad de aplicar a los miembros de los supremos poderes un régimen disciplinario guiado en todo momento por procedimientos pausados y complejos pero que garanticen la mayor imparcialidad y transparencia posibles, y que brinde a su vez todas las garantías del debido proceso, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal.

2. Régimen disciplinario de los demás jueces.

Distinto es el caso en cuanto al resto de funcionarios judiciales, por supuesto. Así, sin ahondar mucho en el tema por innecesario para nuestros efectos, para instruir las causas correspondientes se ha creado mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial ya citada, el Tribunal de la Inspección Judicial, como órgano dependiente del Consejo Superior (ya mencionado igualmente), el cual ejerce el control disciplinario sobre todos los servidores del Poder Judicial, tal y como lo establece el artículo 184 de dicho cuerpo legal: *“Artículo 184.- El Tribunal de la Inspección Judicial es un órgano dependiente del Consejo Superior; ejerce control regular y constante sobre todos los servidores del Poder Judicial,...; tramita las quejas que se presenten contra esos servidores; instruye las informaciones al tener conocimiento de alguna irregularidad y resuelve lo que proceda respecto del régimen disciplinario, sin perjuicio de las atribuciones que tengan en la materia otros órganos y funcionarios del Poder Judicial.”*¹²

Baste agregar que el Tribunal de la Inspección Judicial ha estado y continúa integrado por personas de altísima probidad en todo sentido (nivel académico, experiencia, honestidad, etc.), identificados legalmente como

¹² Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 184.

Inspectores Generales; requisito fundamental ya que sobre ellos reside la gravísima función de ejercer un control constante sobre las obligaciones de todos los funcionarios judiciales, incluidos los jueces, al grado de que deben cumplir con los mismos atestados de un Juez Superior de Casación, cuya categoría, en el escalafón administrativo de 1 a 5, es el mayor.

Sobre dicho pilar descansa, sin cuestionamiento alguno, el orden disciplinario y la rectitud de los colaboradores, tanto administración como judicatura, del Poder Judicial.

Conclusiones

Las décadas de los ochentas y noventas fueron periodos de una gran transformación jurídica tanto en Costa Rica como en toda la región. Es en la primera en la cual se promulgan o reforman parcialmente varias Constituciones, en especial en Centroamérica, todas tendientes a la instauración o refuerzo de los principios democráticos, aunque no siempre de efectiva aplicación como es de todos conocido. Sin embargo, es en el segundo decenio citado, durante el cual se observa la creación de una mejor división de funciones en los Poderes Judiciales, introduciendo en especial, como se comentó, las figuras de Consejos Superiores y Consejos de la Judicatura como órganos que contribuyeran a la disminución de la carga administrativa de las Cortes Plenas, intentándose así una mejor división de labores, de tal forma que éstas se dedicaran exclusivamente a su función jurisdiccional. De la misma forma, se instauran las comisiones tendientes a proponer las reformas necesarias para la introducción de la oralidad, meta que se logra en Costa Rica con la promulgación del Código Procesal Penal que entró en vigencia en el año 1998¹³, y otras materias, como la laboral, que le seguirían años después. Por su lado, en aras de garantizar la independencia judicial, pilar de la Democracia, se crearon las leyes de Carrera Judicial, para reforzar la estabilidad en los nombramientos, de tal forma que los jueces ejercieran sus delicadas funciones sin que su puesto dependa de circunstancias ajenas a las mismas y con total autonomía, de acuerdo con su eficiencia y buen desempeño solamente.

La tarea, como mencioné, ha sido lenta y aún quedan muchos temas importantes, tanto el reforzamiento de las implementaciones legales como su seguimiento. Por ejemplo, con la reciente crisis de la pandemia por el Covid-19, y en aras de una administración de justicia lo más ininterrumpida posible, se hicieron ingentes esfuerzos presupuestarios y de capacitación

13 Código Procesal Penal, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996.

para que se introdujeran las audiencias virtuales, cuya preparación inició aproximadamente en el año 2015, siendo hoy día un éxito en todos los procedimientos y audiencias. Ello ha contribuido a promover el mayor acceso posible a los habitantes, sin la necesidad de trasladarse a los despachos y evitando el mayor riesgo de contagios, así como reducción de tiempo y gastos. Igualmente, los medios informáticos han puesto a disposición de toda la población el acceso a sus expedientes vía electrónica, tanto para la revisión constante de sus causas, como para presentar digitalmente sus gestiones.

Es evidente que todas las reformas que se han venido produciendo exige una reorganización y capacitación de todo el recurso personal, y la adquisición de herramientas sofisticadas para la continuación exitosa del servicio, pero ello ha conllevado una lucha muy importante por otro factor que es esencial y que casi define las posibilidades de mejoramiento de dicho servicio y la disminución de la mora judicial, problema presente en todos los Poderes Judiciales, y es el tema presupuestario. Sin los recursos económicos necesarios, evidentemente, no puede pretenderse un progreso satisfactorio, y en ese sentido hay que enfrentar la situación económica mundial, delicada en todo lado y que ha obligado a los gobiernos a racionalizar cada vez los presupuestos institucionales. Sin embargo, en relación con la administración de justicia, las disminuciones o restricciones presupuestarias son, aparte de casi imposibles, terriblemente riesgosas, ya que la ineficiencia del sistema es el portillo para la inseguridad jurídica de nuestros países. No obstante lo anterior, encontramos casos en los que la disminución de los recursos necesarios, son más bien un subterfugio para debilitar el papel del Juez en Latinoamérica, en favor de los gobiernos de turno.

Permítaseme, como cierre, y en concordancia con todo lo expuesto, mencionar al Dr. Lovo Castelar, salvadoreño, con quien coincido plenamente en sus preocupaciones, cuando señala varios aspectos fundamentales, a saber, entre otros, la necesidad de la oralidad, la transparencia, los sistemas informáticos, la separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas, la depuración en los mecanismos de elección de magistrados, los controles de probidad, el financiamiento presupuestario, el autodiagnóstico constante, así como el reforzamiento de las carreras judiciales en todo el subcontinente.¹⁴

14 Ref. Lovo Castelar, José Luis. Experiencia de América Central sobre el Poder Judicial en Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica, Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Daniel Zovatto, coordinadores. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, 519 y ss.

Los esfuerzos institucionales democráticos, tanto en Costa Rica como en toda latinoamérica, a través de la academia y los gobiernos con un sentido recto de democracia, como se ha podido ver sucintamente, han sido inmensos y se plantean retos quizás mayores. Desafortunadamente, han seguido surgiendo, y otros que se mantienen, regímenes que insisten en ir retrocediendo en el respeto de las garantías y derechos fundamentales de sus habitantes, al punto, en algunos casos, en que ya forman parte de un ideal de papel. Al decir del Dr. Lovo Castelar también, debe seguirse luchando fuertemente por "...Superar el descrédito y la desconfianza en el sistema judicial".¹⁵ La percepción de la corrupción que tengan los habitantes, termino diciendo, determinará la decisión de éstos de acceder o no al sistema judicial.

15 Ibid. Pág. 542.

El presente trabajo fue realizado con la colaboración del Lic. Juan Guillermo Zamora Chavarria, asistente del prof. Houed.

UN SISTEMA GARANTISTA PENITENCIARIO ESPAÑOL: MODELO A SEGUIR POR PAÍSES IBEROAMERICANOS, PARTICULARMENTE, MÉXICO

José Zaragoza Huerta¹ / Idalia Patricia Espinosa Leal²

SUMARIO. I. Introducción. II. Coincidencias y divergencias penitenciarias. III. Fundamento jurídico de la ejecución penitenciaria. IV. Fines de las instituciones penitenciarias. V. Órganos ee ejecución. VI. El marco real de la ejecución. VII. El método de la reinserción social. VIII. El marco legal de la reinserción. IX. Los funcionarios penitenciarios. XI. Conclusiones. Bibliografía

I. Introducción

Los lazos que, históricamente, han existido entre los países Iberoamericanos, actualmente, se vienen fortaleciendo debido al fenómeno de la globalización; consecuentemente, esto permite el cambio de información, así como la posibilidad de acceder en forma directa, al conocimiento de los diversos rasgos que identifican y diferencian a cada país (sociales, culturales, económicos, religiosos, jurídicos, etc.).

En esta tesitura, podemos decir que, el ámbito penitenciario no se muestra ajeno a dicha realidad. En efecto, prueba de ello, ha sido la celebración de diversos Seminarios Iberoamericanos (tres), con el propósito de inter-

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, España y Profesor investigador en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

2 Doctora en Derecho por la Universidad de Olavide, Sevilla, España.

cambiar experiencias, tendentes al mejoramiento, jurídico y práctico del mundo prisional.³

Con este trabajo pretendemos señalar: ¿Cómo se realiza, actualmente, la ejecución de la pena privativa de libertad en establecimientos penitenciarios españoles y mexicanos? Lo que nos permitirá compartir ambas experiencias a otros países de Latinoamérica.

Hay que tener presente, que la privación de la libertad ha existido siempre; no obstante, su noción ha variado en el transcurso del tiempo, así lo ha exteriorizado, García Valdés: “Lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Lo que ha variado en mutación progresiva, ha sido su concepción”.⁴

También, habrá de ponerse de relieve, el hecho que solo algunos sistemas penitenciarios cumplen con los objetivos humanitarios y resocializadores, disponiendo para la consecución de tales fines, de los medios jurídicos, materiales y personales indispensables. Siendo este el caso, en nuestra opinión, de un modelo pionero y, que marca pautas en la actualidad, en el mundo de occidente, como es el español.

El método de investigación aplicado para la realización del presente trabajo ha sido, en primer lugar, la recopilación, sistematización y análisis comparativo directo de la legislación y doctrina penitenciaria española y mexicana, con el propósito de identificar coincidencias y divergencias existentes entre ambos modelos; lo que permitirá compartir algunas directrices de aplicación para otros países latinoamericanos.

II. Coincidencias y divergencias penitenciarias

En la actualidad, los sistemas penitenciarios iberoamericanos detentan puntos coincidentes, en la mayoría de los casos; así como aspectos divergentes, en una minoría. En este sentido, puede decirse que existe, en primer

3 Vid. Tercer Seminario Iberoamericano de Derecho Penitenciario, en la Ciudad de Madrid, España, los días 15-18 del mes de octubre del año 2001. Editorial, 2002. III Seminario Iberoamericano de Administración Penitenciaria, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 249, pp. 9-10.

4 Cfr. García Valdés, Carlos, Teoría de la pena, 3a. ed. (reimp. 1987), Madrid, Tecnos, 1985, p. 67.

término, un denominador común que plasma, la realidad del penitenciarismo en México, con respecto al español, aludimos, a la crisis de la prisión.⁵

Sus causas son listadas a continuación:

- a) La sobrepoblación;⁶
- b) La economía;⁷
- c) La voluntad política;
- d) La violencia⁸ y motines;⁹
- e) El hacinamiento.

Asimismo, en segundo plano, se encuentra otro rasgo de identidad, el relativo a la similitud de principios, fines, institutos carcelarios, actividades regimentales y tratamentales, como meremos en líneas siguientes.

Ahora bien, cabe destacar que, la situación penitenciaria que se vive en México y algunos países latinoamericanos, se experimentaba de manera similar, en España, a finales de la década de 1970.

Sería a partir de ese momento, cuando iniciara su andadura la ansiada reforma penitenciaria, culminándose con la promulgación de una normativa que fue considerada desproporcionada a la realidad social de la época y fuera de contexto, toda vez que en ella se plasmaban objetivos, presumiblemente, inalcanzables.

5 En la doctrina mexicana, García Ramírez analiza algunos factores que determinan la crisis de la prisión. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 52. En similares conceptos, Melgoza Radillo, Jesús, *La Prisión*, Ed. Zarahemla, México, p. 103.

6 Carranza, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación*, Ilanud, México, 2001, passim.

7 En opinión de Slokar, las carencias económicas repercuten en el ámbito penitenciario latinoamericano. Slokar, W. Alejandro, "Orientación de la legislación penitenciaria en América Latina", en *Orientación actual de la legislación penitenciaria. V reunión nacional de directores generales de prevención y readaptación social*, Hermosillo, Sonora, Ed. México, 1998, pp. 199-200.

8 La violencia en nuestras prisiones latinoamericanas, lamentablemente, es tema de actualidad. Ambos, Kai, "La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLII, Fascículo I, 1994. pp. 197-197.

9 García Andrade, Irma, *Sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, 2a. ed., México, Sista, 2004, pp. 249 y ss.

Han transcurrido más 42 años, a partir de la entrada en vigor de la normativa penitenciaria española, habiendo sufrido escasas reformas; ante el éxito de la misma¹⁰ (por contener preceptos que, garantizan la protección de los derechos de los internos, potencian la resocialización como fin primario, así como que dispone de recursos materiales y humanos) es que, entendemos, necesario (atendiendo a nuestra realidad socio-económica), el aprovechamiento de la experiencia española, y adecuar, en lo posible, las legislaciones latinoamericanas y, en especial, la mexicana, lo que nos permitirá alejarnos del desfase que en muchas realidades se experimentan.¹¹

III. Fundamento jurídico de la ejecución penitenciaria

Las instituciones que integran y legitiman los Sistemas Penitenciarios Español y Mexicano, siguen el postulado constitucional contenido en los artículos 25. 2 y 18, respectivamente, que no es otro que el relativo a la reeducación y la reinserción social de los sentenciados (España), y la reinserción social (México).

Cabe poner de relieve que cada normativa penitenciaria detenta la impronta de aquellos quienes se consagraron por completo al mundo de las prisiones, incluso, en el caso español, de quienes las “vivieron desde dentro y de afuera”; esto es, sus precursores.

La vigente doctrina penitenciaria española e iberoamericana, tiene como fuente obligada la obra de Carlos García Valdés¹², guía de la reforma carcelaria española de la década de los años 70, y como acertadamente apunta Mestre Delgado: “piedra angular del Derecho penitenciario español”.

Por su parte, en el entorno azteca, consideramos, que resulta imprescindible acudir a la figura Sergio García Ramírez,¹³ autor de la reforma al Sistema Penitenciario mexicano (1971).¹⁴

10 Sanz Delgado, Enrique, “Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales”, en *Anuario de Derecho Penal*, Vol. LVI., 2003, p. 349.

11 Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 3a. ed., Porrúa, México, 2003, p. 217.

12 García Valdés, Carlos, *La Reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981, *passim*

13 García Ramírez, Sergio, *La prisión...*, op. cit., *passim*

14 García Ramírez, Sergio, *La reforma penal de 1971*, Ediciones Botas, México, 1971, *passim*

En España, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria,¹⁵ se erige en la actualidad como el sustento jurídico del Sistema Penitenciario español, de ahí que su creación constituyó un hecho sin precedentes en el momento de transición política que se experimentaba a finales de la década de los años 70. Ha de ponerse de relieve, como muestra de aceptación de la norma, que la Ley General Penitenciaria fue aprobada por más de la mayoría necesaria en el Congreso para la aprobación de leyes orgánicas, que protegen los Derechos Fundamentales, así como sancionada por aclamación en el Senado.

En México, los pilares del vigente Sistema Penitenciario encontrarían su previsión, en ordenamientos fundamentales: en primer plano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18 (1917); en segundo término, su Ley de desarrollo, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (1971) y, finalmente, la vigente Ley Nacional de Ejecución Penal (2016).

IV. Fines de las instituciones penitenciarias

Al representar la Ley Orgánica General Penitenciaria el fundamento jurídico de la ejecución penal, ésta habría de tener en cuenta el mandato constitucional consagrado en el artículo 25.2, en el que se instauro el principio de resocialización, entendido éste como el fin primario de las instituciones penitenciarias españolas.

Por cuanto corresponde a la legislación penitenciaria mexicana, cabe señalar que este fin, aunque con diferente terminología, también se encuentra contemplado en los anteriormente citados cuerpos legales, en este sentido, aludimos al artículo 18 de la Carta Magna y al precepto 3º, F. XXIV de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en los cuales se introduce el principio de reinserción social de la persona sentenciada.¹⁶

15 García Valdés, Carlos, *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1982, (reimp. 1995), *passim*

16 El fin primordial de las instituciones penitenciarias mexicanas ha ido evolucionando desde su instauración en la Carta Magna mexicana (regeneración, readaptación, reinserción). Cabe señalar que no se trata de cambio semántico; por el contrario, estamos frente a un paradigma en la ejecución de la pena privativa de libertad. Quizá, teniendo como punto de partida la idea correccionalista española hasta nuestros días el estado mexicano se ocupa por potenciar el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de los cautivos, es aquí donde encuentran abono disciplinas como la criminología, la victimología, la penología, el derecho penitenciario, etc. García Val-

Otros fines que ostentan las instituciones penitenciarias españolas y mexicanas, son aquellos denominados secundarios, los relativos a la retención y custodia de los detenidos presos y penados,¹⁷ así como la asistencia pospenitenciaria (España) y Servicios post penales (México).

Dentro del catálogo de las garantías legales, que deben observarse en beneficio de los reclusos, cabe indicar, que ambos ordenamientos prevén las mismas; así por ejemplo pueden señalarse, entre otras, la garantía ejecutiva y el principio de legalidad; el estatuto jurídico del interno, el controvertido régimen de prisión preventiva y la prohibición de someter a los internos a malos tratos de palabra u obra.

V. Órganos de ejecución

La institución del Juez de Vigilancia fue de creación garantista en la normativa penitenciaria española,¹⁸ la cual significó una gran novedad en el panorama punitivo nacional español. Su necesaria introducción respondió, entre otras razones, a que los reclusos, quienes en su condición de seres

dés, Carlos, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, *passim*

- 17 La opinión mayoritaria de la doctrina sobre este tema tiene como fundamento, el Texto de Ulpiano (Digesto 48,19, título IX), que posteriormente se reafirmaría en el Código de las Siete Partidas, Título XXXI, Ley IV, núms. 7, 8, y 9. Entre otros, vid. García Basalo, J. Carlos, "Algunas tendencias actuales de la Ciencia Penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 186, 1969, p. 289; Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Tomo I y único, Barcelona, 1958, (reimp. 1974), p. 77; Marco del Pont, Luís, *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I (Penología), Buenos Aires, 1974, p. 49. La prisión preventiva encuentra su justificación a través de un argumento razonable que permite legitimar el encarcelamiento precautorio, y para el citado autor dicho argumento se fundamenta en la necesidad de la pena, la misma de la que hablara en su momento Beccaria. Con lo cual entran en colisión dos bienes jurídicos tutelados, los del individuo, por una parte, y los de la sociedad, por la otra; sin embargo, en caso de afectación a los derechos del individuo, han de reducirse al máximo las molestias para el reo, pues solo así puede admitirse la prisión preventiva. De lo contrario será tiránica.
- 18 Ampliamente, Alonso de Escamilla, Avelina, *El juez de vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1984, *passim*. En opinión de Manzanares Samaniego la creación del Juez de Vigilancia es una de las dos innovaciones más notables de la Ley Orgánica General Penitenciaria, avance que, sin embargo, se encuentra en equilibrio inestable, por no decir en creciente peligro. Vid. Manzanares Samaniego, José Luís, "La reforma penitenciaria (el juez de vigilancia y la ejecución de las penas carcelarias)", en *Actualidad Penal*, núm. 38, 1994, p. 698.

humanos son titulares de derechos, respecto de los cuales se debe garantizar su protección judicial. Por tanto, la puesta en funcionamiento y asunción de funciones del Juez de Vigilancia supuso una serie de problemas y, en concreto, dos: la terminología de la presente institución; y lo relativo a la asunción de sus funciones, eje fundamental de la nueva normativa, sin la cual no había una puesta real en práctica de tales jueces; por tanto, se designan los jueces y se les fija inicialmente sus competencias, pero, de hecho, comienzan a funcionar sin normativa orgánica ni procesal alguna, lo cual acarrea problemas importantes. Problemas que, posteriormente, a fecha de hoy, se fueron rectificando con acierto.

En la actualidad, y en cuanto a los fines que fundamentan a dicha institución, podemos decir que éstos son: a) Fiscalizar la actividad penitenciaria; b) Garantizar los derechos de los internos.

Las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria consisten en hacer efectivo el cumplimiento de la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puede experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos; y salvaguardar los derechos de los internos para corregir abusos y desviaciones de la administración penitenciaria. Asimismo, adoptan las decisiones necesarias, para que los pronunciamientos de las resoluciones, en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

En México, esta figura no aparecía en el ordenamiento penitenciario, sino hasta la reforma constitucional del año 2008 donde se hace referencia en el artículo 21, a la modificación de las sentencias. Pues habrá que señalar que, hasta ese momento, la ejecución de la pena privativa de libertad mexicana, intervenían diversas autoridades, todas dependientes del Poder Ejecutivo.¹⁹

Ante esa realidad penitenciaria, se consideró, necesaria la introducción de la figura del Juez de Ejecución de Sanciones, pues su importación representaría grandes beneficios, potenciándose con ello, la protección de los derechos de los reclusos y garantizándose el correcto cumplimiento de las actividades en los centros carcelarios.

19 En relación con cada una de las autoridades que intervenían en la ejecución de la pena privativa de libertad, vid., ampliamente, García Andrade, Irma, *El sistema...* op cit., pp. 239-244.

Precisamente, con la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal DOF de fecha 16-06-2016, en sus artículos 24 y 25, se establecen las funciones y atribuciones de su quehacer garantista intra muros.²⁰

VI. El marco real de la ejecución

Los establecimientos penitenciarios constituyen en España la parte económicamente más gravosa del texto legal, además de la necesidad de concluir con la realización del iniciado plan de construcciones y reparaciones de edificios y locales, que colocan a España al nivel europeo más elevado del presente siglo.

- 20 Artículo 24. Jueces de Ejecución: “El Poder Judicial de la Federación y Órganos Jurisdiccionales de las entidades federativas establecerán jueces que tendrán las competencias para resolver las controversias con motivo de la aplicación de esta Ley establecidas en el Capítulo II del Título Cuarto de esta Ley. Son competentes para conocer del procedimiento de ejecución penal los jueces cuya circunscripción territorial se encuentre la persona privada de la libertad, independientemente de la circunscripción territorial en la que se hubiese impuesto la sanción en ejecución. Los Jueces de Ejecución tendrán la competencia y adscripción que se determine en su respectiva ley orgánica y demás disposiciones legales. La jurisdicción territorial de los Jueces de Ejecución se podrá establecer o modificar mediante acuerdos generales”. Artículo 25. Competencias del Juez de Ejecución: “En las competencias a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Ejecución deberá observar lo siguiente: I. Garantizar a las personas privadas de la libertad, en el ejercicio de sus atribuciones, el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales, demás disposiciones legales y esta Ley; II. Garantizar que la sentencia condenatoria se ejecute en sus términos, salvaguardando la invariabilidad de la cosa juzgada con los ajustes que la presente legislación permita; III. Decretar como medidas de seguridad, la custodia de la persona privada de la libertad que llegue a padecer enfermedad mental de tipo crónico, continuo e irreversible a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor, para que se le brinde atención, trato y tratamiento de tipo asilar; IV. Sustanciar y resolver los incidentes que se promuevan para lograr el cumplimiento del pago de la reparación del daño, así como los demás que se promuevan con motivo de la ejecución de sanciones penales; V. Garantizar a las personas privadas de la libertad su defensa en el procedimiento de ejecución; VI. Aplicar la ley más favorable a las personas privadas de la libertad; VII. Establecer las modalidades sobre las condiciones de supervisión establecidas para los supuestos de libertad condicionada, sustitución de penas y permisos especiales; VIII. Rehabilitar los derechos de la persona sentenciada una vez que se cumpla con el término de suspensión señalado en la sentencia, así como en los casos de indulto o en los casos de reconocimiento de inocencia; IX. Imponer los medios de apremio que procedan para hacer cumplir sus resoluciones; X. Las demás que esta Ley y otros ordenamientos le confieran”.

Por el contrario, en México los establecimientos penitenciarios han sido un tema que lentamente ha ido evolucionando,²¹ a ello habrán de sumarse, configurando la realidad penitenciaria mexicana el factor económico y las dificultades presupuestarias, lo que en los últimos años ha originado una tendencia a mirar con interés los supuestos de privatización penitenciaria, tan extraños a la filosofía española.²²

Puede indicarse que, actualmente, las legislaciones española y mexicana prevén una serie de establecimientos penitenciarios que, si bien es cierto existen diferencias en cuanto a la terminología de estos, también es el hecho, de que cada tipo de Centro desempeña similares funciones. En efecto, en ambos países es posible referirse a establecimientos de preventivos, de cumplimiento de penas y especiales.

No obstante, en lo concerniente a los establecimientos penitenciarios destinados a los jóvenes, existe diferencia en ambas normativas, toda vez que la española dispone especialmente de un departamento de destino; y, por lo contrario, la normativa penitenciaria mexicana alude a los establecimientos especiales, desconociendo los previstos en el Reglamento penitenciario español.

La legislación penitenciaria española en la prisión modular actual, dentro de los establecimientos de cumplimiento, destina a los internos a régimen ordinario, abierto y cerrado; por el contrario, en México, se asigna a los reclusos a establecimientos de seguridad mínima, media y máxima.

Importante resulta señalar, que la Ley penitenciaria española alude a los establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales, como los destinados específicamente para los penados y (excepcionalmente preventivos) clasificados por peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, más aún si se tiene en cuenta que algunos parlamentarios habiendo conocido personalmente la privación de libertad, entendieron necesaria su inclusión. No obstante, la práctica demuestra que tal régimen se aplica a un porcentaje que no llega al 10% de la población penitenciaria española.

21 En relación con la evolución de los establecimientos penitenciarios en México, vid. MACHORRO, I, "Arquitectura penitenciaria", en *Criminología*, núm. 2, 1976, pp. 10-16.

22 Sanz Delgado, Enrique, *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Ed. Edifoser, Madrid, 2000, *passim*; el mismo. "Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. LII, 1999, pp. 385-401.

En México, para tales circunstancias, la normativa penitenciaria se muestra similar, si bien existen, además de módulos de alta seguridad dentro de cada establecimiento; otros centros más estrictos, de máxima seguridad, para internos cuya peligrosidad sea extrema o pertenezcan a bandas armadas, delincuencia organizada y grupos terroristas.²³

VII. El método de la reinserción social

El tratamiento penitenciario²⁴ en España detenta una serie de características propias, “de inspiración autóctona”, que le identifican, toda vez que se constituye originalmente mediante el desarrollo de la reforma reglamentaria de 25 de enero de 1968, sin imitación de ordenamientos extranjeros.

La originalidad del tema es de fácil comprobación. En primer plano, la normativa penitenciaria española, incluye en su escaso articulado al tratamiento como una parte de este con sustantividad propia y autónoma; en segundo término, la Ley entiende, que no es admisible la mezcla o confusión de los diversos aspectos que conllevan las diferentes actividades reglamentarias con el conjunto de medios proporcionados por las diversas ciencias de la conducta. Por ello, las actividades tratamentales son prioritarias a las regimentales, es decir, el tratamiento penitenciario detenta entre sus principios fundamentales, el de la subordinación del régimen y el de coordinación de las actividades integrantes de ambos.

El tratamiento penitenciario ostenta entre sus características, el principio de individualización científica, de manufactura española; es decir, que

23 García Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones (La pena y la prisión)*, Ed. Botas, México, 1970, pp. 551-552.

24 Algunos autores el término tratamiento resulta confuso o ambiguo, vid., al respecto, entre otros, Ancel, Marc, “La noción del tratamiento en las legislaciones penales vigentes”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, 1968, p. 485; García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, 2ª ed., Valencia, 1999, p. 984; Téllez Aguilera, Abel, “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LIII, 1999, pp. 325-329; no han faltado opiniones de otros tantos autores que se han manifestado en contra de la idea de tratamiento, aludiendo al fracaso de este; en este sentido, vid. Mapelli Caffarena, Borja, “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, en *Eguzki-lore*, núm. Extraordinario 2, 1989, pp. 99-112; Alarcón Bravo, Jesús, “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, 1978, p. 21. En relación con las distintas opiniones doctrinarias expuestas del tratamiento, vid. Garrido Genovés, Vicente, *Psicología y tratamiento penitenciario: Una aproximación*, Madrid, 1982, pp. 13-19.

el tratamiento que se aplica al penado será en atención a sus circunstancias personales, favoreciendo su mejor reintegración social y relegándose, por este motivo el característico obligado paso por cada uno de los grados y regímenes correspondientes, de los tradicionales sistemas progresivos. Tal sistema se encuentra, no obstante, separado en grados, el último de los cuales es la libertad condicional. De este modo, al segundo grado corresponde el régimen ordinario, al tercer grado, el régimen abierto y al primer grado, el régimen cerrado; o, en su caso, el departamento especial para una minoría de reclusos. En este sistema individualizador los principios de regresión y progresión de grados permiten revisar, por regla general, la situación personal de cada interno por un lapso no mayor de seis meses.

Las tareas relativas a la observación, clasificación y tratamiento corresponden a Equipos cualificados de especialistas.

Ahora bien, debe señalarse que las adiciones realizadas por Ley Orgánica 7/2003, a los artículos 36 del Código Penal y 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española, desvirtúan el citado sistema en lo relativo al tercer grado, en cuanto que suponen una tendencia de regreso al rígido sistema progresivo, superado ya por la reforma penitenciaria en España.

En México, en el ordenamiento penitenciario mexicano, se diluyen las actividades propias del tratamiento con las del régimen penitenciario; asimismo, dicho sistema se fundamenta en el sistema progresivo y técnico, lo que significa, por tanto, que no es posible hablar de progresión y regresión de grados, como se entiende en España.

VIII. El marco legal de la reinserción

Debemos comenzar señalando que el tema más extenso en el ámbito carcelario, es el denominado régimen penitenciario.²⁵ Por ello, puede decirse

²⁵ El presente tema es considerado por la doctrina penitenciaria, como el más extenso de la ejecución de la pena privativa de libertad. El régimen penitenciario es: “el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos”. Bueno Arús entiende por régimen penitenciario: “el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los establecimientos, y las que determinan los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado”. Cfr. Bueno Arús, Francisco, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, 1978, p. 121. Por su parte, Garrido Guzmán comenta que el régimen penitenciario es, el marco externo preciso para el tratamiento y, a la vez,

que constituye un avance en el sistema penitenciario español el hecho de que, en la vigente normativa se distinga, en sus diferentes capítulos, las distintas actividades regimentales, que se separan así, claramente, y con sistemática y técnica muy superior a otras legislaciones, de lo que constituye el tratamiento.

La importancia que significó para la legislación, separar, técnica y sistemáticamente, el régimen del tratamiento respondió a la necesidad de proclamar la subordinación de uno de ellos al otro, desvaneciendo con ello la confusión reinante en la materia, siendo la propia Ley la que ha tomado postura al establecer, la relación de medio a fin entre las funciones regimentales y el tratamiento.

Con referencia a la realidad mexicana, en la mayoría de los casos, se incluyen las actividades tratamentales en el régimen penitenciario.

Dentro del catálogo de actividades regimentales se encuentran:

- a) El internamiento de los detenidos, presos y penados;
- b) La extinción de la relación jurídico-penitenciaria;
- c) Los traslados;
- d) Los criterios de separación;
- e) Las pautas de uniformidad;
- f) La alimentación;
- g) Los criterios de depósito de bienes personales;
- h) El registro y los cacheos;
- i) La participación del interno en la vida regimental.

Asimismo, las normativas penitenciarias española y mexicana prevén otras instituciones regimentales de gran relevancia:

1. El trabajo penitenciario, que se ha constituido, en uno de los temas más indisolublemente unidos a la historia del Derecho penitenciario.²⁶

para la custodia de los internos, así como para que éstos dispongan adecuadamente de las diversas prestaciones de la Administración, en cuanto personas que son, tales como asistencia sanitaria, educación e instrucción, asistencia religiosa, normas de convivencia y disciplina, trabajo, vestuario, equipo, utensilio, alimentación, etc. Vid. Garrido Guzmán, Luís, "Régimen penitenciario", en VV.AA., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 2ª ed., Alcalá de Henares, 1985, p. 62.

26 Vid. García Valdés, Carlos, Comentarios..., op. cit., p. 94.

El trabajo penitenciario se prevé en la regulación española, como un medio fundamental de reinserción social del interno, debido a las características que le impregnan, además de permitir al recluso, sufragar los gastos personales y de sus dependientes. Asimismo, la Ley Orgánica General Penitenciaria se muestra como una de las legislaciones pioneras en este tema al asimilar el trabajo carcelario con el trabajo en libertad, con todos los derechos y obligaciones que el mismo conlleva, celebrando los convenios necesarios con distintas empresas del exterior y proporcionando los medios precisos para la consecución de tales fines.

Por el contrario, en la actualidad mexicana, el trabajo penitenciario, en la mayoría del país, todavía es una asignatura pendiente, pues solamente sirve como terapia ocupacional y, en el mejor de los casos, solo puede ser medio de subsistencia del interno.

Conscientes de la realidad económica mexicana, consideramos que es posible atender este terreno olvidado por las autoridades mexicanas, siguiendo igualmente el modelo español, adaptándolo, ¡claro está! a las circunstancias nacionales.

2. La asistencia sanitaria, la cual se ha caracterizado por ser una de las materias más deficientes en todos los países.²⁷ Actualmente, en los modernos sistemas penitenciarios, para evitar tales males, se ha introducido la asistencia de personal médico permanente en los establecimientos, lo que efectivamente ha supuesto un avance trascendental en el aspecto sanitaria, en ambas regulaciones penitenciarias, se encuentra prevista, como un derecho humano del recluso.

Sin embargo, tales similitudes se desvirtúan en la práctica, puesto que en España, los establecimientos penitenciarios, han comenzado a celebrar convenios con distintas instituciones sanitarias, con el propósito de evitar, en la mayoría de los casos, que no revisten gravedad, los traslados innecesarios a centros hospitalarios, para lo cual se potencian los servicios informáticos (videoconferencias, escáner y envío de datos), facilitando, así, la comunicación de los profesionales de la medicina del centro penitenciario con los especialistas del hospital más cercano, lo que se traduce en una disminución de salidas y, en consecuencia, menores gastos para la institución penitenciaria.

27 Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios..., op. cit., p. 111. Siguiendo textualmente lo señalado por García Valdés, vid. Del Río y Pardo, F, "La asistencia sanitaria. Introducción", en VV.AA., Cobo Del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1, Madrid, 1986, p. 521.

3. Los permisos de salida,²⁸ representaron en España, una de las más importantes y decididas novedades de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como uno de los mayores éxitos que la reforma conllevó en su fase experimental. Su concesión respondió a dos criterios fundamentales: el relativo a la potenciación del fin de reinserción social (permisos ordinarios) y, los permisos extraordinarios a razones humanitarias.

En México los permisos de salida son concedidos de igual forma que en España.

4. Las comunicaciones y visitas de los reclusos con el exterior,²⁹ tema que es considerado elemento fundamental del régimen penitenciario y del tratamiento; por ello dichos contactos deben ser regulados con el objetivo de que éstos sean, efectivamente, instrumentos encaminados a la resocialización, readaptación social.

Las comunicaciones y visitas son previstas por las normas penitenciarias españolas y mexicanas, ya sea de forma oral u escrita, debiéndose cumplir los requisitos legales exigidos para su concesión, bien sean con sus abogados y procuradores (figura que no existe en México), con asistentes sociales, familiares, allegados y amigos.

5. La visita íntima o vis a vis, institución de naturaleza controvertida,³⁰ su introducción en España se debe en forma experimental, a la reforma del anterior Reglamento de los servicios de prisiones, de 29 de julio de 1977; en México, ésta representó en su momento una aportación al mundo penitenciario. Habrá de enfatizarse que esta se concede para mantener las relaciones amorosas estables y continuadas del recluso (en el caso español, se conceden todo tipo de relaciones sentimentales, no así en México).

6. La asistencia religiosa³¹ se encuentra garantizada, para ello, se facilitan los medios necesarios para que los miembros religiosos o de culto puedan auxiliar espiritualmente a los reclusos.

28 Sobre este tema, vid. Leganés Gómez, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009, 337 y sigs.

29 Pelluz Robles, Luís Carlos, "Las comunicaciones de los reclusos con familiares. Amigos y allegados", en VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1995, p. 359

30 Marco Del Pont, Luís, *Derecho penitenciario*, México, 1998, pp. 490-494.

31 La presente institución penitenciaria ha acompañado a la pena privativa de libertad. Según las palabras de Beristaín, el hecho religioso o la asistencia religiosa siempre

7. La instrucción y educación son derechos reconocidos, concebidos como elementos fundamentales para la futura reinserción social del interno. Existe, sin embargo, en la normativa española una mayor atención en este campo; esto es comprobable con la reforma llevada a cabo por Ley 6/2003, por la cual se potencian los derechos y garantías del acceso a la educación universitaria de los internos.

En México, consideramos, éste es uno más de los compromisos que debe asumir el Estado Mexicano.

8. La disciplina penitenciaria, prevista en ambos cuerpos legales, detenta como principios rectores: “El mantenimiento de la ordenada convivencia del centro carcelario y la salvaguarda de los derechos humanos de los internos”; para ello, es necesario someter la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria, a la observancia de principios que regulan su procedimiento (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, garantías procesales).

9. Las recompensas, también, se prevén en los ordenamientos penitenciarios español y mexicano, como premios otorgados a los internos, por su destacable comportamiento.

10. Los beneficios penitenciarios, interpretados como medidas tendentes a reducir la duración de la condena en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento, encuentran su previsión en ambas normativas penitenciarias.

11. La oferta de las actividades deportivas, debe gestionarse ante las correspondientes autoridades oficiales, pudiendo celebrarse los convenios necesarios con las distintas instituciones deportivas, para ofertar a los reclusos, actividades similares a aquellas que se realizan en libertad, tomando necesariamente en cuenta las características especiales de sus destinatarios.

Asimismo, la Administración penitenciaria deberá completarla con una serie de actividades tendentes a desarrollar en los presos una convivencia armónica intramuros, que potencialmente le predisponga favorablemente hacia su reinserción social.

han acompañado al hombre, como su sombra, a lo largo de toda la historia y la geografía, acompañándolo cuando ha vivido en libertad, y no menos cuando se ha encontrado privado de libertad, en la cárcel. Vid. Beristain Ipiña, Antonio, “La asistencia religiosa. Derechos religiosos de los sancionados a penas privativas de libertad”, en VV.AA., Cobo Del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 2, Madrid, 1986, p. 803.

12. También existe la previsión de instituciones penitenciarias que impulsan la pacificación de los conflictos personales se prevén en la Mediación penitenciaria³² y la justicia Restaurativa.³³

IX. Los funcionarios penitenciarios

Tema de gran importancia en el ámbito carcelario, es el relativo a los funcionarios, quienes se constituyen como la “clave de bóveda del penitenciarismo contemporáneo”,³⁴ y “piedra angular del funcionamiento eficaz de los reclusorios”.³⁵

Ahora bien, del análisis de las legislaciones penitenciarias española y mexicana, podemos afirmar que existe un punto de encuentro que establece similitudes existentes entre ambas, y surge del escaso articulado que reglamenta al personal penitenciario; no obstante, debe indicarse que, la normativa penitenciaria mexicana, instauro “criterios mínimos”, para la designación del personal: a) La vocación; b) Las aptitudes; c) La preparación académica; d) Los antecedentes personales. Asimismo, establece la obligación para los funcionarios penitenciarios de prepararse para la asunción de sus cargos, así como de asistir a los diferentes cursos de actualización que se promuevan.

XI. Conclusiones

PRIMERA

Después de este estudio, lo que se puede constatar es que tanto en el sistema penitenciario español y, particularmente, el mexicano, el fin primario que impregna a sus instituciones penitenciaras, incuestionablemente, respon-

32 Ríos Martín, Julián Carlos, *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, passim

33 Kemelmajer de Carlucci, Aída *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000, passim; Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Lex Nova*, 23, 2008, passim; Ríos Martín, Julián Carlos/Olalde Altarejos, A. J. “Justicia restaurativa y mediación penal. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, 8, 2011, passim

34 Vid. García Valdés, Carlos, *Estudios...*, op. cit., p. 87;

35 Vid. Malo Camacho, Gustavo, *Manual de Derecho penitenciario mexicano*, Serie Manuales de Enseñanza, núm. 4, México, 1976, p. 99.

de a la reinserción social de las personas que se encuentran privadas de su libertad en un establecimiento carcelario; no obstante, también se prevén como fines secundarios, la retención y custodia de detenidos presos y penados, así como la asistencia a los internos y liberados (servicios post penales); observándose en la ejecución de los mencionados fines las garantías legales, que se encuentran consagradas en las respectivas constituciones.

SEGUNDA

Puede enfatizarse que, en España, en relación con los países latinoamericanos y, en especial, con México, es más posible hablar de una efectiva consecución de la reinserción social de los internos, pues para ello se ponen a disposición tanto las instituciones jurídicas necesarias, como los instrumentos prácticos.

Bibliografía

- Alarcón Bravo, Jesús, “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios Penales II*, La Reforma Penitenciaria, 1978.
- Alonso de Escamilla, Avelina, *El juez de vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1984.
- Ambos, Kai, “La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLII, Fascículo I, 1994.
- Ancel, Marc, “La noción del tratamiento en las legislaciones penales vigentes”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, 1968.
- Beristain Ipiña, Antonio, “La asistencia religiosa. Derechos religiosos de los sancionados a penas privativas de libertad”, en VV.AA., Cobo Del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 2, Madrid, 1986.
- Bueno Arús, Francisco, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, 1978.
- Carranza, Elías, *Justicia penal y sobrepoblación*, Ilanud, México, 2001.
- Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Tomo I y único, Barcelona, 1958, (reimp. 1974).

- Del Río y Pardo, F, “La asistencia sanitaria. Introducción”, en VV.AA., Cobo Del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1, Madrid, 1986.
- Domingo de la Fuente, Virginia, “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Lex Nova*, 23, 2008.
- García Andrade, Irma, *El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, Sista, México, 1989.
- García Basalo, J. Carlos, “Algunas tendencias actuales de la Ciencia Penitenciaria”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 186, 1969.
- García Ramírez, Sergio, *La prisión*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- García Ramírez, Sergio, *La reforma penal de 1971*, Ediciones Botas, México, 1971.
- García Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones (La pena y la prisión)*, Ed. Botas, México, 1970.
- García Valdés, Carlos, *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1982, (reimp. 1995).
- García Valdés, Carlos, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006.
- García Valdés, Carlos, *La Reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981.
- García Valdés, Carlos, *Teoría de la pena*, 3a. ed. (reimp. 1987), Tecnos, Madrid, 1985.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Garrido Genovés, Vicente, *Psicología y tratamiento penitenciario: Una aproximación*, Madrid, 1982.
- Garrido Guzmán, Luís, “Régimen penitenciario”, en VV.AA., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 2ª ed., Alcalá de Henares, 1985.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000.
- Leganés Gómez, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Machorro, I, “Arquitectura penitenciaria”, en *Criminología*, núm. 2, 1976.
- Malo Camacho, Gustavo, *Manual de Derecho penitenciario mexicano*, Serie Manuales de Enseñanza, núm. 4, México, 1976.

- Manzanares Samaniego, José Luís, “La reforma penitenciaria (el juez de vigilancia y la ejecución de las penas carcelarias)”, en *Actualidad Penal*, núm. 38, 1994.
- Mapelli Caffarena, Borja, “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 2, 1989.
- Marco Del Pont, Luís, *Derecho penitenciario*, México, 1998.
- Marco del Pont, Luís, *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I (Penología), Buenos Aires, 1974.
- Melgoza Radillo, Jesús, *La Prisión*, Ed. Zarahemla, México.
- Pelluz Robles, Luís Carlos, “Las comunicaciones de los reclusos con familiares. Amigos y allegados”, en VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1995.
- Ríos Martín, Julián Carlos, *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008.
- Ríos Martín, Julián Carlos/Olalde Altarejos, A. J, “Justicia restaurativa y mediación penal. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, 8, 2011.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 3a. ed., Porrúa, México, 2003.
- Sanz Delgado, Enrique “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. LII, 1999.
- Sanz Delgado, Enrique, “Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales”, en *Anuario de Derecho Penal*, Vol. LVI., 2003.
- Sanz Delgado, Enrique, *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Ed. Edifoser, Madrid, 2000.
- Slokar, W. Alejandro, “Orientación de la legislación penitenciaria en América Latina”, en *Orientación actual de la legislación penitenciaria*. V reunión nacional de directores generales de prevención y readaptación social, Hermosillo, Sonora, Ed. México, 1998.
- Téllez Aguilera, Abel, “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LIII, 1999.
- Tercer Seminario Iberoamericano de Derecho Penitenciario, en la Ciudad de Madrid, España, los días 15-18 del mes de octubre del año 2001. *Editorial*, 2002. III Seminario Iberoamericano de Administración Penitenciaria, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249.

COMISO, EXTINCIÓN DE DOMINIO Y CONSTITUCIÓN¹

Martín Alexander Martínez Osorio²

SUMARIO. I. Introducción. II. Del comiso directo a su adaptación a las nuevas realidades criminales. III. La extinción de dominio. IV. ¿Se vulneran los derechos y garantías constitucionales con las nuevas formas de comiso o con la extinción de dominio? V. Los límites constitucionales del derecho de propiedad. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La incesante transformación que han tenido las consecuencias jurídicas del delito surge de una compartida preocupación internacional relacionada con la existencia de un amplio conjunto de bienes que suelen ser utilizados por organizaciones criminales como medios o instrumentos para realizar de mejor manera su actividad criminal (vehículos, aviones, lanchas, propiedades, etc.); también por las cuantiosas ganancias producidas por formas organizadas de criminalidad que buscan introducirlas en los sistemas económicos mediante mecanismos propios del lavado de dinero; y por último, la necesidad de recuperar activos que han sido producto de graves hechos de corrupción gubernamental, los cuales, generalmente,

1 El presente artículo analiza los retos y desafíos que ha experimentado el instituto de la extinción de dominio en El Salvador (Centro América). Tal discusión llegó a la Sala Constitucional salvadoreña que estableció la conformidad de tal instituto con la Constitución. Debate que, por cierto, surge en todos los países en los que se está implementando la referida consecuencia jurídica de carácter eminentemente patrimonial.

2 Profesor de Derecho penal de la Universidad Tecnológica y de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador y Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

estarán fuera de las fronteras de los países en que fueron cometidos. Para ello, en la actualidad, el esfuerzo se ha encaminado al fortalecimiento de la cooperación y asistencia internacional y en la homologación de diversos instrumentos jurídicos.³

Ahora bien, al tratarse esencialmente en una discusión sobre los bienes que se encuentran en conexión con actividades delictivas, el debate se enfoca en sí es necesario mantenerlo dentro de la órbita del proceso penal como una suerte de tema complementario —es decir, a partir de un reforzamiento de la ya tradicional figura del comiso— o brindar un tratamiento singular mediante un proceso jurisdiccional exclusivo bajo reglas adversariales y un estándar de prueba distinto del “más allá de la duda razonable” que prima en el proceso penal —lo que suele conocerse como la extinción o privación de dominio—. Cualquiera de las dos opciones a nivel interno, existe un tema clave que es el relativo a la creación de un marco normativo y de instituciones que permita una adecuada administración y enajenación de los bienes incautados, comisados o extinguidos.

Sin duda, el protagonismo que ha adquirido el tema de las medidas jurídicas contra los patrimonios criminales, se relaciona con las diversas transformaciones —económicas, sociales y culturales— que sufre la actual sociedad post-modernista en materia de política criminal.⁴ El fenómeno de la globalización económica y la revolución tecnológica en boga, han traído como contrapartida la transnacionalización, la tecnificación y la profesionalización del crimen; amén de la constatación de cuantiosos flujos de capital dudoso en el financiamiento de campañas electorales cuyos ganadores comprometen su reintegro mediante posteriores contratos públicos. En puridad, el crimen organizado, el terrorismo, la corrupción gubernamental y la criminalidad de las empresas constituyen los desafíos más relevantes para el ámbito de la justicia penal contemporánea y que el Estado-nación difícilmente puede enfrentar de forma aislada.⁵

3 Al respecto, Quintero Olivares (2010: 12-r2).

4 El fenómeno de la globalización en este sentido ha sido crucial. Por el mismo, citando al sociólogo alemán, es un proceso mediante el cual los Estados nacionales se entremezclan e imbrican con actores económicos transnacionales. Esto conlleva la creación de vínculos y espacios sociales más allá de las fronteras soberanas conforme una ampliación de las dimensiones de la comunicación, ecológicas, económicas, laborales, culturales y de la sociedad civil. De acuerdo con él, estamos en presencia de una “sociedad mundial” sin “Estado mundial”. BECK (1997:32 y ss).

5 Para Terradillos Basoco (2010: 52).

Por ello, desde la década de los ochenta del siglo pasado, podemos encontrar en importantes convenciones internacionales, ciertas directrices en las que transitará el combate del denominado “crimen transnacional”:⁶ la incorporación en la legislación penal interna, de nuevos delitos tales como el tráfico de drogas, el crimen organizado, el lavado de activos, el soborno transnacional y la trata de personas entre otros; la adopción de medidas patrimoniales tales como el comiso, la incautación y la recuperación de los activos; regulaciones específicas sobre la prueba en el proceso penal y el uso de técnicas especiales de investigación; la implementación de medidas de protección para víctimas y testigos; y el fortalecimiento de la cooperación y asistencia entre los diversos países, entre otros aspectos.

Así, es bastante perceptible desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) como en el Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos del Delito (1990), la idea de combatir las formas más graves de criminalidad en clave económica.⁷ En otras palabras, en coadyuvar esfuerzos entre diversos países para dismantelar el patrimonio criminal sin dejar de restar importancia al uso de las penas privativas de libertad o restrictivas de otros derechos.⁸ Este nuevo “paradigma” se desarrolla en dos vías: (a) mediante la regulación del delito de lavado de activos como un delito subsecuente a una actividad delictiva que genere ganancias, siendo el objetivo de la criminalización, castigar a quienes impidan u obstaculicen a la administración de justicia penal en su afán persecutorio de tales bienes e impedir que ingresen al tráfico económico y

6 Como señala Pérez Cepeda: “...[e]l impacto negativo de estos grupos en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, lo que conlleva la necesidad de adoptar políticas preventivas comunes en el ámbito internacional” (2004:15).

7 Afirma Choclán Montalvo que una de las preocupaciones fundamentales en la actual política criminal “es la instauración de mecanismos eficaces de prevención y represión de aquellas organizaciones criminales, como realidad criminológica contemporánea y frente a la cual el Derecho penal de corte clásico, asociado a una dimensión individual y nacional del delito, se presenta como obsoleto e insuficiente”. Sostiene además el referido autor que “frente a esa nueva criminalidad debe orientarse principalmente hacia la destrucción del poder económico de estas organizaciones a través de una cooperación internacional efectiva y eficaz y la armonización de las legislaciones nacionales hacia modelos combativos, pero respetuosos de la tradición jurídica de cada Estado y compatibles con los principios jurídico-constitucionales que informan los correspondientes sistemas penales. *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO (2001:17).

8 Sobre lo anterior: Rosas Castañeda (2021:36-37).

financiero;⁹ y (b) la necesidad de privar a los delincuentes de sus medios, instrumentos, productos y ganancias derivadas del delito, a través de figuras tales como el embargo, la incautación y el comiso. Pero este último, adaptado a las nuevas exigencias que impone la fenomenología delictiva contemporánea.

Esta ruta se continuó en dos importantes instrumentos internacionales: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Y se reconoce abiertamente en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo del 3 de abril de 2014, cuando en su considerando 4 reconoció: “[e]ntre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran el establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de tales delitos, así como la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito”.

Este “paradigma” tiene un fundamento criminológico: el crimen organizado, la corrupción —pública y privada— y la criminalidad empresarial, persiguen esencialmente un provecho económico.¹⁰ El primero mediante la explotación de los mercados ilegales de bienes y servicios; la segunda mediante la apropiación de los activos estatales o la “venta” de los servicios públicos para la obtención de beneficios particulares, y la tercera mediante diferentes prácticas defraudatorias que afectan al orden socio-económico. Y si bien, el terrorismo no persigue directamente la obtención de tales beneficios patrimoniales, es claro que requiere de importantes recursos monetarios y materiales para el mantenimiento de sus organizaciones, así como para la financiación de sus actividades. Por ende, además de la tipificación del delito de financiación del terrorismo, es necesario adoptar medidas para neutralizar las inyecciones monetarias y materiales que sustentan la logística de estos grupos.¹¹

En el caso del comiso, en su concepción más tradicional, se ha mostrado insuficiente para combatir eficazmente las formas de criminalidad ya referidas, por lo que ha sido precisa su adaptación conforme las exigencias actuales. Por ello, se han introducido variantes del mismo, que intentan superar sus limitaciones tales como el comiso sin condena, el comiso

9 García Caveró (2016:57-64).

10 Como señala GRACIA MARTÍN, si la dimensión más relevante de la globalización es económica, no sorprende —por ejemplo— que la criminalidad organizada sea económica ni que tenga un carácter netamente empresarial. (2012:90-91).

11 PRADO SALDARRIAGA (2007:193).

ampliado, el comiso contra terceros o el comiso por valor equivalente.¹² De forma distinta, en varios países de América Latina, va ganando terreno una forma más evolucionada de comiso sin condena que es la extinción de dominio —conocida en algunos países como privación de dominio—. Su diferencia más acentuada con el comiso tradicional son sus fundamentos de legitimación más acordes con los principios y valores consagrados en los textos constitucionales y su clara autonomía respecto de otro tipo de consecuencias jurídicas más personales. Como nos recuerda ESTARITA JIMÉNEZ, la extinción de dominio es una acción “patrimonial” en oposición al concepto de acción “personal”, pues su destino no es la persecución de un individuo determinado sino de una cosa material representada en los bienes que provienen de actividades delictivas.¹³ Efectuemos en las siguientes líneas un somero análisis de ambos institutos jurídicos.

II. Del comiso directo a su adaptación a las nuevas realidades criminales

Históricamente, la discusión sobre los bienes dentro del proceso penal ha tenido un claro papel secundario, pues el mismo regularmente se ha centrado en la imposición de las penas privativas de libertad.¹⁴ En este escenario tradicional, los bienes suelen entrar al debate cuando se relacionan con la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, en lo relativo a su incautación para fines eminentemente probatorios (el denominado “secuestro con fines probatorios”) o cuando se vaya instado la aplicación del comiso respecto de los bienes del sentenciado. Es así que la posibilidad de que el Estado “se haga” con los bienes producto del delito o que hayan sido utilizado para efectuar los hechos criminales, queda reducida al comiso clásico (o llamado también “directo”) que únicamente recae en los autores o partícipes del delito.

Por ejemplo, y tomando como referencia el Código Penal de El Salvador, cuya fuente originaria lo constituye el Proyecto de Código Penal es-

12 AGUADO-CORREA (2020:58).

13 Víd. Estarita Jiménez (2019: 37).

14 Sostiene Quintero Olivares que “[d]urante muchos años, la figura del comiso ha vivido en el derecho penal relevada a un segundo plano, cual consecuencia final incluida en la sentencia pero que en manera alguna contribuía a configurar la respuesta penal frente a determinadas conductas. Quiero con ello decir que la idea de decomisar los efectos e instrumentos de los delitos pareció siempre una obviedad, que no necesitaba de especiales explicaciones, y que tampoco era el espacio jurídico en el que pudiera desarrollarse una política criminal específica”. (2010:3).

pañol de 1995, se establece en su art. 127 que el comiso es la pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos de los que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. Y por otra parte, en el art. 126 CP, establece la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas del delito, a favor del Estado.¹⁵ Esto último comprende la pérdida de valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título con motivo o resultado del hecho.¹⁶ En suma, se distingue entre los *objetos e instrumentos* que sirven para facilitar el hecho y el *producto*, las *ganancias* y las *ventajas* obtenidas del delito.

Tales distinciones legales son coincidentes con las concepciones doctrinarias imperantes que entienden el comiso como una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito.¹⁷ Y aunque continúa un amplio debate acerca su controvertida naturaleza jurídica —si es penal, administrativa o civil— es claro que implica la supresión de un derecho subjetivo con relación a un bien o a un conjunto de ellos conforme la existencia de un nexo de ilicitud entre el titular del bien y el delito. En tal sentido, es clara la descripción legal cuando dice que los “objetos” o “instrumentos” sean propiedad del condenado para privarle de los mismos.

Como muy bien han puesto de manifiesto una variedad de autores en sus diversos estudios doctrinales, el comiso en su concepción tradicional

15 “Art. 126.- Sin perjuicio de las devoluciones y reparaciones debidas por los daños y perjuicios derivados del hecho, el juez o tribunal ordenará la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas por el condenado con motivo del hecho, a favor del Estado. [...] Esta pérdida comprenderá los valores, derechos y cosas obtenidas por cualquier título, con motivo o como resultado del hecho, por el condenado o por otra persona, natural o jurídica, para la cual hubiese actuado el condenado. También sufrirán la pérdida de los valores, derechos o cosas, los terceros que los hubiesen adquirido incluso a título gratuito, a sabiendas que los mismos proceden de una actividad delictiva, con el propósito de encubrir el origen ilícito de dichos valores, derechos o cosas o de ayudar a quien esté implicado en dicha actividad”.

16 “Art. 127.- Sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que se hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito, el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida a favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso no será procedente en caso de hechos culposos. [...] El comiso sólo procederá cuando los objetivos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar el pago sustitutivo razonable al Estado”.

17 Ayo Fernández (1997:272).

no es el más adecuado para el tratamiento de formas de criminalidad organizada, económica o estatal que ostentan un cuantioso patrimonio criminal. Al contrario, la posibilidad de utilizar testaferros, el uso de personas jurídicas como propietarias de los activos, las fronteras que dificultan la persecución y juzgamiento de los autores del delito o la ubicación territorial de los bienes, la dificultad de conseguir condenas en procesos penales complejos, la rebeldía de los imputados, los acuerdos que puedan realizarse dentro del ámbito de la justicia negociada y la contratación de profesionales liberales cuyo trabajo tiene el exclusivo objeto de “blanquear los bienes” pueden frustrar la pretensión estatal de hacerse de los mismos.

Esto ha motivado una adaptación de esta consecuencia jurídica conforme las nuevas exigencias político-criminales en 3 dimensiones: ampliación del ámbito objetivo del decomiso o del producto a decomisar; ampliación del ámbito subjetivo o del círculo de sujetos cuyos bienes resultan decomisables; y facilitación de la prueba sobre los presupuestos de aplicación de la medida de decomiso, en precisión, sobre el origen ilícito de los bienes.¹⁸

Por otra parte, las insuficiencias han permitido una clara evolución del comiso a su entendimiento como una consecuencia accesoria distinta de la pena y de las medidas de seguridad,¹⁹ es decir, una suerte de tercera respuesta que posee ciertas notas distintivas.²⁰ no es una pena porque no guardan proporción ni con la gravedad del hecho criminal ni con la culpabilidad del autor; y no es una medida de seguridad porque no se asienta sobre un juicio de peligrosidad personal del sujeto al cual se aplica.²¹ Desde esta óptica, en el caso de los medios e instrumentos, siguiendo a cierto grupo de autores, su comiso se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa y en impedir su futura utilización en otros delitos. En el caso de las ganancias o productos derivados del delito, el fundamento es distinto: se busca corregir o eliminar una situación patrimonial ilícita.²²

La evolución acerca de la naturaleza jurídica del comiso, ha concluido en su entendimiento de su necesaria accesoriadad, pero no con la pena

18 Neira Pena (2021:91).

19 Señala Cerezo Dominguez que actualmente “la doctrina mayoritaria no configura al comiso ni como pena, ni como medida de seguridad, ni tampoco como medida reparadora del delito”. (2004:24)

20 Landrove Díaz (1996:123).

21 Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco (1996:219).

22 Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobon (1996: 439-441).

sino respecto de la comisión de una conducta típica y antijurídica. Se trata más bien, de una suerte de acesoriedad limitada, que permitiría su aplicación sin una declaratoria de responsabilidad del procesado.²³ Por ende, en las actuales formulaciones legales, se habla de un comiso “sin condena”. Ahora bien, si el fundamento del comiso no se relaciona con la culpabilidad, y por ende, se despoja de su carácter personal que poseía al estar conexa con la pena, es posible su aplicación a personas distintas al encartado. Esto permitiría neutralizar la posibilidad de que los instrumentos u objetos del delito pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de hechos delictivos por quien sea. Este supuesto se conoce como “comiso contra terceros” y como muy bien señala el art. 127 CP aplica a todos aquellos que tengan “el propósito de encubrir el origen ilícito de los mismos o para ayudar a los agentes delictivos”.²⁴

Por último, conviene referirse al comiso de “provecho”, que generalmente suele regularse mediante la figura del comiso “ampliado” y que se relaciona con los acrecentamientos patrimoniales sin justa causa o con presunción de ilicitud.²⁵ Aquí no existe peligrosidad intrínseca alguna de los

23 Importante lo que en este sentido plantea Gracia Martín: “[p]ara su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél. Aun cuando la regla general debiera ser la de que los objetos peligrosos pertenezcan al autor del hecho antijurídico, el comiso de instrumentos peligrosos pertenecientes a terceros debería ser procedente cuando éstos u otras personas en su nombre tengan deberes de vigilancia de tales objetos y no ofrezcan garantías suficientes de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros para la comisión de delitos en el futuro”. Al respecto, *Vid.* (1998: 376).

24 Interesante resulta la regulación del art. 127 *quater* del Código Penal español, que luego de la reforma efectuada en el año 2015, regula la potestad de los jueces y tribunales de acordar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias transferidos a terceras personas, o por un valor equivalente a los mismos, cuando: (a) se hubieren adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar de su origen ilícito; y (b) cuando se hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso. Por otra parte, establece una presunción de *iure*, de que se conocen cualquiera de tales extremos cuando los bienes o efectos hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

25 Neira Pena sostiene sobre el comiso ampliado: “[l]o esencial de esta forma de decomiso es que se fundamenta en una serie de presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes a confiscar [decomisar en nuestro ámbito], sin que exista prueba

activos sino que se intenta impedir la obtención y el disfrute de un provecho antijurídico. Siguiendo a GRACIA MARTÍN, nos encontramos ante una medida de naturaleza civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa ilícita.²⁶

Estas variantes “modernas” del comiso han sido desarrolladas en la normativa de la Unión Europea. Para el caso, el Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y Financiación del Terrorismo –Convenio de Varsovia– de 2005 relacionó en su art. 3.3 la posibilidad de establecer el comiso obligatorio en ciertas clases de delitos tales como el blanqueo, el tráfico de drogas, la trata de personas y otros delitos graves, lo cual incluye a los instrumentos, los bienes lavados, los productos o aquellos bienes cuyo valor corresponda a esos productos (lo que se conoce como bienes equivalentes). De igual forma, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de Europa relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, establecía en su art. 3, la posibilidad de incluir dentro las regulaciones nacionales el comiso ampliado respecto de un determinado número de delitos y con relación a una organización delictiva. Posteriormente, ha sido la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, la que distingue entre el comiso directo o tradicional y el comiso por valor equivalente, así como del comiso ampliado y el decomiso en manos de terceros. En esa línea, conviene resaltar un avance trascendental en esta materia, y es el Reglamento 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso del 14 de noviembre de 2018.

III. La extinción de dominio

En el año 2011 el Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) junto con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) reunió un grupo especialistas para la elaboración de una Ley Modelo sobre Extinción de Dominio –en adelante Ley Modelo–. El objetivo básico de este esfuerzo fue desarrollar el instituto jurídico del “comiso sin condena” desde una perspectiva regional bajo la

directa sobre la actividad delictiva de la que se derivan tales bienes ni, por lo tanto, sobre la relación entre tal actividad y el objeto decomisible. Piénsese que, de constatar fehacientemente esa actividad delictiva previa, sería preciso proceder penalmente frente a ella, siendo suficiente, en estos casos, con acreditar que los bienes proceden de una actividad delictiva de modo genérico”. *Vid.* Neira Pena (2021:93).

26 Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobon (1988:439).

denominación de la “extinción de dominio” o “privación de dominio” y tiene como base la experiencia obtenida en las diversas leyes implementadas en Colombia.²⁷

Es importante retomar la definición que efectúa del referido instituto el art. 2: “[1]a extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna”. Precepto que se repite en las leyes especiales salvadoreña (art. 8), hondureña (art. 4), guatemalteca [art. 1 letra d)] y colombiana (art. 15 de la Ley 1708).

La extinción de dominio no es más que un comiso adaptado a las exigencias de los diversos convenios internacionales y que supera los inconvenientes que siempre ha tenido en su entendimiento tradicional.²⁸ Así: (a) se trata de una consecuencia patrimonial que se enfoca exclusivamente en el origen o la destinación de bienes que se relacionan con actividades delictivas detalladas en la misma normativa legal. Por ende, su naturaleza es *in rem*; (b) por otra parte, es una acción jurisdiccional que se ejerce contra quien tenga o posea los bienes y de forma independiente al vínculo jurídico que los relacione con los mismos —propietario, poseedor regular o irregular, mero tenedor, etc.—; (c) se estipulan situaciones jurídicas en las cuales se tienen que encontrar los bienes para ser pasibles de aplicación de la extinción de dominio (llamadas también “causales” o “presupuestos”); (d) se regula un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro procedimiento jurisdiccional o administrativo, sin perjuicio del reconocimiento de la cosa juzgada; (e) el proceso está a cargo de una autoridad jurisdiccional que goza de las características constitucionales del juez natural, esto es, independencia, imparcialidad e idoneidad técnica; (f) a los afectados se les reconocen derechos y garantías constitucionales tales como el de audiencia y defensa, cosa juzgada, a obtener una sentencia debidamente motivada que declare o no la extinción del dominio; y (g) cuentan con el derecho a hacer uso de los medios de impugnación que se reconozcan en la legislación de la materia.

En esencia, la extinción de dominio recae sobre los bienes que constituyen el patrimonio criminal, posean un valor económico y sean susceptibles

27 De entre estos precedentes, se destaca la ley 333 de 1996, el Decreto Legislativo 1975 de 2002, la Ley 793 de 2002. Actualmente rige en Colombia un Código de Extinción de Dominio emitido mediante la Ley 1708 de 20 de enero de 2014 y que fue reformado mediante la ley 1849 de 19 de julio de 2017.

28 SANTANDER ABRIL (2017:36).

de administración por parte del Estado o a quien éste designe. Estos deben poseer un nexo de relación con determinadas actividades delictivas y encontrarse en los diferentes supuestos que se establecen como habilitantes para la aplicación de la consecuencia, esto es, que sean bienes utilizados como medios o instrumentos del delito, productos o ganancias directas o indirectas del mismo, bienes lícitos que hayan sido mezclados o sirvan para ocultar bienes ilícitos, se trate de bienes sustitutivos de los bienes originalmente delictivos o nos encontremos en presencia de bienes equivalentes.

Sin duda, este instituto presenta notables ventajas en lo relativo al comiso tradicional y sus variantes que siguen ancladas en muchos ordenamientos al proceso penal, y es que permite una discusión procesal exclusivamente relacionada con la situación jurídica de los bienes que es independiente del dictado de responsabilidad penal o inocencia de sus titulares. Adicionalmente, y a partir de su autonomía,²⁹ se establece un modelo de proceso con evidente naturaleza adversativa, y en el que previamente existe una fase de investigación a cargo del ministerio público fiscal, quien debe establecer en la fase contradictoria tal nexo de ilicitud entre el bien y la actividad delictiva, y desvirtuar la presunción de buena fe de quien manifiesta haber adquirido su dominio o posesión conforme a las reglas del derecho.

IV. ¿Se vulneran los derechos y garantías constitucionales con las nuevas formas de comiso o con la extinción de dominio?

La pérdida del derecho de propiedad sobre aquellos bienes que tienen origen o son utilizados para la comisión de actividades delictivas no es un tema que haya generado alguna polémica de trascendencia constitucional como lo demuestra la historia del comiso.³⁰ Esto puede deberse al papel secun-

29 Señala la Corte Constitucional de Colombia que la extinción de dominio “no tiene el mismo objeto del proceso penal, ni corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el Estado desestímule las actividades ilícitas y las contrarias al patrimonio estatal y a la moral pública, exteriorizando mediante sentencia judicial, que quien pasaba por titular del derecho de dominio no lo era, por el origen viciado del mismo, en cuanto no podía alegar protección constitucional alguna” (Sentencia de 28 de agosto de 1997, C-409/97).

30 Apunta Cerezo Domínguez la figura del comiso siempre ha estado presente en el derecho positivo de nuestro entorno, habiéndose caracterizado por su carácter de pena accesoria, unida a aquellas principales impuestas por la comisión de infracciones delictivas, así como por su carácter limitado, afectando a los instrumentos, medios y efectos procedentes de los delitos y no a las ganancias ilícitamente obtenidas.

dario que ha tenido dentro del proceso penal en comparación a las consecuencias jurídicas de carácter personal como la pena privativa de libertad.

Más bien, el debate se ha centrado en su naturaleza jurídica y la finalidad de su aplicación. Así, la mayor parte de la doctrina coincide en que nos encontramos ante una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito. Se trata de un instituto jurídico que implica la ocupación o pérdida a favor del Estado de todos los medios, instrumentos, productos y ganancias derivadas del delito. Es más, como ya hemos afirmado, el consenso llega hasta al hecho de considerarla una consecuencia accesoria al delito que no tiene una naturaleza similar a las penas o medidas de seguridad. Ahora bien, en lo relativo a su fundamentación, suele distinguirse entre el comiso de los medios e instrumentos del delito y el de las ganancias ilícitas. Con relación a los primeros, la adopción judicial de esta medida tiene como base la peligrosidad objetiva de la cosa y el impedir su futura utilización en otros delitos. Con relación a lo segundo, en lo concerniente a los productos o ganancias del delito, su fundamento radica en corregir una situación patrimonial ilícita.

Dentro de esta discusión, se mantiene la idea de que nos encontramos ante una reacción al delito que tiene su fundamento en otras disciplinas jurídicas y no tanto en el estricto Derecho penal. El razonamiento es el siguiente: el delito es un hecho de interés jurídico que conlleva el acercamiento de diversas materias como el derecho de daños, el derecho de seguros y aun del derecho administrativo. Así, cada uno de estos sectores se ocupa de los diferentes aspectos del delito como un hecho complejo que genera diversos efectos. De ahí que el tratamiento integral del delito implica tomar en cuenta esas diversas dimensiones y optar por diferentes tipos de respuestas jurídicas.³¹ Por ende, cuando se afirma que son consecuencias jurídicas de naturaleza civil o administrativa, cuyos presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal y más bien se orientan a la prevención de hechos delictivos, bastará la realización de un hecho típico y antijurídico para su aplicación, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin que los medios o instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél.

Ahora bien, el hecho que la naturaleza del comiso se vaya alejando de su histórico origen penal, no significa que su aplicación se encuentre huér-

Por otro lado, su regulación en la Parte General de los códigos penales ha ido, casi siempre, acompañada de puntuales especificaciones con relación a determinados preceptos en la parte especial. *Vid.* (2004:17).

31 Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobon (1998: 438).

fana de un marco de límites y garantías de naturaleza constitucional. La cuestión es que, si estamos en presencia de consecuencias de naturaleza no punitiva, obviamente no podrían imponerse las garantías inherentes a la aplicación del Derecho penal o administrativo sancionador, sino que serían otras adecuadas a su peculiar naturaleza. La discusión tiene un claro sentido también con la extinción de dominio, y que en cierto sentido, comparte una misma preocupación político-criminal de privar a los delincuentes de sus medios y ganancias obtenidas.³²

Desde la óptica constitucional, conviene señalar que ambos institutos —comiso y extinción de dominio— comparten una misma justificación constitucional: no resulta admisible la protección del derecho de propiedad de aquellos bienes que son utilizados para vulnerar los derechos fundamentales de los demás ciudadanos o que suponen un acrecentamiento patrimonial que está fuera de los cánones de licitud propios de una sociedad respetuosa de su estatuto fundamental y su ordenamiento jurídico. Los delitos en suma, suponen vulneraciones directas e indirectas a derechos fundamentales de los ciudadanos, y es necesario adoptar medidas que no sean únicamente la imposición de penas privativas de libertad a los autores y partícipes; sino que también resulta necesario arbitrar medidas de naturaleza patrimonial para evitar la continuidad delictiva en el uso de determinados bienes o la consolidación de un enriquecimiento ilícito cuya que tenga origen en la transgresión al derecho.

Por ello, resulta importante traer a colación, lo expuesto en la sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala Constitucional salvadoreña el 28 de mayo de 2018,³³ que estableció que el derecho de propiedad y la libre disposición de los bienes solo es constitucionalmente protegible cuando sea compatible con las regulaciones establecidas por el ordenamiento jurídico, primordialmente con la Constitución.³⁴ Desde esta perspectiva, es posible encontrar dentro del sistema legal normas constitutivas y normas regulativas, que disciplinan el uso correcto de los bienes.³⁵ Las prime-

32 En sentido Estarita Jiménez sostiene respecto al comiso y a la extinción de dominio: “ambas acciones persiguen el mismo fin constitucional y legal, arrebatar los bienes del responsable penamente que provienen o son producto directo o indirecto de del delito o han sido utilizados o destinados a ser utilizados como medio o instrumentos para la ejecución del mismo”, *Vid.* (2019:26).

33 Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, en adelante: “SC” Se hace relación a la jurisprudencia constitucional emitida antes del 1 de mayo de 2021.

34 SC, Sentencia de 28 de mayo de 2018, Inc. 146-2014/107-2017.

35 *Vid.* Atienza & Manero (2016).

ras regulan las condiciones exigibles para la producción y existencia de situaciones jurídicas o de resultados institucionales y cuyo cumplimiento es una condición necesaria para la producción de efectos jurídicos. Las segundas, por su parte, contienen mandatos concretos a los sujetos destinatarios del Derecho. De ahí que, la adquisición de bienes o su utilización para determinados fines se encuentra condicionada a que se cumplan con tales exigencias.

Esto ha llevado a considerar que los ámbitos de protección legal y constitucional de la propiedad solo puede aplicarse con relación a aquellos actos o negocios jurídicos que impliquen el cumplimiento de normas constitutivas o normas regulativas contenidas generalmente en el ordenamiento civil. Tratándose de normas constitutivas, debemos referirnos al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 1316 del Código Civil,³⁶ en especial, en lo que se relaciona con la causa lícita (art. 1338 CC³⁷). Así, la adquisición de bienes con origen ilícito contraviene ese requisito legal. Por otro lado, la posesión de bienes con origen ilícito no constituye tampoco justo título, y por ende, esta situación irregular no se convierte en una figura habilitante para invocar la figura de la prescripción adquisitiva. Tampoco la prescripción adquisitiva extraordinaria, pues ella a tenor del Código Civil, opera ante situaciones de trascendencia individual, más no ante graves alteraciones al orden social.

Este incumplimiento de las normas constitutivas que disciplinan la validez de los actos jurídicos, permite distinguir a quienes pueden acceder a la tutela de su derecho de propiedad y a quienes no. Por ello, la Sala constitucional salvadoreña en su sentencia distinguió entre propietarios legítimos o regulares y los propietarios putativos o aparentes. Al respecto dice la sentencia: “[1]os primeros son las personas que han logrado consoli-

36 “Art. 1316.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° Que sea legalmente capaz; 2° Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° Que recaiga sobre un objeto lícito; 4° Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra” (Código Civil de El Salvador)

37 “Art. 1338.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tienen una causa ilícita” (Código Civil de El Salvador).

dar en su esfera jurídica el derecho de propiedad sobre un determinado o determinable bien debido a que han cumplido con todas las normas constitutivas derivadas de la Constitución y la ley para tal fin. Los segundos son los que solamente revisten la apariencia de propietarios legítimos que no han conseguido cumplir con todas las normas constitutivas exigibles para la adquisición de la propiedad, lo cual ocurre porque solamente hay un acto jurídico de cobertura que parecería legitimar su derecho de dominio sobre un bien específico, no obstante su carácter viciado”.³⁸

En cuanto a la infracción a las normas regulativas, esta acaece cuando el uso o la utilización de los bienes es contrario al interés social. A tales efectos, tanto el propietario como el poseedor de un bien, tiene el deber de cumplir con determinadas obligaciones y deberes públicos a fin de posibilitar la utilidad y el beneficio colectivo. En otras palabras, una vez adquirido el bien, al propietario le es prohibido destinarlo a fines ilícitos. Por ende, estamos en presencia de una destinación prohibida constitucional y legalmente, pues contraviene la función social a que está sometida su utilización.

Esta consideración es clave para solventar las ya recurrentes objeciones de inconstitucionalidad por vulneración de la seguridad jurídica sea por la afectación a la prohibición de la retroactividad desfavorable o por la característica de la imprescriptibilidad. Siguiendo con el hilo de esta importante sentencia, la prohibición de retroactividad es una garantía que únicamente puede operar respecto a situaciones jurídicas que han cumplido con las normas constitutivas. Por ende, si el derecho no ha sido adquirido o la situación jurídica no se ha consolidado no existe efecto proscrito por la Constitución. En otras palabras, *el Derecho no puede afectar un resultado jurídico que nunca se produjo*. Por otra parte, al destinarse bienes para la comisión del delito genera una situación de antijuridicidad permanente que es incompatible con la función social de la propiedad.

En resumen, el incumplimiento de las normas constitutivas no permite que un acto o negocio jurídico surta efectos a la vida jurídica, y por ende se trata de una situación anómala que no puede ser corregida mediante el ámbito de la prescripción adquisitiva. De igual forma, en los casos de los bienes por destinación, acaece una contravención a la función social de la propiedad, que no permite comprenderlos dentro del ámbito de protección que dispensa el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, se encuentra en clara sintonía con uno de los motivos de aprobación de la ley de extinción de dominio por el congreso salvadoreño

38 SC, Sentencia de 28 de mayo de 2018, citada.

el 7 de noviembre de 2013: “... la única vía que existe en El Salvador para la construcción del patrimonio y la riqueza es la del trabajo honesto y con estricto apego a las leyes de la República, los derechos enunciados en el primer considerando [la seguridad, el trabajo y la propiedad privada] no serán reconocidos por el Estado, ni gozarán de protección legal constitucional ni legal, cuando se trate de bienes de interés económico, de origen o destinación ilícita”.

En conclusión, es muy claro el entendimiento de que todo bien que pueda tener un interés económico, y el cual tenga relación con cualquiera de las actividades ilícitas establecidas en el art. 5 LEDAB,³⁹ no podrá establecerse sobre el mismo, relación jurídica alguna que resulte amparada por el ordenamiento jurídico tratándose del derecho de propiedad o de posesión.⁴⁰

V. Los límites constitucionales del derecho de propiedad

Sin duda, de las diversas razones que se esgrimen para negar la adopción de la extinción o la pérdida de dominio en los diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, es que el instituto en estudio implica una afectación inconstitucional del patrimonio que transgrede principios tan elementales como la seguridad jurídica o la prohibición de la confiscación —entendida como la privación arbitraria y desproporcional de todos los bienes del condenado por un delito—. Más aún, las críticas a la extinción de dominio también suelen provenir, de quienes consideran al patrimonio como un derecho fundamental que puede tener una alta jerarquía con relación a los demás derechos o con los principios o valores de raigambre constitucional.

De inicio, resulta necesario señalar que no existe una jerarquía abstracta de derechos fundamentales de “mayor” o “menor” peso con relación a otros contenidos en la parte dogmática de un texto constitucional; sino que se

39 “Art. 5.- La presente ley se aplicará sobre cualquiera de los bienes que se encuentran descritos en los presupuestos que dan lugar a la extinción de dominio y provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la hacienda pública y todos aquellos hechos punibles que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados”.

40 Establece el art. 2 de la Constitución salvadoreña: “[t]oda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

hace necesario establecer en casos concretos, la preeminencia de unos sobre otros a fin de dotar de soluciones que no pueden tener una validez general. Aunado a lo anterior, debe reconocerse la existencia de límites explícitos en algunos derechos fundamentales, tales como la función social de la propiedad que tiene reconocimiento constitucional.⁴¹

Los tribunales constitucionales suelen definir —en su jurisprudencia— a los derechos fundamentales como “facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivizadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivización, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución”.⁴² Por otra parte, se ha reconocido que éstos forman parte del núcleo esencial del estatuto fundamental de una nación, en la medida que parten del “reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado” lo que conlleva la búsqueda de su real y efectiva vigencia.⁴³ Por otra parte, los derechos fundamentales se constituyen en límites de actuación de los poderes públicos y, en algunos casos, de los particulares, con el correlativo derecho de los individuos de exigir su respeto, protección, garantía y promoción.⁴⁴

Dentro del catálogo de derechos fundamentales, aparece el de propiedad reconocido en el texto constitucional salvadoreño en el art. 2. El mismo se define como “la plena potestad sobre un bien, que a la vez contiene la potestad de ocuparlo, servirse de él de cuantas maneras sea posible, y la de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificarlo y dividirlo”. Desde esta óptica, se ha definido como un derecho real y ab-

41 El art. 103 de la Constitución salvadoreña establece: “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.

42 SC, Sentencia de 23 de marzo de 2001, Inc. 8-97.

43 En tal sentido, en la Sentencia de la SC de 14 de febrero de 1997 (Inc. 15-96) se ha sostenido que la Constitución “...no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado salvadoreño, sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo —art. 83 Cn.—, y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado —art. 1 Cn.—, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona”.

44 Al respecto, puede verse la Sentencia de la SC de 17 de noviembre de 2017 (Inc. 105-2014).

soluta en cuanto a su oponibilidad frente a terceros, limitado únicamente por el objeto material al cual se debe: la función social.⁴⁵

Al efecto, se ha reconocido que este derecho faculta a una persona a: usar libremente los bienes, implicando la potestad del propietario de servirse de la cosa y aprovecharla; gozar libremente de los bienes, que se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los procesos que accedan o deriven de su explotación; y disponer libremente de los bienes, que se traduce en actos de enajenación respecto a la titularidad del bien. Teniendo como características esenciales: (a) plenitud, ya que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que pueden ejercerse autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos de terceros; (b) exclusividad, en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (c) perpetuidad, pues dura mientras subsista el bien sobre el cual se ejerce el dominio y, en principio, no se extingue por su falta de uso; (d) autonomía, al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (e) irrevocabilidad, en el sentido de reconocerse que su extinción o transmisión dependen, por lo general, de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y (f) carácter de derecho real, dado que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.⁴⁶

Una manifestación inherente al derecho a la propiedad es el que se relaciona con lo expuesto en el art. 22 de la Constitución salvadoreña, esto es, la libre disposición de los bienes que debe ser realizado conforme el ordenamiento jurídico lo determine.⁴⁷ Por otro lado, el mismo se encuentra en consonancia con la libertad económica y comercial de una nación. Entendida ella cuando las manifestaciones más relevantes del proceso económico nacional —producción de bienes y servicios, distribución de los mismos y su adquisición por los consumidores— se realiza sin más intervenciones

45 Sentencia de la SC de 26 de agosto de 1998 (Amp. 317-97).

46 Sobre lo anterior: Sentencia de la SC de 2 de mayo de 2013 (Inc. 3-2008). En la misma se sostiene que el derecho de propiedad no solo comprende la tutela del dominio, sino también de las reclamaciones que se basen en algún otro derecho real como la herencia, el usufructo, la habitación, la servidumbre, la prenda o la hipoteca.

47 Establece el art. 22 de la Constitución salvadoreña: “[t]oda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes”.

del Estado que las que sean necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y el logro de las metas estatales.

Ahora bien, a cada uno de los derechos fundamentales analizados, se les han reconocido límites en cuanto a su ejercicio. Así se ha establecido que la propiedad tiene como límite intrínseco su función social, además que todas aquellas limitaciones que puedan imponerse de forma legal. Lo mismo acontece con su transmisión a terceros y con su uso para el desarrollo de una actividad económica.⁴⁸ Y es que como muy bien se ha reconocido por parte de la jurisprudencia constitucional: ningún derecho fundamental es absoluto, pues puede ser limitado para salvaguardar otro derecho o interés constitucional, y esto debe hacerse, de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos que la misma jurisprudencia de la SC ha ido perfilando. En particular, se ha sostenido que en caso de colisión entre derechos fundamentales, lo ideal es acudir al método de la ponderación como una forma de determinar cuál es el derecho que debe prevalecer atendiendo a las circunstancias del caso.⁴⁹

Esto es decisivo para el entendimiento correcto del derecho de propiedad que, poco a poco, viene siendo atemperado cuando la preeminencia de razones de utilidad o interés social lo exijan (*v. gr.* protección medio-ambiental o del patrimonio histórico entre las más recientes). Como muy bien estableció la SC en su jurisprudencia: "...el individuo no vive aislado, sino en sociedad, en esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otro por parte de los demás individuos. El principio constitucional de igualdad

48 Muy claro en este sentido lo expuesto en la Sentencia de 26 de julio de 1999 (Inc. 2-92): "...la libertad económica en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a límites constitucionales y legales, encaminado a asegurar su ejercicio armónico y congruente con el respeto de derechos, con el interés y el bienestar de la comunidad; por ello, la libertad económica no puede ser considerada como un derecho absoluto, pudiendo ser objeto de regulaciones y limitaciones legales que no afecten su contenido esencial".

49 Claramente se ha señalado: "... las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Solo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables sí y solo sí estás concurren. [...] Admitido todo lo anterior, cabe afirmar que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de supralegalidad. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico"

[...] impide, *prima facie*, que el derecho de una persona, por su sola condición personal, deba prevalecer frente a los demás”.⁵⁰

Ahora bien, unos de los requisitos sustanciales para la delimitación de derechos fundamentales tales como la propiedad, es sin duda la consecución de un interés constitucional legítimo, o al menos, que no sea contrario a la Constitución. Así, en lo que respecta a las conductas socialmente dañosas que afectan bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad en general, se ha sostenido que es válido que el Estado pueda utilizar sus potestades para castigar y prevenir los delitos. Así, por ejemplo, en el caso del proceso jurisdiccional penal —se estableció en la sentencia de 12 de mayo de 2007— que es un mecanismo óptimo para poder reclamar la responsabilidad frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de los derechos de los ciudadanos.⁵¹ Y corresponde al legislador —dentro del mismo— establecer un equilibrio racional entre los intereses del encartado y los intereses estatales de persecución y juzgamiento del delito. En similar sentido, se reconoce que en materias como el terrorismo, la disminución de ciertas garantías procesales en orden a la protección de otros intereses relevantes de naturaleza constitucional, siempre y cuando tengan como finalidad la reconstrucción de la verdad histórica dentro del proceso penal dentro de un obligado análisis de ponderación.⁵²

Un segundo requisito esencial, es que tales restricciones a derechos fundamentales, sean establecidas conforme una ley emanada del congreso o parlamento (ley formal), respetando de esta manera el denominado principio de reserva de ley. Desde esta óptica se distingue entre regulación y limitación de derechos fundamentales, en que la primera implica la dotación de contenido material dentro de la regulación jurídica estableciendo sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías. Mientras que la limitación es un caso específico de regulación, que se caracteriza porque se afecta alguno de sus elementos sustanciales —como pueden ser los sujetos o su ámbito de protección material— de forma tal que implica una obstaculización o impedimento para su ejercicio pero debe concurrir una finalidad, al menos, no constitucional para su legitimación. Desde esta óptica, la limitación solo es posible por

50 Sentencia de la SC de 23 de marzo de 2001 (Inc. 8-97).

51 Sentencia de la SC de 12 de mayo de 2007 (Inc. 28-2006).

52 Sentencia de la SC de 24 de agosto de 2015 (Inc. 22-2007).

la Constitución o por la ley en sentido formal, es decir, una fuente jurídica emanada del congreso o parlamento nacional.⁵³

Para el caso del derecho de propiedad, las condiciones de su ejercicio pueden ser perfectamente establecidas por el ordenamiento jurídico como también las condiciones relacionadas con su limitación o pérdida, esto es, la fijación de ciertas situaciones que podrían devenir en el no reconocimiento de la titularidad jurídica sobre determinados bienes. Esto es lo que acontece con las leyes de extinción o pérdida de dominio y en la que se establecen determinadas causales o presupuestos que habilitan la intervención del poder estatal sobre los bienes que se relacionan en cuando su origen o destinación con actividades delictivas.

Por último, conviene señalar lo relativo a la proporcionalidad de la intervención en el ámbito de los derechos fundamentales. La Sala salvadoreña —en diversos pronunciamientos— lo ha reconocido como un principio limitador que debe ser tenido en cuenta por el legislador y la jurisdicción —tanto ordinaria como constitucional—. El mismo se contextualiza entre el necesario equilibrio entre, por un lado, el derecho limitado y, por el otro, el fin perseguido con la intervención.⁵⁴ Al respecto, se establece la realización de un test que comprende los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Con relación al primero, requiere que la medida impugnada fomente de alguna manera el fin inmediato que se persigue. Si esto se logra, puede darse por satisfecho este primer escalón. Como segundo paso, debe comprobarse si la medida en estudio es la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido de entre todas las alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido. Y por último, debe evaluarse si ella es proporcionada (en sentido estricto), es decir, si la importancia de la realización del fin mediato perseguido por la medida justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente. Esto importa la comparación de la intensidad de la medida respecto del fin legítimo que ella persigue.⁵⁵

53 Tal y como lo sostiene la SC en la Sentencia de 20 de abril de 2015 (Inc. 11-2012).

54 Al respecto, la Sentencia de 24 de septiembre de 2010 (Inc. 91-2007) es muy clara al respecto.

55 Sobre estos sub-principios de la proporcionalidad puede verse la Sentencia de 29 de julio de 2010 (Inc. 61-2009). De forma sumamente sintética se ha dicho en la Sentencia 17 de noviembre de 2017 (Inc. 105-2014): “[e]l principio de proporcionalidad se compone de tres juicios o sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcio-

No puede olvidarse que este juicio de ponderación resulta esencial en la adopción de las medidas cautelares de carácter real, sea en el proceso penal, o en el de extinción de dominio en aquellos países en los que exista la jurisdicción especial.

Conclusiones

Las formas complejas de criminalidad implican soluciones holísticas y en las que es necesaria la integración de diferentes disciplinas jurídicas. A estas alturas, creer que la imposición de las penas privativas de libertad sea una solución “eficaz” —aun y cuando no se compruebe de forma indiscutible su eficacia preventivo general— resulta difícil de sostener. Más bien, es importante articular una respuesta al crimen de forma más integral, y ello pasa por atender a la fenomenología de una delincuencia que se enfoca primordialmente en la obtención sin límites un provecho económico. En la actualidad, la meta de una eficaz política criminal contra este tipo de delincuencia es privarlos de los medios e instrumentos con lo que cometen sus delitos así como de las ganancias y ventajas que obtienen.

Por ende, tanto el comiso “recargado” europeo como la extinción de dominio latinoamericana, parten de la premisa de fortalecer el ámbito de la persecución de las consecuencias patrimoniales derivadas de actividades delictivas. Nótese que en este caso se persigue un fin sumamente preventivo —el desincentivo a delinquir— ya que no será posible disfrutar de los provechos obtenidos pues en cualquier momento —y frente a quien sea— una acción legal de contenido patrimonial podrá ser iniciada. Por otra parte, también se envía un claro mensaje de prevención general positiva, en la medida que se afianza el uso correcto de los bienes, conforme la expectativa de un ciudadano fiel a derecho.

nalidad en sentido estricto. Como condición de precedencia del test de proporcionalidad debe establecerse la finalidad que busca la normativa sujeta a análisis. Una vez identificado el fin constitucionalmente legítimo de la norma, debe enjuiciarse su idoneidad. Basta que la medida impugnada fomente de alguna manera el fin inmediato que persigue para estimar satisfecho el juicio de idoneidad. Luego, debe analizarse su necesidad, que implica comprobar si la medida era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto implica determinar si la importancia de la realización del fin mediato perseguido por la medida justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente”

Adicionalmente, existe un mensaje de no tolerancia al enriquecimiento derivado de actividades delictivas. Y en ello coinciden tanto la extinción de dominio como el denominado comiso de las ganancias: la corrección de situaciones patrimoniales irregulares y que se encuentran indiciariamente relacionadas con actividades delictivas. En suma, y retomando lo expuesto, por el tribunal constitucional salvadoreño: "...la Constitución no tutela, ampara, legitima ni reconoce ningún derecho real sobre bienes que tengan un origen ilícito o que se destinen a fines ilícitos, ni permite que se creen vías de legitimación de la propiedad que no se adquiere mediante el trabajo honesto".

Para finalizar, resta destacar algunas situaciones que —al menos de la experiencia salvadoreña— requieren de mayor discusión. Esto es: (a) la determinación tanto de los ámbitos de validez del enriquecimiento ilícito (como consecuencia jurídico-patrimonial en el caso de los funcionarios y servidores públicos de acuerdo a una ley especial de 1959) y la ley de extinción de dominio; (b) la aplicación del principio de proporcionalidad en supuestos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos; y (c) las presunciones *iuris tantum* de incremento patrimonial ilícito en el ámbito de las organizaciones criminales.

A. El art. 240 de la Constitución salvadoreña establece la acción de enriquecimiento ilícito respecto a los funcionarios y empleados públicos que dentro del periodo de inicio y cesación de un cargo estatal, obtengan un incremento de capital que no pudieran justificar.⁵⁶ Tal figura también es aplicable respecto a sus cónyuges e hijos. Al respecto, la Sala Constitucional estableció que la referida figura tiene preeminencia sobre la aplicación de la extinción de dominio, siempre y cuando se trate de la causal regulada en la letra c) del art. 6 LEDAB.⁵⁷ Sin embargo, detalló que será aplicable a

56 Prescribe el art. 240 Cn.: "[...]os funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme las leyes [...] Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento de capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiera podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos se considerarán en conjunto".

57 Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: [...] c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial

este grupo de destinatarios la extinción de dominio cuando el acrecentamiento patrimonial provenga de actividades ilícitas no relacionadas con la función pública o se trate de bienes que no quedaron comprendidos dentro del juicio de enriquecimiento ilícito. Se sostuvo que la razón de preeminencia aplicativa del enriquecimiento ilícito es su reconocimiento constitucional en el art. 240 Cn.⁵⁸

Esta interpretación no se comparte, pues es posible una explicación distinta que se relaciona con los fines que inspira la introducción de la extinción de dominio en El Salvador. Conviene tener presente que el art. 5 LEDAB reconoce como actividad delictiva que habilita la extinción de dominio a los actos de corrupción pública.

Retomando el punto expuesto por la Sala de lo Constitucional, ella relaciona al enriquecimiento ilícito únicamente con actos referidos al incorrecto ejercicio de la función pública. Por ende, en aquellos casos en que el origen de la riqueza provenga de actividades criminales distintas a los delitos contra la administración pública, serán de aplicación cualquiera otra de las causales contempladas en el art. 6 LEDAB (producto directo, indirecto, sustitutivos, mezcla, equivalente, etc.). Ahora bien, el enriquecimiento sin causa acaece cuando con relación a ciertos bienes —o derechos sobre los mismos— se relacionan indiciariamente con actividades delictivas en un sentido sumamente genérico. Es decir, no se conoce su origen exacto; pues de ser así, entrarían en función causales o presupuestos de extinción de dominio más específicos. Para el caso, si la investigación permite establecer que tales bienes se relacionan con un delito de cohecho pasivo (arts. 330 y 331 CP) o una negociación incompatible del cargo por parte de un funcionario (art. 328 CP), será de aplicación la causal que se relacione con el producto directo del delito y no el incremento patrimonial no justificado. Por ende, en estos casos, la causal del art. 6 LEDAB letra c) y aún la figura civil-administrativa del enriquecimiento ilícito quedan desplazadas por la especificidad del art. 6 letra a) LEDAB.⁵⁹

no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”.

58 SC, Sentencia de Sentencia de 28 de mayo de 2018, Inc. 146-2014/107-2017.

59 “Art. 6.- Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: a) Cuando se trate de bienes que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero”.

En otras palabras, la LEDAB tiene mayor preeminencia por sobre la ley de 1959, cuando estamos en presencia de investigaciones patrimoniales que nos determinan específicamente y con alta probabilidad el injusto penal del cual derivan los bienes. De esta manera, el art. 6 letra c) del art. 6 LEDAB queda como una causal residual y en el mismo sentido la ley de enriquecimiento ilícito de 1959.

Esta solución se inserta en la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en sus decisiones de 6 de octubre de 2015 y 14 de diciembre de 2017, cuando afirmó que el enriquecimiento ilícito derivado de la corrupción pública debía aplicarse la extinción de dominio pues estamos hablando de delitos contra la administración pública. Y lo que debiera de quedar para el ámbito del juicio civil son los aumentos de capital que deriven de la comisión de injustos administrativos. Y esta solución también es consecuente con otro precedente de la misma Sala Constitucional: la sentencia de 12 de septiembre de 2014.⁶⁰ En la misma, se estableció la preeminencia de la extinción de dominio por sobre las reglas de incautación y destinación de bienes relacionados con el narcotráfico, reguladas en la LERARD. Y esto debido a los criterios cronológicos (la LEDAB es más reciente) y especialidad (la LEDAB plantea disposiciones específicas respecto a la administración de los bienes incautados) que deben primer en la solución de los conflictos de leyes. En suma, que la Constitución de 1983 reconozca en su art. 240 una acción de carácter resarcitorio administrativo por el incorrecto ejercicio de la función pública, no implica su preeminencia con la extinción de dominio; pues ambos institutos jurídicos atienden a diferentes tipos de injusto —el injusto administrativo al enriquecimiento ilícito y el injusto penal a la extinción de dominio—.

B. Otro punto interesante es el caso de los bienes lícitos que sirvan para ocultar o mezclar bienes de origen ilícito. Conviene tener presente que la mezcla o el ocultamiento son conductas típicas del lavado de activos conforme lo estipula el art. 3 letra b) de la Convención de Viena de 1988, pues dificultan conocer el origen o la titularidad de los mismos; por tal motivo, estos pierden su función social y se convierten en medios indispensables para la comisión del referido delito (art. 5 letra a) LECDE).⁶¹

60 SC, sentencia de 12 de septiembre de 2014 (Inc. 63-2014)

61 Establece el art. 5 letra a) de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos salvadoreña (LECDE): “Art. 5.- Para los efectos penales se consideran también lavado de dinero y de activos, y serán sancionados con prisión de ocho a doce años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales, computados conforme a lo establecido en el Artículo anterior, los hechos siguientes: a) Ocultar o disfrazar

Si bien a nivel constitucional no se ha resuelto de forma expresa sobre los mismos, al menos, existe una indicación de una probable solución. La sentencia 146-2014 estableció que: “aun cuando estos bienes se confundan con los que el propietario haya adquirido de forma legítima, no está justificada la intervención desproporcionada en el derecho de propiedad mediante la extinción de dominio de la totalidad del bien con el que se ha hecho la confusión, y, por tanto, solamente se podrá declarar la pérdida del derecho de propiedad por el valor exacto de los bienes en cuya sustitución se aplica la extinción de dominio”.

Se preceptúa en la sentencia la utilización del principio de proporcionalidad a fin de evitar “un ejercicio desmedido y excesivo de las facultades que la LEDAB otorga a la Fiscalía General de la República y al juez”. Ahora bien, esto tiene sentido, cuando estamos en presencia de porcentajes claramente identificables y no se haya actuado en connivencia con el agente delictivo por parte de quien aporta los bienes lícitos. Aún, resulta posible en este caso la aplicación del principio de insignificancia, que también posee reconocimiento constitucional, respecto de porcentajes nimios.⁶² Sin embargo, el conocimiento del uso que se hará de los bienes lícitos o la negligencia grave en conocer su origen, puede dar lugar a que el tercero ajeno a la actividad delictiva pueda salir afectado por la extinción de dominio. Verdaderamente, la puesta a disposición de bienes para el blanqueo de capitales, desnaturaliza la función social a la que está sometida el régimen de la propiedad y los convierte en medios para la comisión de un delito grave, por ende, cabe la extinción de dominio en la totalidad de la mezcla. Empero, cada caso debe resolverse conforme sus particularidades.

C. Por último, conviene señalar acerca de la presunción de ilicitud de los bienes que se relacionan con organizaciones criminales. Mediante la reforma legislativa realizada en el año 2017 al art. 5 LEDAB se añadió el siguiente párrafo: “[p]ara el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio”. Sobre este tópico, la Sala Constitucional salvadoreña, se pronunció afirmando que esto deviene de un hecho real, pues estas organizaciones tienen un alto potencial económico que debe ser mermado mediante el uso de herramien-

en cualquier forma la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos relativos a ellos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas”.

62 Principio que también ha sido reconocido por la misma SC en el auto de improcedencia de 11 de julio de 2013 (Inc. 47-2012).

tas de política criminal que sean efectivas. Adicionalmente, sostuvo que se tratan de presunciones que admiten prueba en contrario y no una determinación anticipada de un probable enriquecimiento injusto.⁶³

No existe duda que el instituto en estudio, tiene como fin primordial el desmantelamiento del patrimonio de las organizaciones criminales. Por ende, este tipo de preceptos se encuentran más que justificados por las dificultades probatorias que acarrea el comprobar su titularidad de los activos ante una maraña de prácticas financieras complejas y redes de testaferros. De ahí que se haga referencia a la prueba indiciaria como la más idónea para estos casos. La LEDAB no establece una definición legal acerca de qué debe ser entendido por crimen organizado u organizaciones terroristas, por lo cual será inevitable recurrir a las definiciones establecidos en la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja (art. 1), La Ley Proscripción de Maras o pandillas (art. 2) o la Ley Especial contra Actos de Terrorismo (art. 13). De igual forma, a la interpretación jurisprudencial tanto del crimen organizado y grupo criminal así como la de grupo terrorista establecida por la Sala de lo Constitucional en sus 2 importantes sentencias (inconstitucionalidades 6-2009 y 22-2007).

Obviamente nos encontramos ante colectivos de personas que están fuera del marco de la legalidad, por ende, no puede reconocerse una titularidad jurídica de los bienes en nombre de tales agrupaciones. Generalmente, la disposición material de los mismos estará a cargo de sus integrantes, líderes o colaboradores, y la jurídica en una red de “titulares aparentes”. A tales efectos, es procedente tener en cuenta la pluralidad de indicios que suelen utilizarse en ámbitos como el lavado de activos tales como la realización de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, movimientos bancarios o financieros inusuales, sucesivas transmisiones de los bienes y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas o con personas relacionadas con grupos criminales, entre otros.

Vale resaltar, como lo hace el tribunal salvadoreño, que nos encontramos ante una presunción que admite prueba en contrario, por ende, cabe la posibilidad de comprobar el origen no delictivo de tales bienes y su adquisición de buena fe exenta de culpa.

63 Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 28 de mayo de 2018 –ref. 146-2014/107-2017–.

Bibliografía

- Aguado Correa T. (2020): “Cinco años después de las reformas del decomiso: Does crime still pay?”, en: A.A.V.V., *Decomiso y recuperación de activos (crimen doesn't pay)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia.
- Atienza & Manero (2016): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º Edición, Edit. Ariel, Barcelona.
- Ayo Fernández M. (1997): *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Borja Mapelli & Terradillos Basoco (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Edit. Civitas, Madrid.
- Cerezo Dominguez (2004): *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Edit. Comares, Granada.
- Choclán Montalvo (2001) *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Edit. Dykinson, Madrid.
- COLINA RAMÍREZ (2010): *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, Edit. Ubijus, México.
- Estarita Jiménez (2019): *La extinción de dominio*, Edit. Ibañez, Bogotá.
- García Cavero (2016): *El delito de lavado de activos*, 2º Edición, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires.
- Gracia Martín (2012): “Derecho penal de la globalización y de la Unión Europea”, en: A.A.V.V., *Derecho penal económico*, tomo 1, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 1º edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia.
- Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón (1998): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Herrera Fonseca (2006): *El comiso de bienes: normativa y casos de procedencia con jurisprudencia administrativa y judicial*, Edit. Investigaciones jurídicas, San José.
- Landrove Díaz (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4º edición, Edit. Tecnos, Madrid.
- Mapelli Caffarena & Terradillos Basoco (1996) *Las consecuencias jurídicas del delito*, Edit. Civitas, Madrid.

- Muñera Márquez & Escobar Marín (2012): *Extinción del derecho de dominio en Colombia*, Edit. Académica española, Saarbrücken.
- Neira Pena (2020) “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”. En: A.A.V.V., *Decomiso y recuperación de activos (crimen doesn't pay)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia.
- Pabón Parra (2013): *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Edit. Doctrina y Ley LTDA, Bogotá.
- Perez Cepeda (2004): *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada.
- Poveda Perdomo (2004) *La ley de extinción del derecho de dominio y su jurisprudencial*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá.
- Prado Saldarriaga (2007) *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Edit. Grijley, Lima.
- Quintero Olivares (2010) Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo y la incidencia en la recepción civil, RECPC, 12-r2.
- Restepro Medina (2007) *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Edit. Universidad del Rosario, Bogotá.
- Rodríguez-García (2020) “El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección”. En: A.A.V.V., *Decomiso y recuperación de activos (crimen doesn't pay)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia.
- Rosas Castañeda (2021): *Decomiso y extinción de dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Edit. Gaceta Jurídica, Lima.
- Santander Abril (2017): “La emancipación del comiso en el proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: A.A.V.V., *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Departamento contra la delincuencia organizada transnacional/ Organización de los Estados Americanos, E.E.U.U.
- Terradillos Basoco (2010) *Sistema penal y Estado de derecho*. Ensayos de Derecho penal, Edit. Ara, Lima.

PRESENTE Y FUTURO EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES

Carlos Alberto Mejías Rodríguez¹

“La mediación está a punto de cambiar la práctica del Derecho. Es la forma más económica, con menor riesgo y menos utilizada para resolución alternativa de litigios, encontrándose su demanda en continuo crecimiento.”²

Norman Brand (1992).

SUMARIO: I. Introducción. II. Presente en la solución de conflictos. III. Las transformaciones del modelo retributivo al restaurativo. Un paso de avance en el presente. IV. Futuro en la solución de conflictos: La desjudicialización, despenalización, destipificación y deslegalización. V. Una cultura de mediación, conciliación y restauración como antesala a los cambios de paradigmas. VI. La mediación como prima ratio en la resolución de conflictos penales. VII. Otras perspectivas para la solución de conflictos penales. a) Nuevos conceptos globales de Justicia. b) Uso intensivo de nuevas tecnologías. c) Internacionalización de la justicia. d) Toma de consciencia de los operadores jurídicos. VIII. Cambios a operar. IX. Conclusiones. Bibliografía.

1 Docente e Investigador de las Universidades de Anáhuac, Valle de Puebla, Academia Ignacio Zaragoza, México; Universidad San Carlos de Guatemala; Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua e Instituto de Estudios Penales Alimena, Universidad de la Calabria-Italia.

2 BRAND, N. Learning to use de mediation process: a guide for lawyers. Arbitration journal, december 1992

I. Introducción

En el ámbito de las sociedades occidentales, debido a un proceso histórico evolutivo, ha sido el Derecho Penal el encargado de construir un sistema de control formal de los conflictos sociales, basando su actuación en torno a dos pilares: la utilización del concepto de responsabilidad como fundamento del sistema y la asunción de los conceptos de retribución o prevención como fines de la pena.³

El conflicto penal es un fenómeno social complejo y multidisciplinario en el que tratamos de resolverlo desde una única visión disciplinar: el derecho penal. Este ejercicio de poder tiene que fundarse más en la capacidad de relación existente entre los seres humanos que en la capacidad de imposición y el protagonismo del Estado y sus instituciones públicas.

Así, la actuación del Estado a través del Derecho Penal no ha situado la atención en el conflicto intersubjetivo que se produce entre dos personas (agresor y víctima) y en la necesidad de ofrecer una solución tanto al propio conflicto como a los implicados en él, sino que lo ha residenciado en el conflicto que se produce entre el actuar de una persona (sujeto activo del delito) y las exigencias de conducta contenidas en las normas penales.⁴

La atribución a la pena de unas funciones exclusivamente retributivas o preventivo-generales terminó por construir un sistema en el que el Estado trata de responder únicamente a la cuestión relativa a qué hacer con el delincuente que ha desobedecido la norma y a cómo estabilizar el mandato normativo defraudado, olvidándose de los intereses y necesidades de la víctima, a quien no se le permite participar activamente en la solución del conflicto en el que es parte.⁵

Christie, en su trabajo "*Conflicts as Property*", afirma que los juristas, los fiscales, los jueces y los profesionales se han apropiado de los conflictos, incluidos los crímenes, con el resultado del olvido de las personas directamente implicadas en su génesis.⁶ Es la marginación a la que se ve some-

3 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.

4 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.

5 FERREIRÓS C-E., SIRVENT A. Y OTROS: "*La mediación en el Derecho penal de menores*". Dykinson S.L., Madrid, 2011.

6 CHRISTIE, N., "Conflicts as Property". *British Journal of Criminology*, vol. 17, n^o 1, trad. al español en MAIER, J.: "*De los delitos y de las víctimas*", Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

tida la persona que ha sufrido el daño producido por el delito y que obligatoriamente debiera ser consultada sobre el modo en que ha de ser reparado el mismo⁷.

El régimen penal en su momento constituyó un significativo avance en la humanización de la Justicia, ya que de esta manera se abandonaron las técnicas del suplicio y el castigo físico, por el castigo del alma en los largos años del encierro; las salas de tortura se cambiaron por las celdas de las prisiones, y el régimen carcelario reemplazó las brutales ejecuciones públicas.⁸

Ahora nos escandaliza el “ojo por ojo y diente por diente”, más fue una fórmula que permitió responder al delito con medida, de manera proporcional mínima de pena, con apego a garantías y atención a la razón de ser del proceso penal.⁹

En el siglo XIX Liszt cuestionó en su Programa de Marburgo: ¿Por qué castigar? “En este contexto, su mayor logro fue el de reemplazar el derecho penal retribucionista, influido por la escuela clásica, por una concepción preventiva de la pena orientada por la idea de fin”,¹⁰ para de esta manera proponer aplicar una pena cuando fuera necesaria y oportuna.¹¹

En otras palabras, entre los dos sistemas básicos en la doctrina jurídica de heterocomposición de los conflictos (el tercero toma la decisión correcta) y autocomposición de los conflictos (las partes adoptan la decisión que les es conveniente) parece que hemos optado por el primero, de forma

7 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.

8 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

9 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

10 Lozano Tovar, Eduardo, Política Criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz Von Liszt y su incipiente política criminológica, México, Porrúa, 2015, pp. 66-68.

11 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

tan desequilibrada, que nos hemos desresponsabilizado totalmente de la solución de los problemas que nos creamos.

Seguramente conviene iniciar una reflexión sobre todo esto y tenemos la esperanza de que este trabajo contribuya a ello.

II. Presente en la solución de conflictos

La perfectibilidad racional de todas las instituciones públicas y privadas como agentes de control penal iba de la mano con un concepto de individuo que apostaba a su autonomía, su conciencia y su voluntad y a su capacidad de cambio. Este bello sueño de la modernidad es lo que hoy en día ha hecho crisis.¹²

Vivimos un enorme cambio social. Todo cambio va asociado a conflicto, por lo que debemos repensar si los mecanismos de resolución de conflictos actuales son los adecuados. El derecho y la justicia están bajo alta presión. El debate proceso judicial/soluciones extrajudiciales es falso y debe redefinirse. La desjudicialización es una necesidad y una oportunidad. Se detallan nuevas tendencias que empiezan a marcarse en el horizonte. Se plantean algunos cambios de política judicial que deben ser abordados urgentemente.¹³

Hoy en día asistimos impotentes a una creciente incapacidad del sistema penitenciario para condenar y rehabilitar a los delincuentes, además de constatar que la prisión no elimina las causas sociales del delito, y en vez de rehabilitar al infractor, lo cualifica en las formas más diversas, sofisticadas y perversas de la delincuencia.¹⁴

La consecuencia inmediata es que los conflictos van a aumentar – de hecho, esto ya sucede– de forma muy acusada en los próximos años. Esta realidad, obliga a repensar si los mecanismos de resolución de conflictos de los que están dotadas nuestras sociedades son los más adecuados al momento presente. Lo cierto, es que en nuestras sociedades occidentales he-

12 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

13 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

14 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

mos aprendido a resolver los conflictos desde la idea de confrontación habiendo hecho del proceso judicial un factor determinante.¹⁵

La Administración de Justicia como institución, también está sometida en todos los países a un violento vendaval de exigencia de cambio con distintos niveles de fuerza y operatividad.

El paradigma de la sentencia judicial como camino exclusivo y que pone fin a un proceso de solución de conflicto, está actualmente en crisis. El movimiento que impulsa el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) es claramente significativo de este hecho.¹⁶

III. Las transformaciones del modelo retributivo al restaurativo. Un paso de avance en el presente

En el modelo retributivo El delito es la infracción a la norma penal del Estado. Se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo. Se parte de una relación de contrarios, de adversarios, que buscan someter y vencer al enemigo en un proceso normativo legal. El castigo es la consecuencia natural y dolorosa del delito que aspira a disuadir y a prevenir la recurrencia de la infracción. El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado, con lo cual no se aprecia su dimensión interpersonal y conflictiva. El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con otro daño al delincuente. Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se la ubica abstractamente en el Estado. Se promueve el talante competitivo y los valores individuales. La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. En el proceso se ignora a la víctima y el delincuente permanece pasivo. El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena. El delincuente no tiene responsabilidad en la solución del problema. El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas. El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto. El estigma del delito es imborrable. No se fomenta el arrepentimiento, el perdón.¹⁷

15 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

16 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

17 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

En el modelo retributivo el proceso judicial sólo sirve para agudizar las heridas y polarizar el conflicto social.

En el modelo restaurativo. El delito es la acción que causa daño a otra persona. Se centra en la solución del problema, en la responsabilidad y obligaciones mirando al futuro. Se establece un diálogo y una negociación normativa que impone al delincuente una sanción restauradora. La solución del conflicto está en la reparación como un medio de restaurar ambas partes, víctima y delincuente. Tiene como meta la reconciliación. El delito se reconoce como un conflicto interpersonal. Se reconoce el valor del conflicto. Se pretende lograr la restauración del daño social. La comunidad actúa como catalizador de un proceso restaurativo con miras a una paz futura. Se incentiva la reciprocidad y los valores de la comunidad. Se reconoce el papel de la víctima y el papel del delincuente, tanto en el problema (delito) como en su solución. Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima. Se anima al delincuente a responsabilizarse. Se define la responsabilidad del delincuente como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar el daño. El delito se entiende en todo su contexto moral, social, económico y político. Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad. El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora. La respuesta al delito se crea desde los propios protagonistas.¹⁸

El modelo de la Restauración, aunque hoy en día resulta novedoso, es en realidad una forma tradicional de justicia mucho más antigua que el modelo penal. En los modelos de justicia tradicional (premodernos) la Restauración se hace posible porque existen fuertes lazos sociales entre los miembros de la comunidad. Para el caso de los indígenas sus vínculos de solidaridad privilegian la condición grupal por encima de toda condición individual.¹⁹

La Justicia Restaurativa nace con el movimiento político-criminal a favor de la víctima y la recuperación del papel de la misma en el proceso penal, suponiendo el punto de arranque de una nueva concepción de la justicia aplicable en un determinado país, y teniendo como principal instrumento de intervención la figura de la mediación.²⁰

18 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

19 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

20 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.

Soletto Muñoz²¹ establece la existencia de varios modelos de Justicia Restaurativa en función de cómo interaccione el sistema penal de cada Estado con los instrumentos propios de ésta, de este modo diferencia tres clases de sistemas:

a) Sistemas complementarios a los Tribunales a través de programas conectados con estos, y que suelen corresponder con sistemas penales más tradicionales. El acuerdo de reparación lo que puede provocar son ventajas procesales para el acusado (reducción de la calificación o de la pena, suspensión, sustitución o beneficios penitenciarios).

b) Sistemas alternativos al enjuiciamiento que van a ser considerados como la verdadera forma de resolución de conflictos debido a que los casos son derivados antes de iniciarse o tramitarse el proceso. Ello es visto con cautela por los países con un sistema penal tradicional y fuertemente instaurado, es el caso de España y otros Estados continentales.

c) Iniciativas ajenas al proceso y la ejecución que buscan más el tratamiento y restablecimiento de las emociones que otro tipo de resarcimiento, como pueda ser el caso de conflictos entre padres e hijos (agresores).

La Justicia Restaurativa es un modelo de Justicia Comunitaria que pone todo su énfasis en la dimensión social del delito. Busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reconciliación, reparación y perdón entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad. A diferencia del modelo penal no busca el castigo y el encierro del infractor, sino que busca reparar el daño y rehabilitar al delincuente. Hoy en día se perfila como una alternativa bastante interesante frente a la crisis de la Justicia. La justicia está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales.²²

Los defensores de la Justicia Restaurativa no pretenden la supresión completa del sistema de Justicia penal, como así lo manifiestan los parti-

21 SOLETO MUÑOZ, H.: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en ECHANO BASALDUA Y OTROS: “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”. *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, págs. 83 y ss.

22 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, *Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004* pp. 231-240

darios de las teorías abolicionistas, sino que tratarían de ser una alternativa a ese Derecho penal de carácter eminentemente formalista.²³

Los principios que sirven como pilar de la justicia restaurativa son: los daños y necesidades, las obligaciones, la participación.²⁴

Los daños y necesidades Mientras que en el sistema punitivo la máxima preocupación es que el ofensor reciba un castigo ejemplar que inhiba a los demás a cometer tales conductas reprochables, la justicia restaurativa se centra en el daño sufrido por las víctimas, por el mismo ofensor y los miembros de las comunidades.²⁵

Las obligaciones. Por su parte, en el sistema de justicia retributiva el interés se centra en asegurarnos de aplicar un castigo al ofensor acorde con la pena tasada con anterioridad a la comisión de la conducta ilícita. Ello genera certeza y seguridad, más en la justicia restaurativa. Lo que resalta es la responsabilidad activa del ofensor y las obligaciones que conlleva. En este caso, es vital que se dé cuenta de las consecuencias de sus acciones.²⁶

El compromiso o la participación Este principio abre las puertas en el proceso judicial para que víctimas, ofensores y miembros de la comunidad se involucren activamente al compartir sus respectivas experiencias para construir medidas y acciones para atender sus necesidades e intereses de las víctimas. Es importante el reconocimiento de la falta cometida por parte del ofensor, de la obligación emanada de su acción, así como la

23 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*. Almería, España.

24 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

25 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

26 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

firme convicción de su responsabilidad para atender el daño ocasionado y a la necesidad de las víctimas.²⁷

Se identifica la vinculación de la justicia restaurativa con los saberes de la criminología y de la victimología. Desde este enfoque, es factible entender que la consecuencia de la conducta ilícita lesiona los derechos de personas o grupos. En este caso, corresponde la reparación del daño a la justicia con la participación de las víctimas, al infractor y a la sociedad en una ejercicio colaborativo e incluyente.²⁸

Es por esto que la aparición de la Justicia Restaurativa ha supuesto una profunda crisis en el modelo de justicia retributiva, dado que sus características ponen en tela de juicio las bases de esta última, características entre las que se encuentran la informalidad del procedimiento a seguir, manifestándose éste como una vía flexible y ágil, junto a la voluntariedad y responsabilidad de las partes en el mismo.

Es también a través del instrumento de la mediación que se logra el cumplimiento eficaz de los acuerdos alcanzados y la disminución de los casos de reincidencia.²⁹

Esta crisis que atraviesa el sistema tradicional de aplicación de la justicia penal se ha convertido en objeto de atención de la sociedad, tanto en nuestro país, como en el mundo entero. A consecuencia de los hechos de violencia, en donde el trauma afecta a gran número de población, surgen preguntas: ¿Cuál es la mejor forma de responder como sociedad ante el delito? ¿Cómo debemos actuar ante actos que nos asombran por ser injustos y lesivos a la persona y su dignidad? ¿Qué necesitamos para tener acceso a una justicia eficaz y eficiente?

27 María Guadalupe Rodríguez Zamora "La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad" Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

28 María Guadalupe Rodríguez Zamora "La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad" Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

29 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.

IV. Futuro en la solución de conflictos: La desjudicialización, despenalización, destipificación y deslegalización.

Si examinamos la historia, aparecen tres grandes métodos de resolver conflictos: la fuerza, el derecho y la palabra. El uso de la fuerza está presente en la naturaleza y en la condición humana a un extremo que no es preciso insistir. Sin embargo, como el uso de la fuerza requiere utilización de recursos a veces muy importantes (véase el caso de las guerras), aparece la norma que una vez legitimada e integrada en el derecho permite una regulación mucho más eficaz.³⁰

Sin embargo, además del uso de la fuerza y el derecho, todas las sociedades y en todos los tiempos han usado la palabra bajo distintas instituciones no judiciales para resolver sus conflictos. La palabra siempre ha coexistido con los otros dos sistemas y en qué sociedades o momentos históricos ha dominado uno u otro método. Las soluciones negociadas de conflictos están en la base de la cultura de la sociedad.³¹

El hegemonismo del Estado en la solución de litigios penales debe racionalmente cambiar de tal manera que una buena parte de las diferencias y singularidades de los conflictos que son incorporados como delitos en los textos penales y otros ordenamientos, sean visto con el carácter profundamente humano que tienen.³²

Es así como identificamos en esta nueva política criminal el resultado de dar un giro de 90° que deja a un lado el afán vindicativo. Esto significa, necesariamente, proporcionar un trato respetuoso y atento a los sentimientos heridos, a los traumas que pudieran doler. Por ello, toda víctima de un delito merece recuperar el protagonismo que le fuere arrebatado con la comisión de hechos ilícitos, o por hechos violentos y agresivos quizá no tipificados.³³

30 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

31 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

32 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

33 María Guadalupe Rodríguez Zamora "La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad" Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

Es preciso plantearse como dar carácter institucional a las dos formas de regulación de conflictos más básicas: el Derecho y la Palabra, ya que la Fuerza ha quedado reservada al Estado en nuestras sociedades.³⁴

Esto supone plantear que el debate proceso judicial/mediación es un falso debate. Hay cosas que deben ser resueltas en el ámbito del proceso y cosas que deben serlo en el campo de la gestión de conflictos con los distintos instrumentos de este campo de la regulación social.³⁵

El acceso a la justicia penal por los ciudadanos debe ser visto como *el derecho al acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos penales* en función de las circunstancias del caso. Esto supone la generación de una cultura de resolución de conflictos menos vinculada exclusivamente al litigio y esta función corresponde a los poderes públicos.³⁶

El derecho penal deberá seguir manteniendo la esperanza y la finalidad de la corrección de aquellos delincuentes que sea posible reinsertar en la sociedad a través de la asunción de sus responsabilidades y del compromiso de no quebrantar nuevamente las normas penales. Ante ello, la retribución del mal en que consiste el castigo ha de ceder, incluso, si así se favorece la reinserción.

Mucho dependerá de la voluntad política de los Estados de la región, con un diseño de políticas públicas dirigidas a esa finalidad.

En el ámbito de la dogmática, el derecho penal latinoamericano necesita de una readaptación del catálogo de tipos penales, con exclusión de algunos o muchos de ellos y con la inclusión de otros nuevos. Se trata de acudir a los mecanismos de penalización y despenalización, sin dejar fisuras en el sistema previsto en cada nación, para la corrección de conductas transgresoras de los derechos e intereses generales.

Los procesos despenalizadores no son sencillos y encuentran posiblemente más dificultades que los propios movimientos expansivos, aupados por los criterios de quienes obsesionados con las parálisis que temporalmente provocan las medidas coercitivas hacia el delito y el delincuente, y

34 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

35 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

36 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

siguiendo además posiciones populistas, rechazan los procesos de despenalización y propenden a endurecer el sistema penal para extender la criminalización e instrumentar la reacción punitiva hacia determinados objetivos neutralizadores.

Siguiendo a Morillas, “[...] en política criminal no se puede destruir sin sustituir y no se puede, por ejemplo, abandonar los tradicionales instrumentos preventivos sin proponer soluciones alternativas válidas y de inmediata actuación [...],”³⁷ sobre todo cuando hay factores económicos asociados a la globalización neoliberal, al incremento del intercambio regional y a las reformulaciones que internamente inciden en las líneas del derecho penal actual.

El sistema de penas y su ejecución necesita también una profunda modificación, pero sobre todo son necesarias modificaciones en el proceso penal que permitan la introducción del principio de oportunidad reglada, en interés de la víctima, tratándose de delitos menores.

Hace unos años exprese que la mediación puede ser un eficaz instrumento para ofrecer en muchos casos una salida negociada de interés para la víctima y para el victimario, con la reconciliación de ambos, y favoreciéndose la de este último con la solución extrajudicial que puede incidir en el proceso, por la regulación de mecanismos de disposición del mismo por la víctima, con abandono de la pretensión punitiva. Pero para todo ello se precisarán reformas legales y la proliferación de órganos mediadores, actualmente escasos en la región.³⁸

V. Una cultura de mediación, conciliación y restauración como antesala a los cambios de paradigmas

¿Qué tan exitosa puede ser la Restauración en una comunidad marginal, donde precisamente los lazos sociales son débiles?

Redorta asegura que hace falta dedicar tantos recursos como a la guerra. Es importante darnos cuenta de que la paz necesita tantos recursos

37 Morillas Cuevas, Lorenzo. “El derecho penal mínimo o la expansión del derecho penal”, ponencia presentada en el VII Encuentro Internacional Escuela de Verano de la Habana sobre Temas Penales Contemporáneos, La Habana, Cuba, 20 de julio de 2011, pp. 1-22.

38 Carlos Alberto Mejías Rodríguez Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina IUS, Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, No 3, 2014, pp. 7 -20

como los esfuerzos por pelearnos, es decir, si se compara el presupuesto de cualquier país en policía, defensa, con lo que dedicamos a ponernos de acuerdo, no hay punto de comparación, es decir, estamos en un error histórico y grave y muy importante. La paz necesita recursos. Si queremos la paz, preparemos la paz.³⁹

Algunos autores como Pruitt, se han pronunciado en el sentido de que la investigación debe orientarse hacia los múltiples aspectos multidisciplinarios de la conflictividad social. En resumen, el conflicto y las formas de resolución del mismo deben ser abordados conjuntamente. Esto está dando lugar a la aparición –aún muy escasa– de la conflictología como ciencia y paraguas de todos los fenómenos de conflicto y sus vías de resolución. Una de las más importantes es el Derecho.⁴⁰

La conflictología como ciencia del conflicto hace parte de este trabajo ya que en ella se encuentran aportes valiosos para poder tener un acercamiento conceptual a este constructo complejo que se complementa con otras disciplinas a la hora de buscar herramientas de resolución.

Esta una ciencia en desarrollo que no debe ser menospreciada al momento de elegir un modelo de justicia, en ella se observa que algunos elementos aún no son claros y son demasiado profundos, como sus orígenes y muy bien vendría atender los estudios de Coombs y Avrunin quienes clasifican los conflictos en tres grandes grupos: Conflictos de *Tipo I* en los cuales sus contendientes tienen objetivos incompatibles; *Tipo II*, en los que sus contendientes quieren cosas diferentes, pero luchan por la misma y los de *Tipo III*, cuyos contendientes quieren la misma cosa, pero luchan por motivos diferentes; como igualmente válidos son las propuestas de Christopher Moore es otro de los autores que han propuesto.⁴¹ estilos de clasificación que, según Redorta, vale la pena tener en cuenta.

Propone cinco grandes elementos para su clasificación: conflictos de valores, conflictos estructurales, conflictos de intereses, conflictos de relaciones interpersonales y conflictos de información.

39 Josep Redorta: “Para construir la cultura de la mediación hace falta dedicar tantos recursos como la guerra” entrevista realizada

40 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

41 Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013

Todo ello está justificado en atención a los llamados por Pondy episodios de conflicto” en el que se expone que “los episodios de conflicto tienen una estructura y porque la tienen, deben ser diagnosticados y controlados” (Pondy, 1992: 259, citado en Redorta, 2004:103).⁴²

Para responder es necesario que cada país explore las dimensiones sico-sociales, jurídicas y políticas de la Justicia Restaurativa a la par de identificar los motivos más frecuentes de los conflictos. A esta perspectiva ego-céntrica de las relaciones sociales hay que sumarle una representación sicosocial derivada de sus condiciones de marginalidad.⁴³

Los ambientes marginales y hostiles generan un comportamiento y una representación de las relaciones sociales, marcados por el compromiso emocional que es necesaria estudiar e investigar antes de asumir cualquier modelo de justicia. La Justicia Restaurativa no puede ser sencillamente un modelo genérico replicable en cualquier parte, a partir del mismo esquema. La Justicia Restaurativa necesita amoldarse a cada contexto social y cultural, lo que exige a su vez una organización de la comunidad que de lograrse puede convertirse en un poderoso instrumento para la solución pacífica de los conflictos y la generación de lazos sociales.⁴⁴

Una posición radical y diferente del derecho penal tradicional”, una sociedad del conocimiento, democrática e inclusiva es la que demanda, procedimientos no adversariales. En este nuevo paradigma, el justiciable tendría el acceso a una justicia efectiva y eficaz, respetuosa de los derechos humanos de la persona, con la visión de la restauración del tejido social, y el respeto a la dignidad tanto para la víctima como para su ofensor, reconociéndolos como miembros de nuestra sociedad, logrando de esta forma no solo reprimir la conducta dañosa, sino concientizar al individuo del impacto de su actuar y las obligaciones inherentes a su conducta.⁴⁵

42 Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013

43 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

44 Jorge Ordóñez* Diana Brito, justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 231-240

45 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melau, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

La política criminal del Estado debe estar orientada actualmente a establecer mecanismos enfocados a que los tres agentes, víctima, ofensor, y sociedad, recuperen la sensación de orden y seguridad; que las víctimas reciban una restitución por el daño causado y los ofensores se responsabilicen por el daño. Igualmente, debe buscar que los miembros de la comunidad nos involucremos tanto en el proceso de prevención, como en los encuentros víctima-ofensor, con un seguimiento puntual para verificar el cumplimiento de los acuerdos.⁴⁶

La clave para trascender la lógica del castigo impuesto por el Estado es dar el lugar de protagonistas a la víctima, al ofensor y a los miembros de una comunidad, con la intervención reguladora del Estado y sus instituciones sólo como garantes de la equidad y del respeto. Esto es lo que debe prevalecer en el intento de entender el delito como un conflicto humano que provoca la ruptura de las expectativas sociales de vivir en un Estado de bienestar.⁴⁷

Hablar de justicia restaurativa requiere de una mente abierta capaz de aceptar que debemos humanizar al derecho penal para que la reparación del daño se convierta en el eje central de un proceso interactivo, incluyente y colaborativo de las partes que han contribuido a la construcción del conflicto penal.

Consecuentemente, la justicia restaurativa es una forma de justicia horizontal, acordada entre el diálogo entre víctima, agresor y miembros de la comunidad, con la tutela del Estado sólo como garante de condiciones de equidad.

Posiblemente esta sea la vía para alcanzar la seguridad pública y una vida plena, donde cada individuo y grupo social acceda a los derechos hu-

46 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

47 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

manos correspondientes. Para lograrlo, necesitamos despertar la preocupación por el bienestar general de la sociedad.⁴⁸

Como explica Redorta: “Deberíamos ser capaces de distinguir entre lo que significa el campo amplio de las soluciones no impositivas que debe ser maximizado siempre que sea posible y el campo de las soluciones impuestas que debe ser minimizado cuando sea posible en una sociedad democrática”.⁴⁹

VI. La mediación como *prima ratio* en la resolución de conflictos penales

Una vez se ha desplegado el análisis acerca de la estructura y la tipicidad de los conflictos, se presentará la “mediación” como el método de resolución de conflictos más conveniente para la actualidad.⁵⁰

La emergencia de la mediación formalizada en muy pocas décadas ha abierto un fuerte debate en el campo jurídico. ¿Qué es, realmente? ¿Cuál es su grado de efectividad? ¿Limita el campo profesional de los abogados? ¿Es un recurso para los jueces? ¿Implica resolver casos más económicamente para los estados?⁵¹

La mediación, considerada por algunos autores como un arte, se convierte en el siguiente método de administración y resolución de conflictos propuestos por Moore. Ésta se convierte en una negociación que incluye un actor externo llamado “mediador” quien debe poseer características esenciales como la neutralidad, la aceptabilidad de las partes en conflicto

48 María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tla-Melau, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.

49 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

50 Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013

51 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

y quien debe tener una ética modulada, según Jean François especialmente por “la valentía, la prudencia y la rectitud” (1997: 177).⁵²

Además, es preciso aclarar que éste [el mediador] no se encuentra de ninguna manera obligado a la obtención de determinado resultado.⁵³

El jurista es muy poco dado a la prospectiva, se siente incómodo, se bloquea. Este proceso entraña dificultades para ver lo nuevo y emergente. Sin embargo, los juristas somos gente experimentada en resolver conflictos. Cosa distinta es que las herramientas de que dispongamos actualmente resulten inadecuadas o insuficientes. Nuestra experiencia nos dice que el tribunal es una institución eficaz que merece respeto. Nuestra experiencia también nos avisa de que las relaciones personales son altamente complejas y que las soluciones tienden a no ser fáciles de conseguir si han de ser satisfactorias. De ahí nuestras resistencias exógenas a creer en soluciones milagrosas sean del tipo que sean. El jurista es persona precavida y prudente. Estamos legitimados para no creer en todo.

Además, puede que exista cierto conflicto de intereses, si los casos se resuelven por otras vías y de forma más económica, el abogado puede vivir esto como una pérdida presunta de ingresos.

Las resistencias no están sólo del lado de los abogados. Muchos jueces piensan que impartir justicia es repartir sentencias y este es un rol al que no quieren renunciar. Y, siendo cierto que la judicatura es capaz de resolver conflictos muy delicados en los que las partes han sido incapaces de encontrar la solución, la generalización a todas las situaciones puede ser un error. La articulación adecuada entre proceso judicial y MARC ofrece un marco mucho más apropiado para encontrar soluciones a problemáticas cada vez más diversas.

Todo ello provoca inevitablemente que se cuestione la posible colisión entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, dando la impresión de tratarse de dos vías distintas de solución de un conflicto.

Aportaciones de autores como Roxin ponen de manifiesto la existencia de un punto de unión y la complementariedad de ambos modelos, esto

52 Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013

53 Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013

es, el proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia.

En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado definir y delimitar el marco de la mediación –sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales– y de otro garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de la reparación, la responsabilización del daño y la petición de perdón –disculpas–, sin que se realice únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia. La mediación, por tanto, no viene a suplir al sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo. En último extremo sirve para acallar los sentimientos de venganza de las víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y a la convivencia social.⁵⁴

7. Otras perspectivas para la solución de conflictos penales

A) NUEVOS CONCEPTOS GLOBALES DE JUSTICIA

La idea de Justicia Restaurativa, que suprime parcialmente el rol del estado para pasarlo a la sociedad, es uno de estos supuestos. La idea de Justicia de Proximidad, que trata de acercarse al ciudadano y no quedar desmarcada del contexto social. La más moderna idea de Justicia Relacional que elabora las bases de la justicia desde una visión mucho más multidisciplinar. Estamos pues, ante nuevos paradigmas.⁵⁵

B) USO INTENSIVO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las nuevas tecnologías están cambiando los cimientos del tiempo del espacio y de la vida.⁵⁶ La resolución de los conflictos sociales está afectada por este intenso proceso. La firma electrónica de documentos, la videoconfe-

54 Rios Martín, J.C.- Pascual Rodríguez, E. y Otros: *“La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”*. Ed. Colex, 2ª ed. Madrid, 2008.

55 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

56 Castells, M. (1999) en su obra de referencia *La Era de la información*, volumen I.

rencia, las bases de datos, las *virtual courts*, etc., están propiciando tanto el cambio de los procesos judiciales para adaptarse a esta realidad comunicativa como los extrajudiciales. Plataformas como *e-negotiation*, *cybersettle*, o todo el campo del *Online Dispute Resolution* son muestras evidentes de que las nuevas tecnologías están influyendo ya de manera más o menos amplia pero irreversible, en el campo de la resolución de conflictos sea cual sea la vía elegida.⁵⁷

C) INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La globalización cambia la forma de ejercer el derecho porque el mismo debe operar sobre ámbitos geográficos muy diferentes y en contextos culturales diversos. La época actual vive la eclosión lenta pero insidiosa del derecho internacional público y privado. Al mismo tiempo, para personas alejadas en el espacio la justicia de proximidad no existe y pleitear en otro país siempre es complicado. Este proceso trabaja a favor de las formas extrajudiciales de resolución de conflictos.⁵⁸

D) TOMA DE CONSCIENCIA DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Tanto los jueces como los abogados, como otros operadores jurídicos están tomando consciencia de la nueva situación. Seguramente aún de forma minoritaria. Pero, la experiencia del grupo GEMME12 en Europa pone manifiesto esta inquietud. Al igual, que los procesos actuales de formación de abogados que se dan tanto en América como en Europa con respecto a habilidades comunicativas, negociación, solución de problemas, etc., nos hacen ver que el proceso judicial como recurso único ya empieza a no ser contemplado, excepto para casos específicos.⁵⁹

8. Cambios a operar

Todo lo descrito hasta ahora indica que, redefinido el derecho al acceso a la justicia como un derecho al acceso a los métodos apropiados de resolución del conflicto concreto, la articulación proceso judicial/medios extrajudicia-

57 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: *courts and mediation new paths for justice* European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

58 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: *courts and mediation new paths for justice* European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

59 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: *courts and mediation new paths for justice* European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

les de resolución de conflictos debería estar en el eje de cualquier política que afronte la reforma de las estructuras de la administración de justicia.⁶⁰

Esto supone afrontar determinados problemas. Supone una intensa labor de formación efectiva de todos los operadores jurídicos en conocimientos más fundados en la psicología que en el derecho. Esta formación, en todo caso beneficiaría también toda la práctica del derecho porque se trata de relaciones personales donde opera lo jurídico. Los operadores deben comprender la importancia de este aspecto.⁶¹

Supone también la generación de una cultura de desjudicialización en la ciudadanía al tiempo que la implementación efectiva de recursos adecuados para que los medios hoy extrajudiciales pasen a ser valorados por el rol que efectivamente van a tener en poco tiempo. La integración proceso/ADR debe hacerse a todos los niveles. La experiencia de los Centros de Justicia Alternativa en México puede significar una cierta referencia. A estos centros, les llegan los casos por vía de derivación judicial y por demanda social directa y podrían ocupar un rol central en el proceso de transformación.⁶²

Si la mediación y el conjunto de recursos del *conflict management* se canalizan a través de estos Centros de Justicia Alternativa dependientes del propio poder judicial, estamos produciendo una transformación de alto nivel y en línea con las tendencias de futuro.⁶³

Esto supone detener la inflación legislativa y empezar a revisar la legislación procesal para dar cabida a las distintas figuras de resolución de conflictos de forma muy diversa y permitir y potenciar recursos de resolución de conflictos del todo desconectados a la dinámica judicial. Pero, esto no será posible si no se consigue un nivel de credibilidad social alto y por tanto debe ser un proceso social muy controlado y asumido en un

60 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

61 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

62 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

63 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

tiempo prudencial. Los cambios culturales nunca han sido fáciles de llevar a buen término.⁶⁴

La investigación jurídica, psicológica, conflictológica, etc. Debe ser coordinada mediante planes nacionales multidisciplinares¹⁴ que marquen los costes, los indicadores, las referencias y la validación de este proceso de confluencia de reforma de la justicia. Nada es más económico que hacer que la justicia funcione de manera eficaz, ya que es el mecanismo que permite y garantiza que el resto de servicios de la sociedad funcionen adecuadamente. El concepto de justicia relacional debe ser desarrollado y puesto en práctica en interés de una sociedad mejor.⁶⁵

Actualmente y para un futuro más inmediato de lo que parece para los operadores jurídicos, la formación en nuevas tecnologías, los idiomas, el conocimiento de recursos de resolución de conflictos más allá del ámbito de lo jurídico entendido en el sentido más clásico, van a ser tan imprescindibles como el derecho civil o el derecho penal. En realidad, la negociación ya ocupa un lugar central en la práctica de la abogacía, se trata de ampliar esta idea, pero mucho más de lo que estamos imaginando. El futuro de la nueva justicia ya ha llegado y está llamando a nuestra puerta.⁶⁶

9. La mediación obligatoria, necesidad para resolver conflictos penales

La mediación, como medio de solución de conflictos complementario y eventualmente alternativo al proceso civil, tiene su fuente en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes por lo mismo, no están obligadas a someter sus asuntos a mediación y menos a llegar a un acuerdo en ese marco, como alternativa única de solución del conflicto.⁶⁷

64 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

65 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

66 Josep redorta la justicia del futuro publicado en: courts and mediation new paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011)

67 Eduardo Jequier Lehuedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

Sin embargo, nada parece impedir la imposición ex lege de la mediación previa para asuntos comerciales y civiles de índole patrimonial, sea de manera directa, como requisito de procesabilidad² de determinadas acciones, o por vía indirecta, al conferirle al juez la facultad de sugerir o imponer la mediación cuando lo estime conveniente. Tal imposición, como se dirá *infra*, no afecta el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sino que abre simplemente un cauce extrajudicial de solución del conflicto, que bien puede ser estimulado por el Estado mediante la fórmula obligatoria previa.⁶⁸

La fórmula obligatoria de la mediación, entonces, ha sido vista como una manera de acortar la brecha entre esta última y la vía jurisdiccional. Tal escenario, que obedece principalmente a la desconfianza o desincentivo que genera la poca información disponible entre las empresas y sus abogados y/o a la falta de capacitación de los grupos de interés (abogados, mediadores, empresarios, jueces), hunde a su vez sus raíces en un fenómeno de mayor profundidad y complejidad, como es la ausencia generalizada de políticas públicas sobre mediación, que la posicionen como un mecanismo que atañe no solo al interés de las partes en conflicto, sino también -y principalmente- al interés público.⁶⁹

Podrá decirse, con todo, que en los casos recién mencionados la obligatoriedad de la mediación se explica a partir de la naturaleza supraindividual de los intereses involucrados en los conflictos respectivos, que por involucrar el interés colectivo justifican y legitiman precisamente la intervención del Estado en un ámbito reservado en principio a la autonomía de la voluntad. A nuestro juicio, sin embargo, tal aserto -sin duda correcto como planteamiento general- no obsta a que la mediación pueda ser establecida como gestión obligatoria cuando se trata de conflictos sobre derechos e intereses disponibles para las partes, como ocurre en el ámbito empresa-

68 Eduardo Jequier Lehedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

69 Eduardo Jequier Lehedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

rial, pues con ello -y como pretendemos demostrar con este estudio- no se impide ni se entraba el libre acceso de aquellas a la tutela jurisdiccional.⁷⁰

Lo obligatorio no es mediar, sino someterse a mediación. Atendida la íntima relación que existe entre los conflictos sobre materias disponibles en derecho y la libertad que tienen las partes para optar -o no- por cauces alternativos de heterocomposición o autocomposición de los mismos, queda por determinar si la opción de imponer un procedimiento de mediación en estos casos, en forma previa o durante el juicio, afecta realmente los principios estructurales de libertad y dignidad de la persona humana, y la garantía de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.⁷¹

La mediación, en fin, no puede verse como un obstáculo burocrático que deba superarse necesariamente para acceder al proceso heterocompositivo, concebido como un espejismo del verdadero y único cauce de solución eficiente del conflicto.

Por el contrario, nos parece que el éxito de aquella radica en buena medida -aunque no la única- en la cooperación activa y leal de las partes en la búsqueda de su propia solución; elemento éste que, aunque difuso, bien puede ser incorporado por el legislador sin que por ello se confundan la obligación de someterse a mediación con la de mediar efectivamente.⁷²

Por lo anterior, incluso en aquellos países en que se ha optado por el modelo de mediación voluntaria, como España, la doctrina entiende que no resulta contrario a la voluntariedad de la mediación el hecho de que, en determinados supuestos, sobre todo cuando existan intereses dignos de especial protección, el juez pueda obligar a las partes a asistir a una sesión

70 Eduardo Jequier Lehuedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

71 Eduardo Jequier Lehuedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

72 Eduardo Jequier Lehuedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

informativa.⁷³ Cuando se acude a mediación -dice Ortuño-, por sugerencia o indicación judicial, la voluntariedad “comienza después de que el ciudadano asista a una sesión informativa en la que, por un profesional competente, se le expliquen las alternativas posibles y se le haga ver todos los efectos probables de la prosecución del litigio. A partir de entonces puede decidir libremente si prefiere quedarse o continuar, con lo que queda garantizado el principio de voluntariedad”; o como señala Sigüenza, en fin, “las partes pueden verse abocadas a intentar una mediación en virtud de una norma legal, pero ninguna disposición puede obligarles a mantenerse en ella y, mucho menos, a conseguir un acuerdo”⁷⁴

10. Conclusiones

En definitiva, y dadas las especiales características que configuran la Justicia Restaurativa, hemos de abogar por su integración y evolución dentro del sistema penal como un complemento o, incluso, como una alternativa a éste, considerando que los instrumentos restaurativos procederán únicamente cuando se den determinadas circunstancias, esto es, cuando exista un indicio fuerte de culpabilidad, delito flagrante o reconocimiento de hechos, no reincidencia o escasa y voluntad de reparar, entre otros, pero siempre valorándose cada caso concreto.⁷⁵

Bibliografía

Jorge Ordóñez* Diana Brito, “Justicia restaurativa. Un modelo para construir comunidad”, *Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali* V.4 2004 pp. 231-240

María Guadalupe Rodríguez Zamora “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad” Tlame-laua, *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Cien-*

73 Mejías Gómez, J. F. (2009): *La mediación como forma de tutela judicial efectiva* (Madrid, Grupo editorial El Derecho y Quantor, S. L.).

74 Eduardo Jequier Lehuédé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda*. *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

75 M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. *Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia*. Almería, España.

- cias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / Nueva Época, Año 9, No 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 172-187.
- Lozano Tovar, Eduardo, Política Criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz Von Liszt y su incipiente política criminológica, México, Porrúa, 2015, pp. 66-68.
- Gerson Eduardo Ayala Peñaranda. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013
- Josep Redorta la justicia del futuro publicado en: Courts and mediation. New paths for justice European Press Academic Publishing Florence (Italy, 2011).
- M^a Auxiliadora García Fernández La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. Revista Internacional Doctrina y Jurisprudencia. Almería, España.
- Soletto Muñoz, H.: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España” en ECHANO BASALDUA Y OTROS: “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”. *Cuadernos penales José María Lidón*, n° 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, pags. 83 y ss.
- Rios Martín, J.c.- Pascual Rodríguez, E. y Otros: “*La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*”. Ed. Colex, 2^a ed. Madrid, 2008.
- Josep Redorta. Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos.
- Brand, N. Learning to use de mediation process: a guide for lawyers. Arbitration journal, december 1992
- Eduardo Jequier Lehuedé, La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de lege ferenda. *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, Legal Publishing Chile, <https://www.redalyc.org/journal/197/19758439016/html/>

POLÍTICA CRIMINAL DE LA INTOLERANCIA

Jose Luis Eloy Morales Brand¹

SUMARIO. I. ¿Qué es la política criminal? II. Política Criminal de la intolerancia. Reflexión final. La suspensión del proceso a prueba y la mediación penal como métodos para resolver conflictos de violencia de género. Reflexiones del tema en Argentina y México. 1. La violencia de género desde una perspectiva jurídica. 2. La suspensión del proceso a prueba en Argentina Fallo “Góngora”. 3. La justicia alternativa en México. 4. Los acuerdos reparatorios. 5. La suspensión condicional del proceso en México. 6. Reparación de la víctima y reinserción social. ¿Se garantiza la reparación del daño a la víctima? 7. Hacia una postura a favor de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba. III. Conclusiones.

I. ¿Qué es la política criminal?

La Política Criminal es un aspecto del poder del Estado que se emplea para que un hecho antisocial sea clasificado como delictivo en las normas penales.² Ese poder institucionalizado y estructurado consensualmente, es la fuerza y decisión del estado de las cosas en materia penal.

Se traduce en el conjunto de criterios empleados por el Estado en el tratamiento de la prevención y represión de la criminalidad; es una orien-

1 Profesor Investigador y Director de la carrera de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, México.

2 Es una disciplina ubicada en la encrucijada del Derecho, la Política y la Sociología, se trata, entonces, de una ciencia jurídica, política y sociológica. POLAINO NAVARRRETE, Miguel. Derecho penal, parte general. Tomo I. España, Editorial Bosch, 2004, p. 58.

tación fáctica o práctica, pues serán todas las acciones que realiza el ente estatal para reducir la violencia callejera que se refleja en delitos.³

La Política criminal es entonces el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal.⁴ Es una realidad que tiene que ver con los conflictos violentos y el poder del Estado,⁵ ya que conjunta un grupo de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.⁶

Por lo anterior, si se quiere describir la Política Criminal de un Estado, debemos acudir al conjunto de decisiones que han sido tomadas para encontrar los verdaderos objetivos.⁷

Este conjunto de decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales acerca del uso de los instrumentos de coerción penal; por ello, podemos encontrar modelos autoritarios, donde libertad e igualdad están

- 3 Las características y funciones de la relación Derecho Penal-Política Criminal, han sido evolucionando desde un inicio separativo hasta una correlación funcional, donde se observa el cruce de la dogmática, los valores y la realidad. Así, para Liszt, la Política Criminal incluía los métodos adecuados, en sentido social, para luchar contra el delito –misión social-, mientras que al Derecho Penal, le correspondía la función de asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado. En cambio, Welzel estimaba que el Derecho Penal daba la base para una Administración de Justicia uniforme y justa, puesto que el conocimiento de las relaciones internas del Derecho, elevaba su aplicación por encima de la arbitrariedad. Por otro lado, Jescheck precisó que las características generales del concepto del delito, que se resumen en la teoría, posibilitaban una jurisprudencia racional y uniforme, y ayudaban en forma esencial a garantizar la seguridad jurídica. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Argentina, Editorial Hammurabi, 2002, pp. 32 y 35.
- 4 La realidad y conflictos a los que se dirige la Política Criminal, finalmente ayudan a configurar el contenido del Derecho Penal. Por ejemplo, al momento en que una autoridad valora si una persona fue atacada sin derecho, y tenía la autorización para defenderse o, en cambio, tenía opción de evitar la confrontación, lo que está haciendo es aplicar las soluciones normativas más flexibles y justas para resolver el conflicto. Roxin, Claus. *Política...* Op. Cit. pp. 43 y 44.
- 5 Binder, Alberto. *Política criminal, de la formulación a la praxis*. Argentina; Editorial Ad Hoc, 1997, p. 29.
- 6 Cuerpo social hace alusión a cualquier tipo de reacción frente al fenómeno criminal por parte de cualquier individuo de la sociedad, tolerada o reconocida por el Estado. Idem, pp. 33 y 34.
- 7 Coppola, Patricia. “Política criminal y discriminación hacia las mujeres”, *Revista Jurídica*, México, número 29, septiembre de 2006, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, p. 107.

debajo de la autoridad; modelos liberales, donde supuestamente está privilegiada la libertad, por encima de la igualdad y la autoridad; o modelos igualitarios, donde se pretende resaltar la igualdad y dignidad humana en los criterios de valoración criminal;⁸ siguiendo a BINDER:

“... la Política Criminal... ha ido adoptando diferentes modelos a lo largo de la historia, según a la diferente importancia que se le ha concedido a... la idea de libertad, la idea de igualdad y la idea de autoridad... -en- el modelo autoritario, su característica fundamental consiste en que subordinan completamente los principios de libertad e igualdad a principio de autoridad: por lo tanto, el alcance de la Política Criminal, prácticamente, no tiene límites... Hoy en día muchos se preguntan si, tras formas aparentemente democráticas, no se estará filtrando el viejo modelo, revestido de nuevos conceptos y nuevas palabras... Como contraposición a los modelos autoritarios, encontramos lo que se ha llamado el modelo liberal de Política Criminal. Éste se basa en la idea de que todo ejercicio de este tipo de política tiene necesariamente límites absolutos... esta autolimitación se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir, en la idea de que el ejercicio de la Política Criminal debe ser racional y limitado... -y- en general el status de la dignidad humana plasmado en los derechos fundamentales, actúa como un límite substancial... Existe un tercer modelo que se preocupa particularmente por el hecho de que, a veces, la Justicia funciona para algunos individuos de la sociedad y no para todos. Su objetivo primordial es establecer un sistema igualitario donde la Política Criminal conceda un trato similar a todos los ciudadanos que se encuentren en idénticas condiciones. Esta crítica... -es el- modelo igualitario... El hecho de que en un momento dado de la historia un modelo concreto merezca ser calificado según alguna de estas posturas, sólo se debe al mayor o menor influjo... de una u otra corriente ideológica. Pero no hay que olvidar que... la Política Criminal es el resultado de muchos factores individuales y colectivos, en sentido amplio, factores políticos, económicos y culturales...”⁹

En este sentido, si el Derecho Penal tiene como base una determinada Política Criminal, cada segmento o fase de su aplicación debe ser coheren-

8 Idem. La lucha política ideológica busca instalar en el poder un programa político que establezca a la sociedad con una determinada orientación. Binder, Alberto. *Política...* Op. Cit. p. 51.

9 Binder, Alberto. *Política...* Op. Cit. pp. 35, 36 y 37.

te con esa política. La Política Criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos.¹⁰ Y en la actualidad la Política Criminal más adecuada es aquella que, al ponerse en práctica, asegura el reconocimiento y la protección de la dignidad humana.

II. Política Criminal de la intolerancia

La Política Criminal actual en México, muestra que se encuentra roto el puente de comunicación entre el sector normativo y operativo, en lo que se refiere a un sistema protector de derechos humanos, mientras que en cuestión práctica u operativa, se observa como enemigos a todas las personas, y que sólo encuentra a la reacción penal sin tolerancia, como la única respuesta adecuada para acabar con el desorden o caos social.¹¹

Retomando el pensamiento de HASSEMER,¹² en México se siguen las siguientes líneas de acción respecto de la respuesta al delito:

1. Un desmesurado interés por combatir con celeridad y urgencia los problemas difundidos por los medios de comunicación;
2. Tendencia expansiva del derecho penal, al crear cantidad de delitos de peligro abstracto, por conductas que no causen afectación concreta; es decir, donde existen bienes jurídicos universales y vagos, imprecisos, que justifican cualquier intervención penal;
3. Se busca acortar, abaratar y desformalizar el proceso penal, y eliminar todos los obstáculos que puedan perturbarlo; estos obstáculos son los derechos fundamentales y garantías de todos los involucrados en el conflicto penal; y, sobre todo
4. Dar marcha atrás a todo lo que signifique ayuda, favorecimiento o facilidades a la situación de todos los involucrados en el conflicto penal.

10 Idem, p. 27.

11 El primer ataque contra los principios liberales vino de la mano del campo científico denominado positivismo naturalista, que contribuyó a quebrantar y demoler las garantías de la persona. Rivera Beiras, Iñaki. Rivera Beiras, Iñaki. *Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas*; España; Anthropos Editorial; 2005, p. 108.

12 Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Colombia, Editorial Temis, 1999, pp. 9 y 10.

Estas son las características de un Sistema de Justicia Penal Autoritario excesivo, puesto que, como lo afirma MUÑOZ CONDE,¹³ no hay un derecho penal que no sea autoritario, ya que es el más duro y lesivo de los medios de control social formalizados que existen; pero el nuevo modelo que se está aplicando en México (y en el mundo) es un sistema penal más autoritario de lo normal, que se olvida de los derechos humanos fundamentales y garantías reconocidas como límite del poder punitivo del Estado.

Esta mayor dureza del Sistema de Justicia Penal, se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad:

“... la política criminal moderna se caracteriza por estas tendencias: desde hace y algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos de atenuar las penas, sino de crear unos nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a ellos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que la opinión pública considera más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática.”¹⁴

Esto es lo que se ha denominado Derecho Penal del Enemigo, que se caracteriza por tres elementos:¹⁵

1. Amplio adelantamiento de la punibilidad; es decir, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es hacia un hecho futuro, en lugar de dirigirse al hecho cometido;
2. Las penas son desproporcionadamente altas; y

13 Muñoz Conde, Francisco. “*El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo*”. En *Mutaciones de Leviatán, legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pp. 167 y 168.

14 Hassemer, Winfried. *Persona...* Op. Cit p. 44.

15 Cancio Melia, Manuel. “*De nuevo ¿derecho penal del enemigo?*”, en *Derecho penal del enemigo*. España, Thomson Civitas, 2006, p. 112. Günther, Jakobs, y Polaino Navarrete, Miguel. *El derecho penal ante las sociedades modernas*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 84. Polaino-Orts, Miguel y otros. *El pensamiento filosófico y jurídico-penal* de Günther Jakobs. México, Flores Editor y Distribuidor, 2007, pp. 416 y 417.

3. Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal de Enemigos es una especie de Derecho “de policía”, que somete bajo sospecha al ciudadano considerado como un posible creador de peligros no permitidos esto es, como un potencial enemigo, lo cual lleva consigo la tipificación de conductas creadoras de peligro.¹⁶

Lo anterior implica que el Sistema de Justicia Penal tiene dos tendencias en sus reglas: la primera se refiere al trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad; y la segunda, es el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad.¹⁷

Es decir, en la actualidad, para algunos Estados, hay dos clases de seres humanos: personas y no personas, ciudadanos y enemigos. Al ciudadano se le garantizan sus derechos, mientras que al enemigo, al ser una “no persona”, no tiene derechos:

“... el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico...”¹⁸

Y ¿cómo saber quién es persona y quién enemigo?; a final de cuentas quien tiene el poder decidirá a quien etiquetar o construirle esa realidad de enemigo para aplicarle una represión sin límites.

Siguiendo a JAKOBS, quien explica los fundamentos de legitimación del Derecho Penal del Enemigo, el autor de un hecho delictivo no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciu-

16 Günther, Jakobs, y Polaino Navarrete, Miguel. *El derecho penal...* Op. Cit. p. 81.

17 Jakobs, Günther. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*. España, Thomson Civitas, 2006, p. 43.

18 Idem, p. 47.

dadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad.¹⁹

Todo el derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor,²⁰ en consecuencia, el ser humano es definido como sujeto en la misma forma en que ha nacido, esto es, como un sistema psico-físico que tiene la piel como límite, y sólo se puede obtener por regla general, informaciones sobre los datos internos de este sistema a partir del sujeto mismo o con su colaboración. Tampoco se puede reducir aún más este sistema de un modo sensible, pues entonces resulta destruido.²¹

Esa esfera interna es parte del ciudadano como sujeto, pero cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe. Si los seres humanos produjeran y desplazaran consigo su morada al modo de la concha del caracol, sería perceptible por los sentidos que la morada pertenece a lo interno de la misma forma que el cuerpo.²²

Ahora bien, el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.²³ Con el lenguaje del derecho penal del enemigo, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, pero la interrogante será a quiénes se considera como enemigos.²⁴

La existencia de un derecho penal de enemigos no es signo de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe.²⁵ Ciertamente son posibles situaciones en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada, pero esto sólo puede legitimar un derecho penal de emergencia excepcio-

19 Jakobs, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Argentina. Editorial Ad Hoc, Argentina, 1996, p. 185.

20 Idem, p. 186.

21 Idem.

22 Idem, p. 188.

23 Idem, p. 190.

24 Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. España. Editorial Civitas, 2004, p. 44, también en Cancio Melia, Manuel. "De nuevo...", Op. Cit. p. 120.

25 Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Argentina; Editores del Puerto; 2005, p. 500.

nal, cuyos preceptos tienen que ser separados estrictamente del derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en ese derecho penal de ciudadanos.²⁶

Si bien en la sociedad existen enemigos, y no hay certeza de que se comporten como personas frente al otro, por lo que no puede dejarse a un lado esta problemática, también lo es que no puede ser solucionada sólo a base de medidas policiales,²⁷ pues en este caso ya no se trata tan sólo del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno que sean aceptables, mediante la neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima de comportamiento como personas.²⁸

Para JAKOBS,²⁹ quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, puesto que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas:

*“Quien por principio se conduce de modo desviado, no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad... -donde-... el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.”*³⁰

JAKOBS³¹ nos dice que el enemigo, frente al ciudadano que delinque ocasionalmente, se caracteriza por haber abandonado de forma duradera

26 Jakobs, Günther. *Fundamentos...*, Op. Cit. p. 238. El problema es, como lo dijo Sergio Moccia, que en los estados autoritarios existe una cultura de “perene emergencia”, que siempre ha justificado la represión en una supuesta excepción que luego va a caracterizar a todo su funcionamiento. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias...* Op. Cit. p. 500.

27 Jakobs, Günther. *Dogmática...*, Op. Cit. p. 45.

28 Idem, p. 46.

29 Jakobs, Günther, y Polaino Navarrete, Miguel. El derecho penal... Op. Cit. p. 83, Jakobs, Günther. “Derecho...”, Op. Cit. p. 47.

30 Jakobs, Günther. “Derecho...”, pp. 45 y 55.

31 Citado por Faraldo Cabana, Patricia y Muñagorri Laguia, Ignacio. “El nuevo autoritarismo político criminal en España”, en *Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Primera Edición, Anthropos Editorial, España, 2005, p. 404.

y permanente el Derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos), sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada), o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica).

Es decir, no hay una regla clara y objetiva para saber quienes pueden ser considerados enemigos: el enemigo es simplemente un individuo especialmente peligroso,³² lo que provoca reacciones estatales en contra de derechos y garantías de las personas, con el pretexto de combatir la inseguridad y la criminalidad, lo cual es discutible, pues si todo se le permite al Estado, no tendrá ningún límite contra la sociedad, y si bien nada justifica los delitos que cometa una persona en forma consciente y plena, pero esas conductas delictivas, en un Estado Constitucional de Derecho, no pueden servir de pretexto o legitimación para prácticas o ejercicios de violencia desproporcionada.

En síntesis, la función del derecho penal de enemigos es el aseguramiento mediante la eliminación de un peligro, mientras el derecho penal de ciudadanos, es la contradicción a la contradicción de la norma. El derecho penal de enemigos entraña, frente al derecho penal de ciudadanos, un endurecimiento de las medidas penales de manera acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca frente a la sociedad cuyo ordenamiento no reconoce.³³

Por otro lado, en los Sistemas de Justicia Penal analizados, además de la tendencia del derecho penal de enemigos, aparece la Criminología de la Intolerancia, que es el modelo de intolerancia forjada por una política intensiva que se ocupa principalmente de las personas marginalizadas y de infracciones menores, en paralelo con la intolerancia del sistema penitenciario que aumenta día a día su población.³⁴

Estos modelos políticos criminales surgen principalmente en los Estados Unidos, pues se consideró que los índices delictivos habían subido ya que bajaron las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo, de ser severamente castigado. De ahí que se consideró que las condiciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y

32 Cancio Melia, Manuel. "De nuevo...", Op. Cit. p. 118.

33 Jakobs, Günther, y Polaino Navarrete, Miguel. *El derecho penal...* Op. Cit. pp. 83 y 84.

34 Zysman Quiros, Diego. "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona", en *Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas*, España, Anthropos Editorial, 2005, p. 265.

que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, incapacitadotas, y en algunos casos la propia muerte.³⁵

El sustento de esta Criminología de la Intolerancia es, como en toda regresión, el modelo Positivista o Neoclásico,³⁶ y como muestra basta analizar las ideas de Ernest VAN DEN HAAG, quien afirmó que había tres clases de personas: los malos, los inocentes y los calculadores. Lo único que se podía hacer con los malos, era separarlos de los otros para que no les hicieran daño; a los inocentes habría que protegerlos, y para la gran mayoría de sujetos que piensan de acuerdo a la lógica de costo-beneficio debería haber una serie de leyes que los convencieran de la inconveniencia de delinquir.³⁷

Las políticas criminales surgidas por esta criminología son la “ley y el orden” (law and order), leyes del tercer golpe (three strikes), las políticas de ventanas rotas (broken windows) y cero tolerancia (zero tolerance).

Las leyes de los tres golpes se basan en este slogan: “al tercer golpe estás fuera”. Son leyes que pretenden asegurar que los delincuentes habituales o persistentes reciban la sentencia más alta que pueda imponerse, con independencia de la pena de muerte; es decir, prisión de por vida, sin posibilidad de reducción o libertad condicional.³⁸ Las campañas de ley y orden se caracterizan por su rigor punitivo y la inflexibilidad, además de utilizar la retórica de la guerra contra el delito, mediante la cual los seres humanos deben ser disciplinados por reglas restrictivas, y deben ser severamente castigados si las quebrantan o no respetan a la autoridad.³⁹

Las políticas de ventanas rotas se basaban en que no había que permitir incivildades, disturbios y pequeños delitos en una comunidad, pues ello provocaría que se volviera temerosa, fragmentada y desmoralizada.⁴⁰ Con esta política se justificaba detener a los sospechosos de siempre antes de que realizaran hechos graves, ya que los pequeños desordenes desatendidos serían el inicio de problemas mucho más serios de convivencia: si una

35 Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias...* Op. Cit. p. 487.

36 Muchas veces pensamientos científicos que parecen abandonados, resurgen de la mano de necesidades políticas o ideológicas, como lo afirmó Radzinowicz. Idem, p. 493.

37 Idem, p. 487.

38 Zysman Quiros, Diego. “La crisis...” Op. Cit. p. 269.

39 Idem, p. 272.

40 Idem, p. 273.

ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto porque una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, y por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno. Un edificio con todas sus ventanazas rotas traduce la idea de que a nadie le importa lo que pasa en las calles, y pronto esos edificios serán dañados. Ello tendrá efectos negativos pues “sólo los jóvenes, los criminales, o los temerarios tienen algún negocio en una avenida sin protección, y por lo tanto más y más ciudadanos abandonarán la calle”.⁴¹

Gracias a esta política de “ventanas rotas” surge la “cero tolerancia”, que implica no tolerar ningún delito o desviación, emplear medidas preventivas y punitivas drásticas, e indirectamente, censurar y excluir aquellos que no aceptaron someterse a las políticas de la autoridad.⁴²

El ejemplo más latente de esta tolerancia cero, fueron las políticas de Rudolph GIULLIANI como alcalde de Nueva York. Al año de haber asumido el cargo mostraría números que daban cuenta que la “guerra” se estaba ganando, pues a los que pedían limosnas o lavaban parabrisas se les arrestaba en vez de multarlos; las detenciones se triplicaron, el número de policías aumentó en un 20%, y los delitos denunciados bajaron en un 30%. Pero también, las demandas por abusos policiales se duplicaron, el número de muertos por balas de policías aumentó en un 35%, y un 53% de los fallecidos murieron mientras estaban en custodia policial.⁴³ Lo paradójico fue que tres de cada cuatro neoyorquinos se declaraban más seguro, y esos eran los resultados buscados por la tolerancia cero.

Lo que realmente buscan las políticas de tolerancia cero es justificar una nueva criminalización de la marginalidad o pobreza, que a su vez se gestaba en las decisiones macroeconómicas que son consustanciales a este modelo punitivo.⁴⁴ Gracias al discurso del miedo, se justificará investigar el comportamiento de los otros, para controlarlos y eliminarlos.⁴⁵

En virtud de que este sistema autoritario del enemigo y la intolerancia, se basa en la “guerra frontal” contra la “no persona” y la “lucha” contra la inseguridad, en el Sistema de Justicia Penal Mexicano se ha recurrido a la

41 ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias...* Op. Cit. p. 489.

42 Zysman Quiros, Diego. “La crisis...” Op. Cit. p. 274.

43 Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias...* Op. Cit. p. 490.

44 Idem, p. 491.

45 Idem.

milicia para tratar de contrarrestar el problema de criminalidad, y dar una sensación de seguridad a la sociedad.

El poder ejecutivo comienza a realizar funciones de policía a través del ejército, bloqueando vías y medios de comunicación, deteniendo a civiles por sospecha, e invadiendo la intimidad y privacidad de las personas con el pretexto de la inseguridad.

Lo discutible es que los artículos 21 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no permite que el Ejército se inmiscuya en funciones de seguridad pública, tan es así que el propio numeral 21 en comento, en su redacción a partir del 18 de junio de 2008, claramente establece que el sistema de seguridad pública será de carácter civil; es decir, sólo estará a cargo de las policías y el Ministerio Público, los cuales deben tener contacto directo con la ciudadanía y su entorno, para efectos de realizar acciones adecuadas para la disminución de la violencia y atenuación de delitos, siempre respetando los derechos fundamentales de las personas.

A pesar de lo anterior, como ocurre regularmente en nuestro sistema jurídico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el hecho de que la Ley que establece las bases del Sistema Nacional de Seguridad Pública, incluya a las fuerzas armadas y marinas, no violentan la constitución, pues las leyes ordinarias pueden regular eso en aras de la seguridad de la comunidad. Como lo afirma Augusto Sanchez Sandoval,⁴⁶ la Corte sigue convalidando las violaciones de los derechos humanos, a pesar de no tener base constitucional o internacional, en vez de emitir criterios que ayuden a construir políticas económicas y sociales que permitan un desarrollo adecuado de la comunidad, pues la criminalidad no es propia de zonas pobres o ricas, sino de aquellos lugares en donde hay disparidad entre la pobreza y riqueza extremas. Estas políticas del combate al enemigo, sin tolerancia o consideraciones, y a través del Estado Policía y el Estado Militarizado, se fortalecieron en México a partir del año 2007.

Es decir, un modelo de Sistema de Justicia Penal Autoritario, cuando hay algún conflicto o hecho dañoso, quien tienen el poder de autoridad no investiga qué o quién lo ha provocado; no le importa los motivos de por qué se realizó, sino, de entrada, simplemente buscan quien la pague. Se empieza por afectar a la persona, disminuirle sus derechos y violarle sus pre-

46 Sanchez Sandoval, Augusto. "La política criminal postmoderna en México: el control social militar", en Revista *Criminogénesis*, México, Año 1, Número 0, febrero, 2007, pp. 226 y 227.

rrogativas, y después de eso se procede a investigar y tramitar un procedimiento que convalide la afectación.

Por lógica, debería ser en sentido contrario; es decir, primero investigar, iniciar un procedimiento, escuchar a quien puede ser afectado, darle oportunidad de contradecir y defenderse, y finalmente, decidir si es posible afectar o no alguno de sus derechos.

Pero esto no ocurre puesto que en un modelo autoritario es más fácil intimidar y presionar a la persona para que ceda sus derechos, negocie tratos que no le favorezcan, se desista de acciones legales en contra de otras personas o autoridades, y simplemente no ejerza sus facultades, para que siga sometido, pisoteado y denigrado.

De ahí que sea más fácil detener a una persona y privarle de su libertad, de sus propiedades, de su libertad de trabajo, de sus ingresos, de sus derechos familiares, de su dignidad. Porque así, intimidado, amenazado, temeroso, será más fácil que se doble, que desista, que se someta, que se calle, que deje de pedir ser tratado como humano.

En otros modelos, cuando la autoridad se enfrenta a un conflicto, si bien influye el impacto mediático social del hecho, busca encontrar la causa del hecho para controlarla, conocer sus motivos para comprenderla, y finalmente investiga el caso y al autor para verificar si es posible afectar sus derechos; para ello inicia un procedimiento donde la persona pueda defenderse y se legitime la intervención del Estado. En caso de que el Estado haya realizado un acto indebido, las propias autoridades protectoras de los derechos de la persona buscan reparar el daño (basta analizar causas de los tribunales de amparo españoles, donde el Ministerio Público en múltiples ocasiones emite alegatos a favor del ciudadano afectado, aún en contra del propio Estado que le paga el sueldo, como en los casos López Ostra y Moreno Gómez).

En los modelos autoritarios los derechos humanos son para los que tienen el poder de autoridad, y todos los demás son enemigos a los que hay que tratar en forma vejatoria, violentando de entrada sus derechos, para después averiguar si era válida la afectación. Y en caso de que no fuera válida, seguir intimidando para evitar denuncias y responsabilidades posteriores.

III. Conclusiones

En México la nota característica es la violación de los derechos humanos de los involucrados en todos los sectores normativos y operativos de los

sistemas; y cuando hablo de involucrados no solo me refiero a imputados o acusados, sino también a víctimas y demás personas relacionadas en la prevención e investigación del delito.

Pero lo más sorprendente de esto, no es la forma política en que se actúa para la supuesta disminución de la criminalidad (pues a estas alturas del Estado Moderno, muchos se dan cuenta que el discurso político es sólo eso, discurso, y nada de acción efectiva); lo más sorprendente es que la sociedad permita que, con ese pretexto, el Estado siga incrementando sus acciones represivas, que afectan a todos los ciudadanos, y no sólo al estigmatizado como delincuente. Para tratar de explicar esta situación, Hassemer refiere que.⁴⁷ “... *la experiencia general de miedo al peligro y de desestabilización de las normas sólo la tiene la policía de una forma indirecta: a través de nuestra propia reacción ante esa experiencia. Esta reacción consiste, exagerando un poco, en un aumento extremo de la necesidad de control y en la asunción de la posibilidad de controlar nuestros problemas a través de la utilización de la coacción estatal. Esta necesidad y esta asunción encuentran, en buena parte, su referente final en la policía. Por ello, nuestras esperanzas de ayuda van dirigidas a ella... Los ciudadanos tienen cada vez menos interés en que el Estado guarde sus armas y sus conocimientos específicos para defender su libertad. Antes bien, los ciudadanos apuestan cada vez más por la fuerza estatal a la hora de luchar contra los peligros de la vida y el resquebrajamiento de la norma. Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad.*”⁴⁸

De ahí la reformulación de la concepción o contenido de los derechos fundamentales, pues al crecer la necesidad de un “derecho a la seguridad”, cuanto más crezca ese nuevo derecho, el ejercicio de la libertad individual

47 Hassemer, Winfried. *Persona...* Op. Cit. pp. 151, 153 y 154.

48 En un sentido similar se pronuncia Michel FOUCAULT, pues afirma que el Estado necesita a la delincuencia, incluso la provoca al ejercer el poder y genera desigualdades, ya que la delincuencia es lo que da sustento al aparato policiaco y coercitivo, para garantizar la “paz social”. Entonces, es el miedo a los criminales lo que hace tolerable la existencia de la policía y las acciones del sistema. La subsistencia del sistema coercitivo policiaco militar, queda justificada por el sólo hecho de que hay criminales, locos y revolucionarios que atentan contra la seguridad y estabilidad de la sociedad y su Estado. En *Vigilar y castigar*. México; Siglo Veintiuno Editores; 2000, Op. Cit. p. 96. En la película *V for Vendetta* (2005), del director James Mc Teigue, el ministro Adam Sutler (John Hurt), ante una posible revuelta en contra del gobierno, ordena que se provoque caos en la ciudad de Londres, de tal manera que los ciudadanos se sientan inseguros y recuerden cuánto necesitan de su gobierno.

será recortada a favor de la seguridad.⁴⁹ Por ello los tan frecuentes discursos del esquema “cero tolerancia”, que implica, más que el respeto y cumplimiento total de la ley, no debilitar la intervención policíaca y punitiva del Estado, y eliminar los límites a ese ejercicio del poder.

Y se sostiene que es un esquema que busca eliminar los límites al poder e incrementarlo sobre las personas, ya que ¿será válido distinguir entre enemigos y personas, como sujetos con distintos derechos y garantías en un Estado Constitucional de Derecho?; ¿los derechos y sus mecanismos de protección existen para unos, pero no para otros, en un Estado Constitucional de Derecho?; ¿esto sería un Estado Constitucional de Derecho, o más bien Derecho de Estado, sometido a los intereses que en turno controlan el poder?

El problema de este modelo autoritario o de enemigos es que está creado para latitudes en las cuales, por lo menos, existe mayor conciencia humana, cultura y capacitación en la investigación de delitos, sin que esta reflexión implique que se justifica para esas latitudes. Aterrizado a México, en donde las autoridades buscan siempre la respuesta rápida y fácil para resolver un conflicto, o más bien tranquilizar a una sociedad con una aparente respuesta de solución del conflicto, corre el riesgo de generalizarse, como de hecho está ocurriendo, y convertirse en regla de actuación de todos los operadores del sistema preventivo y penal, provocando un proceso de fascismo social de las masas, más propio de dictaduras que de democracias que respetan el marco básico de los derechos fundamentales,⁵⁰ y se antepone el valor “seguridad” a cualquier otro valor, utilizándolo como pretexto para no hacer los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de inseguridad.⁵¹ El propio Jakobs lo reconoce cuando afirma que las perspectivas del derecho penal de ciudadano y derecho penal del enemigo, tienen en determinados ámbitos su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.⁵²

En síntesis, en México se empieza por afectar a la persona, disminuirle sus derechos y violarle sus prerrogativas, y después de eso se procede a investigar y tramitar un procedimiento que convalide la afectación. Por

49 Hassemer, Winfried. *Persona...* Op. Cit. p. 154.

50 Muñoz Conde, Francisco. “El nuevo...”, Op. Cit. p. 169.

51 Idem.

52 Jakobs, Günther. “Derecho...”, Op. Cit. p. 47.

lógica, debería ser en sentido contrario; es decir, primero investigar, iniciar un procedimiento, escuchar a quien puede ser afectado, darle oportunidad de contradecir y defenderse, y finalmente, decidir si es posible afectar o no alguno de sus derechos.

Pero esto no ocurre en México, ¿por qué?, pues es más fácil intimidar y presionar a la persona para que ceda sus derechos, negocie tratos que no le favorezcan, se desista de acciones legales en contra de otras personas o autoridades, y simplemente no ejerza sus facultades, para que siga sometido, pisoteado y denigrado. En México, los derechos humanos son para los que tienen el poder de autoridad, y todos los demás son enemigos a los que hay que tratar en forma vejatoria, violentando de entrada sus derechos, para después averiguar si era válida la afectación. Y si no era válida, seguir intimidando para evitar denuncias y responsabilidades posteriores.

LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA Y LA MEDIACION PENAL COMO MÉTODOS PARA RESOLVER CONFLICTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. REFLEXIONES DEL TEMA EN ARGENTINA Y MÉXICO

Paola de la Rosa Rodríguez¹ / Agustín Alejandro Lobo²

SUMARIO. I.- La violencia de género desde una perspectiva jurídica. II.- La suspensión del proceso a prueba en Argentina Fallo “Góngora”. III. La justicia alternativa en México. IV. Los acuerdos reparatorios. V. La suspensión condicional del proceso en México. VI. Reparación de la víctima y reinserción social. VII. Hacia una postura a favor de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El objetivo del presente artículo tiene como finalidad analizar si en aquellos casos en los que medie violencia de género contra las mujeres, es via-

1 Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, México. Maestra en Derecho por Sothwestern University School of Law, Estados Unidos de Norteamérica; Maestra en Derecho Internacional por el ITESM. Coordinadora de la Especialidad en Derecho Penal. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, México.

2 Abogado por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Especialista en Derecho Procesal Penal por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Miembro activo de la Comisión de Jóvenes Procesalistas delegación CABA. Socio de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

ble la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos tales como lo son la suspensión del proceso a prueba y la mediación penal, desde la perspectiva argentina y la mexicana.

Para desarrollar íntegramente el tema, primero debemos tener una definición formada de lo que es la violencia de género, pero vista desde una perspectiva jurídica. Una vez que logramos entender desde esa lógica a qué nos enfrentamos cuando nos referimos a la violencia de género, entonces podremos afirmar, o no, si es viable que ante los delitos en los que media este tipo de violencia, se puedan aplicar los métodos alternativos de resolución de conflictos que hemos mencionado en el párrafo anterior.

Es necesario entonces, además estudiar los marcos normativos que en ambos países regulan estos tipos de formas, como así también las peculiaridades que de cada uno de estos métodos, con el fin de entender si, tal cual lo dice su nombre, son una forma eficiente para resolver los conflictos, o en su defecto, se debe de obviar estos métodos y realizar los procesos judiciales con todas sus formas, sus tiempos y produciendo las pruebas correspondientes.

I. La violencia de género desde una perspectiva jurídica

Es claro que el problema de la violencia de género, es una cuestión que nos preocupa desde tiempos inmemorables. Sin embargo, desde años atrás, con las luchas feministas que grandes cambios produjeron, lograron que este tipo de violencia se pueda visibilizar como corresponde en este tipo de situaciones donde en la mayoría de los casos las víctimas no se animaban a denunciar, y que por ende, quedaban en el olvido, como una especie de tabú del cual la víctima jamás se podría librar.

Que estos delitos se hayan logrado demostrar de la manera que la emergencia lo requiere, hizo necesario que no solamente se adopten nuevas medidas que permitan el correcto tratamiento, sino que ha puesto en la obligación al legislador de encontrar una definición correcta para el término “*violencia de género*”, y fue eso lo que en función del compromiso, ha realizado. En base a lo expuesto, podemos ver como se ha procurado en primer lugar una definición del término “*violencia*”, y que se puede encontrar en el artículo 78 del Código Penal argentino, el que expresa “*uso de medios hipnóticos o narcóticos*”.

Ahora bien, si intentamos encontrar cuál es la definición de género para nuestro derecho, veremos que no es una tarea sencilla, más aún cuando en el Código de Fondo, no se hace mención, mucho menos se intenta definir que es el “*género*”. En miras a la ausencia de un concepto jurídico es que

debemos adentrarnos en la vasta -y muy enriquecedora- doctrina, que se ha gestado alrededor de esta concepción. Con relación a lo expresado, la filósofa americana Judith Butler ha acertado en la definición al considerar que el género es “*el conjunto de los medios discursivos/culturales por los cuales la ‘naturaleza sexuada’, o un ‘sexo natural’ es producido y establecido en un campo prediscursivo, que precede a la cultura, como una superficie políticamente neutra sobre la cual interviene posteriormente la cultura*”.³

Es fácil comprender que, si no existe en la normativa vigente una definición de “género”, es claro que no encontraremos una conceptualización de lo que es la “*violencia de género*”. Sin embargo, y entendiendo ambas definiciones, podemos sacar nuestra propia conclusión que es todo tipo de violencia basada en una relación desigual de poder, que como bien podemos analizar históricamente, siempre se ha manifestado con la diferencia de poder que prevalecía entre los varones y las mujeres, arraigado en las sociedades patriarcales donde es el género femenino el “*blanco fácil*” de este tipo de violencia, siempre en función de los roles de subordinación que se les atribuía.

Tomando como base lo expuesto en el párrafo anterior, no nos debería de sorprender que con la desconstrucción de la sociedad, y el empoderamiento de nuestras mujeres, los Estados se vean en el compromiso -o mejor dicho en la obligación- de legislar y prestar mayor atención a la problemática que generan este tipo de casos. Es así que en Argentina, en el año 2009 se sancionó la ley número 26.485, de “*Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*”. En dicho marco normativo, podemos notar este compromiso del Estado en tomar “*cartas en el asunto*”, ya que en el art. 4º de la presente ley se puede encontrar una definición de lo que es “*violencia contra las mujeres*”, un concepto muy cercano al ya mencionado “*violencia de género*”. La letra de la norma expresa en textuales palabras:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”

3 Milisenda, N. & Villareal, M. “Cuando el género cruza la pobreza en el hogar y en la calle”, 2012, Derecho y Pobreza. p. 349.

Es clara la definición, pero más claro es el objeto de la definición, que hace al mismo tiempo del objeto de la norma. Entonces, teniendo un concepto de lo que significa ejercer la violencia contra las mujeres, o en su defecto violencia de género, podemos abordar si frente a este tipo de conductas, o delitos, pueden prosperar como una forma de extinción de la acción penal, los métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como lo son la mediación penal, así como la suspensión del proceso a prueba, o como se conoce generalmente, “*probation*”.

II. La suspensión del proceso a prueba en Argentina

Fallo “Góngora”

Al hablar de la suspensión del proceso a prueba, debemos entenderlo más allá de un método alternativo de resolución de conflictos; ya que por lo menos para el derecho argentino, está enumerada dentro del artículo 59 del Código Penal el cual menciona las causales mediante las cuales se extingue la acción penal, lo que produce nada más y nada menos que el proceso penal no finalice.

Pero, *¿a qué nos referimos cuando hablamos de suspensión del proceso a prueba?*, a una salida alternativa al proceso penal, a través del cual, se prescinde del juicio oral, y se somete al imputado a una serie de reglas de conductas, las cuales deberá cumplir dentro de un plazo establecido de tiempo, que una vez concluido y habiendo logrado el objetivo, permitirá que se extinga la acción penal, y resulte sobreseído del caso.

Desmembrando este concepto acertado de lo que significa esta forma alternativa de resolver un conflicto penal, es nuestra obligación y la de los justiciables, conocer cuál es el objeto al cual apunta este instituto.

En esta línea de ideas, debemos entender que el objetivo va más allá de extinguir la acción, sino que si nos posicionamos dentro del marco normativo -art. 76 a 76 quater del ordenamiento citado-, la suspensión del proceso a prueba tiene un fin reparador, siendo uno de los requisitos para que la misma “prosperes”, el ofrecimiento por parte del imputado de una suma de dinero simbólica, que se entregará a la víctima, en concepto de reparación del daño que el delito que se cometió, haya provocado.

En todos los casos, además de exigirse por parte del imputado esta actitud reparatoria, la ley presenta como requisito que quien se someta a la suspensión del proceso a prueba carezca de antecedentes penales registrados en su contra, como así también que en un plazo no menor a ocho años, no haya sido beneficiado con la aplicación de este instituto.

Antes de continuar con el abordaje del tema, debemos hacernos una pregunta fundamental, que será la que de sustento a la presente investigación, y que es, ¿se puede aplicar la suspensión del proceso a prueba para todos los delitos?, la respuesta es que no. El Código Penal argentino es claro cuando hace referencia a “*delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años*”.⁴

Como podemos observar, la única forma mediante la cual prospera la aplicación de este método alternativo de resolución de conflictos es cuando los delitos no son considerados graves, o en su defecto, el monto máximo de la pena en expectativa permita que la misma, en caso de recaer una sentencia condenatoria, habilite a que la misma sea dejada en suspenso. Es en este punto, donde nos vemos en la obligación de realizar un profundo análisis en relación a los delitos que son considerados leves, pero en los mismos media violencia de género.

En cuanto a este tipo de delitos, existe a nuestro criterio una gran contradicción con relación a la materia, ya que realizando el debido control normativo, nos encontramos con el impedimento de aplicar este tipo de medidas cuando exista violencia de género, justificando esta postura con lo expresado en el artículo 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-, que afirma “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y conviene adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: ... b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*”.⁵

En virtud de lo mencionado, es clara la norma cuando hace referencia a las formas que deben seguir los procedimientos judiciales cuando se investigan delitos, donde se encuentra presente la violencia de género como principal objeto. Esta circunstancia fue analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el Fallo “*Góngora*”, entendiendo el Tribunal que era obligación del mismo revocar la decisión de la Cámara de Casación, toda vez que era violatoria de los principios, derechos y garantías

4 Art. 76 bis incorporado al Código Penal por ley 24.316 de 1994.

5 Art. 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

contenidos en la Convención de “*Belém do Pará*”. Se expresó en el fallo, que como Argentina había ratificado este instrumento internacional, no podía concluirse con el proceso penal a través de la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, sino que la única forma admisible era el debate oral, toda vez que dicha instancia permitía “*cumplir con los objetivos de prevenir, sancionar y erradicar que establece la Convención, y por supuesto, lograr la imposición de una sentencia condenatoria que cumpla con los estándares que exige la Constitución Nacional.*”⁶

Amén de lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina considera en relación a la aplicación de este tipo de instituto en los casos de violencia de género, consideramos que es necesario un abordaje del problema, más allá de los actores, o en estos casos de las víctimas, sino que se deben analizar los beneficios que nos brinda esta forma de concluir con los procesos penales, que en la mayoría de estos, benefician a las víctimas.

III. La justicia alternativa en México

En México, el sistema penal acusatorio se gesta sobre los cimientos de la justicia alternativa. El texto constitucional incorpora los denominados mecanismos alternos de solución de conflictos para dar respuesta a las múltiples controversias y descongestionar los saturados tribunales. Las discusiones en el seno del poder legislativo se dieron en el sentido de que la justicia no puede ser únicamente punitiva y con el propósito de dar mayor preeminencia a los derechos de la víctima, quien a partir del cambio normativo en 2008 será considerada como una de las protagonistas del delito y es acreedora de la reparación del daño.

Los principios sobre los que se fundamentan estos métodos alternativos son la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, flexibilidad, equidad, honestidad y buena fe. Suponen una metodología distinta para gestión de conflictos pues buscan cambiar las formas rígidas de un procedimiento jurisdiccional para dar pauta a una justicia rápida, a la que se tenga un fácil acceso y en donde se de preponderancia a la continuidad de la relación de ser esta posible, reduciendo asimismo el desgaste y costos involucrados en un procedimiento contencioso. Otro propósito de este tipo de justicia es hacer responsable a la persona que cometió la conducta infractora de la norma, tratando de evitar los aspectos estigmáticos sobre su persona.

6 CSJN, 23/04/13, “Góngora Gabriel Arnaldo s/ Causa 14.902”, caso G.61. XLVII.

En el caso mexicano, el artículo 184 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece como formas de solución alterna del procedimiento:

1. el acuerdo reparatorio y
2. la suspensión condicional del proceso.

IV. Los acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios se concertan a través de procesos de la mediación y conciliación penal. Estos suponen un encuentro entre las partes quienes a través del diálogo y con ayuda de un facilitador generan, evalúan y seleccionan aquellas vías de acción que puedan dar término a sus diferencias.

De acuerdo a la ley adjetiva penal en México, los acuerdos reparatorios no procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades de la República.

La mediación es un recurso que tiene entre sus peculiaridades la ausencia de un juzgador y de una decisión impuesta favorable únicamente para una de las partes, en perjuicio de la otra. Conociendo que el comportamiento inicial de las partes que atraviesan un conflicto es de acusarse, de no reconocer su actuación y de adoptar una postura defensiva o justificativa, la intervención de un tercero ajeno e imparcial consiste en coadyuvar a las partes a lograr la aceptación y el entendimiento, generando actitudes empáticas entre ellas en donde parte fundamental será trabajar sobre las necesidades e intereses comunes. Se trata de promover entre ellos habilidades de negociación, de poder hacer concesiones y de fomentar la cultura del consenso. Supone asimismo la colaboración frente a la confrontación por lo que es una alternativa sumamente ventajosa.⁷

Derivado de lo anterior, la mediación es uno de los métodos de solución de controversias más adecuado para entornos en los que existen conflictos entre miembros de una familia. Ante el quiebre comunicacional y el cese del diálogo, la mediación incentiva patrones de colaboración entre los miembros del grupo intentando recuperar la armonía en la relación familiar. Específicamente, en los contextos familiares, el tercero imparcial o facilitador es quien guía la comunicación buscando que las partes se den

7 García, C. M. H., & De la Rosa Rodríguez, P. I. "Justicia alternativa y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Una mirada a la mediación familiar en Argentina y México". *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Editorial DÍKÊ México, 2017, Volumen 8, 16. Páginas 71-95.

cuenta de las emociones que se han generado y que visualicen los intereses que tienen en común.

La mediación es una estrategia de intervención no contenciosa útil en contextos familiares pues ofrece una salida pacífica a los conflictos generados de la convivencia continua. Ayuda a los miembros en conflicto a expresar sentimientos, a descubrir necesidades, a ser conscientes de sus emociones y a hacer aflorar los rencores, tratando de evitar confrontaciones. Es también conveniente porque se orienta a fortalecer las relaciones de este grupo básico en toda sociedad.

Se ha catalogado como uno de los mejores caminos para resolver controversias familiares debido a que se enfoca en las relaciones futuras y no en el pasado. Valga mencionar que se generan puentes y no distancias entre los parientes y se fomenta la habilidad de obtener acuerdos. Con una intervención eficiente, se reparan y reestructuran los lazos y se redefinen nuevos roles dentro del grupo.

De acuerdo a Parkinson la mediación es una medida de apoyo a la familia que trata de solucionar conflictos, sin que deje de garantizar los derechos reconocidos en la legislación a los miembros de este grupo básico en la sociedad.⁸ Evita el deterioro o agravamiento de los conflictos familiares, proveyendo a sus integrantes de elementos y herramientas para la pacífica resolución de los mismos y puede evitar la desintegración de la familia. Dicho sea de paso, la violencia intrafamiliar es un problema frecuente, existen niños maltratados por sus progenitores, casos de adolescentes que infligen violencia contra sus padres, adultos mayores maltratados por sus parientes o lugares donde residen, hombres o mujeres que ejercen violencia sobre sus parejas tanto heterosexuales como homosexuales, entre otros.

De acuerdo al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública en México en el año 2020 se registró un total de 220,031 delitos de violencia familiar y en el año 2021 aumentó la cifra a 233,978 casos. Sin embargo, tratándose de casos de violencia intrafamiliar existen varios posicionamientos. Por un lado se encuentran las posturas detractoras que señalan que la mediación no es recomendable para relaciones en donde no hay igualdad sino dominio por un lado, y miedo y sometimiento por el otro. Esta vertiente señala que el sometido se encuentra en una situación inferior con respecto a su agresor por lo que se verá influenciado en tomar una decisión para llegar a un acuerdo.⁹ Lefcourt ha señalado que la mediación es injusta (e insegura) para aquellos que son violentados.

8 Parkinson, L. *Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. España. Editorial Gedisa, 2005, Página 352.

9 Lefcourt, C. "Women, mediation and family law". *Clearinghouse Rev*, 1984, Número 18, Página 266.

La mediación puede ayudar a resolver casos de violencia intrafamiliar.¹⁰ Al ser procedimiento que tiende a restablecer la comunicación, el discurso lascivo de víctima y victimario se rectifica, se reformulan los derechos y las necesidades y las relaciones se reconstruyen. Tratándose de mediación en casos de violencia, el facilitador se enfoca en la desaparición de la misma, la propuesta estará en la reorganización de nuevos roles y la reformulación de las historias de las víctimas llega a ser central.

Berardo, Greco y Becchi señalan que la mediación en casos de violencia familiar es viable siempre y cuando se trate de relaciones simétricas, esto es, cuando los participantes tienen conductas recíprocas.¹¹ Existen posturas que se pronuncian a favor de la mediación entre miembros de grupos familiares en donde hay violencia familiar puesto que se busca abrir canales de diálogo entre los parientes a efecto de que tomen decisiones acerca de cómo van a reorganizar los recursos familiares en escenarios en donde se encuentre la familia separada. Sin embargo, no tiene como propósito negociar la conducta violenta.¹²

Por su parte, autores como Ríos Martín defienden y sostienen la capacidad de la mediación para transformar el deterioro relacional entre las personas entre quienes se ha dado violencia doméstica.¹³ En estos escenarios, se trata de una mediación entre víctimas y ofensores (VOM) en donde la vergüenza y el perdón unen a ambos para reparar el tejido social.¹⁴ Estudios sugieren hacer una clara distinción entre los casos de violencia puntual y de violencia habitual y consideran que la mediación es eficaz en episodios de violencia puntual, siempre y cuando se aseguren todas las garantías para la víctima y se puedan prevenir futuras situaciones conflictivas.

- 10 Cobb, S. "The domestication of violence in mediation". *Revista Law and Society Review*. 1997. Páginas 397-440.
- 11 Berardo, E. Greco, S. & Vecchi, S. Experiencias en mediación y violencia familiar en Buenos Aires, Argentina: La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder. *Ponencia presentada en el III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos*, 2004, Número 22.
- 12 Iludain, M. & Tapia, G. "Mediación y violencia familiar". *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2008, Número 12.
- 13 Ríos Martín, J. C. "Justicia restaurativa y mediación penal". *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. España. 2016. Número 98. Mayo-Agosto. Universidad Pontificia Comillas. Página 25.
- 14 Retzinger, S. M., & Scheff, T. J. "Strategy for community conferences: Emotions and social bonds". *Restorative justice: International perspectives*, 1996.

Esquinas Valverde propone alternar el uso de la mediación con medidas represivas y restricción de derechos en relación con los maltratadores.¹⁵ Así por ejemplo hay casos mediados con órdenes de restricción o alejamiento. Señala que son además necesarias medidas preventivas de educación y orientación familiar en habilidades de comunicación y resolución de conflictos.

Ante los altos índices de violencia doméstica, se debe optar por medidas que lleguen a ser eficaces y seleccionar responsablemente los casos donde la mediación puede ser apropiada. Es cierto que se debe evaluar si este tipo de intervención es adecuado, por lo que debe de ser una decisión casuística además de tener sus limitaciones y especificaciones. Por ejemplo, los mediadores están obligados a denunciar cualquier referencia que se haga al abuso infantil.

La mediación en estos contextos es una opción al ser un método no adversarial, máxime que el proceso penal tampoco garantiza sanar las relaciones como tampoco queda asegurada la vida ni la integridad física de las víctimas.

Ahora bien, en México el artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que los acuerdos reparatorios no procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas. Aunado a ello, la ley General de Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia en su artículo 8 establece:

Los modelos de atención, prevención y sanción que establezcan la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios, son el conjunto de medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos. Para ello, deberán tomar en consideración:

IV. Evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima.

15 Esquinas Valverde, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. España. Editorial Tirant lo Blanch, 2008, Página 132.

V. La suspensión condicional del proceso en México

Por otro lado, la suspensión condicional del proceso es un planteamiento que formula el Fiscal o el imputado para que una vez que se de cumplimiento de varias condiciones impuestas por un juzgador y se cumpla un plan de reparación del daño a la víctima u ofendido, se extinga la acción penal. Consiste en una salida alternativa al procedimiento que responde a la necesidad de diversificar la respuesta penal que da el Estado frente a la infracción a la norma, aprovechando eficientemente los recursos y fincándose en el principio de subsidiaridad de la pena que establece que solo puede ser legítimamente aplicada cuando no puede ser sustituida por una más eficaz. Esta forma alternativa se basa en corrientes penales modernas y garantistas de los derechos humanos.

Para Vázquez, la suspensión del proceso a prueba “es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores.”¹⁶

En cuanto a los requisitos de procedibilidad, de acuerdo al artículo 192 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se puede solicitar por el imputado o el Ministerio Público cuando se cubran los requisitos siguientes:

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años,
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido,
- III. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior. Esto no aplica cuando el imputado haya sido absuelto en este procedimiento.

En México no aplica para los casos de homicidio doloso, genocidio y violación.

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene para el delito de violencia intrafamiliar?

16 Vázquez, M. *Nuevo Derecho procesal penal venezolano: las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Venezuela. Texto C.A. Editorial. 2007, Página 244.

La suspensión del proceso a prueba se ha considerado un mecanismo aceptable y con beneficios para ambas partes. Por un lado, la víctima tiene una participación más activa en el proceso y se considera que se le garantiza el resarcimiento y reparación de los daños sufridos a consecuencia de la conducta ilícita. Como parte del procedimiento, el imputado es sometido a una serie de condiciones; el juez deberá ordenar medidas tales como tratamiento médico o psicológico, por el periodo que dure la suspensión del proceso con el objetivo de mejorar las relaciones familiares. Dependerá de cada caso en particular, sin embargo, entre las condiciones que imponga el juez se encuentra prohibir al imputado habitar o frecuentar la residencia y lugares donde se encuentre la persona ofendida, con el objetivo de evitar que tenga algún contacto físico o a través del uso de la tecnología. En otros casos, las medidas contemplarán la prohibición del uso de sustancias adictivas como alcohol o drogas, lo cual también debe de ir acompañado de un tratamiento especializado para que el ofensor reconozca y afronte su adicción así como el consecuente cuadro agresivo. El propósito es mejorar su salud y procurar restaurar la relación familiar. Lo anterior en atención a que quienes presentan este tipo de conductas de agresión necesitan tratamientos específicos tales como apoyo psicológico o psiquiátrico para que la conducta no vuelva a repetirse. Es en este sentido que se atenderá al núcleo familiar procurando si las circunstancias lo ameritan, que no se desintegre.

En este sentido, la respuesta del funcionario judicial para con la ciudadanía debe de orientarse hacia un modelo de intervención más participativo y de mayor beneficio a la sociedad. Un modelo en que se haga partícipe a otras instituciones que coadyuven con los órganos de justicia. Es así que un punto central será procurar el mejoramiento de la salud de las personas que por adicciones y otros problemas incurren en conductas violentas, aspecto para el que los objetivos de la prisión son omisos o de poco alcance.

VI. Reparación de la víctima y reinserción social

En esta forma alternativa de justicia, el juez decide dando una respuesta más sensible a la ciudadanía pues procura recuperar a la familia y proveer a la víctima la reparación del daño. Una efectiva reparación del daño comprende medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y de no repetición. La restitución está compuesta por medidas para restablecer a la víctima en la medida de lo posible, a la situación anterior al hecho victimizante. La rehabilitación son medidas para brindar a la víctima servicios médicos, psicológicos, sociales o financieros para el restablecimiento de su independencia física, mental, social y profesional y su inclu-

sión y participación en la sociedad. La compensación es una medida que se otorgará a la víctima por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de delitos o de la violación de derechos humanos. La satisfacción se refiere a medidas de acceso a la justicia y a la verdad, así como aquellas medidas de carácter simbólico y de carácter público que tienen la finalidad de reconocer la dignidad de la víctima. La garantía de no repetición son medidas de carácter particular o general cuyo fin es garantizar, en la medida de lo posible, la no repetición del hecho victimizante.

¿SE GARANTIZA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA?

En esta forma alternativa, tanto la víctima u ofendido como el Ministerio Público, podrán proponer al Juez de control condiciones a las que consideran debe someterse el imputado. En atención a lo anterior, la víctima es partícipe y al ser la persona que conoce la situación que llevó a la comisión de conductas delictivas, es quien puede hacer el planteamiento de condiciones al juzgador.

Se considera que es una aproximación a la reparación del daño debido a lo siguiente:

1. El reconocimiento de responsabilidad por parte del ofensor,
2. El compromiso de no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad,
3. El plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de una determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad o de cualquier otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los Intervinientes en el curso de la sesión

¿Por qué se ha mencionado que esta fórmula se acerca más a los propósitos de la reinserción social? Para dar respuesta a este cuestionamiento sugerimos hacer una revisión al concepto de reinserción social.

Para Velázquez reinserción significa:

“volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito. Siendo, en efecto, el comportamiento criminoso, la consecuencia de un desajuste social del individuo; una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad, a la cual el delincuente pertenece, y que no logra aceptar o asimilar; la reinserción va dirigida a obtener la res-

ponsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea al reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado.”¹⁷

La suspensión condicional atiende a los propósitos de la reinserción porque al extinguirse la acción penal y sobreseerse el caso, no se generan los efectos estigmatizantes que afectan el futuro del imputado. Sabemos de las consecuencias degradantes que causa la prisión ya sea a las personas sujetas a una investigación o a las que compurgan una sentencia. La prisión es considerada como escuela del crimen, de compra de privilegios y en donde impera la corrupción.

La suspensión condicional del proceso se trata de una oportunidad para el imputado de tratarse la adicción y conductas agresivas en un centro de salud especializado, aproximándose a modelos de reinserción social, concientizándolo del daño que ha causado, haciéndolo responsable de sus actos transgresores, de incursionar en un tratamiento el cual sería inexistente durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad. El objetivo es comprometerlo a no repetir la violencia y por ello se somete a programas o actividades que le permitan acercarse a ese fin. Esta salida alternativa es una forma incluyente y positiva de acercarse a la justicia (Martínez, 2016).

Aunado a ello, las condiciones impuestas por el funcionario judicial tienen como otro propósito la reintegración de la víctima u ofendido a la comunidad, esto es, la recomposición del tejido social.

VII. Hacía una postura a favor de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba

Estamos acostumbrados a que los procesos penales sean tediosos, largos y que en su mayoría solamente concluyan con un proceso, pero no resuelven el conflicto. Esta idea surge de la cantidad de denuncias que por año se presentan, y en comparación a la cantidad de juzgados en materia penal que existen, se produce un colapso del sistema judicial difícil de erradicar.

Entendiendo esta problemática, es comprensible evaluar a la suspensión del proceso a prueba como una medida altamente productiva, y que

17 Velázquez, J. O., & Sinopsis, I. “Reinserción social y función de la pena”. *Revista Derecho Penal y Criminalística*, 2012, Páginas 69-71.

permitirá entre otras funciones, lograr descongestionar el caudal de causas que se nos presenta. En esta línea de ideas, debemos considerar que de cumplirse con la totalidad de los requisitos establecidos entre los artículos 76 y 76 Quater del Código Penal Argentino, es un método orientado directamente a la reparación del daño, contemplando como interés superior el derecho de la víctima a obtener la misma.

Si consideramos que someter al imputado a una serie de medidas de conductas y exigirle, en función del daño producido a la víctima, una reparación, podemos entender entonces que la aplicación de este instituto es más apto para responder al conflicto, si lo comparamos con la realización de un debate oral.

Es necesario tener en cuenta, que la realización de un debate oral, amén de que sea la forma normal de concluir con un proceso, no siempre cumple con los estándares establecidos por los instrumentos internacionales, ya que estigmatizan a la víctima, obligándola una y otra vez a revivir la historia o el episodio que la puso en su lugar, es decir que, podemos considerar a los debates como básicamente una forma de revictimizar.

Ahora bien, si entendemos que la suspensión del proceso a prueba tiende a obligar al imputado a la realización de una serie de medidas, y someterlo a un control constante del Estado, exigiendo que a su vez, realice una reparación del daño que ha producido, nos encamina hacia un cambio de paradigma, con el que se acabaría con la práctica por parte del Estado de tratar a las víctimas como objetos, ya que lo único que permite eso es aumentar el uso de castigo penal, y no resolver de manera correcta el conflicto.

Otro punto positivo de la aplicación de este tipo de método, está relacionado con la aplicación de las reglas de conducta, su uso diverso y la responsabilidad del Estado en su control, permite poner el foco de atención en la cultura patriarcal de que surgen los hechos de violencia contra las mujeres.

VIII. Conclusiones

Desde la segunda mitad del siglo XIX el jurista y político alemán Von Liszt afirmaba que para que una sociedad funcione no es necesario reprimir toda acción sino normarla. Privar de la libertad a toda persona que vulnera la ley es el camino más equivocado y retrograda que se ha tomado pues no siempre la solución al conflicto exige la imposición de una pena.

Tomando en cuenta que el proceso penal debe de estar enfocado en resolver el conflicto y no únicamente en la persecución penal y en la imposición de una sanción y considerando que las penas representan medidas

que desvirtúan los propósitos de hacer responsable a quien realizó el hecho punible, la decisión que tome el juez dentro de un procedimiento penal de corte acusatorio, debe tener una visión más allá de una sanción privativa de libertad. Esto en razón de que las conductas de violencia no se pueden mejorar mediante la prisión.

El sistema de justicia tiene la responsabilidad de buscar formas ágiles y específicas para poder adecuar las conductas de sus ciudadanos para vivir en armonía. Tanto la mediación penal como suspensión del proceso a prueba en Argentina y la suspensión condicional del proceso en México, tienen como propósito aminorar el poder punitivo con el que ha operado el Estado al imponer penas, haciendo que víctima y ofensor sean partícipes en la resolución del conflicto que son parte.

Estas formas alternativas se presentan como una opción de reparar a la víctima en su daño y de procurar la recomposición del tejido social, concientizando, responsabilizando y comprometiendo al ofensor a reparar al ofendido, sin penalizar al primero y ofreciendo su reinserción social.

En conclusión, las consideraciones aquí planteadas son propuestas siempre en aquellos casos donde el hecho en el que medio violencia de género sea leve. Nos inclinamos a que la aplicación de la justicia alternativa sea estudiada casuísticamente. En este sentido, al hacer a la víctima partícipe y proponer las condiciones, ella podrá sugerir aquellas que hagan cesar la amenaza de que es objeto, así como el tratamiento especializado para que el ofensor atienda su problemática. Demás está decir que, no es una forma de resolver un conflicto cuando nos encontramos frente a un caso de feminicidio, violencia sexual o lesiones gravísimas, sino que son en aquellos casos donde no se ha trascendido a un plano donde la violencia es de tal gravedad que se encuentre en peligro el bien jurídico de la vida.

Por lo expuesto, se debe profundizar sobre este tema, teniendo en cuenta que para avanzar en su aplicación, tendremos que garantizar políticas que empleen adecuados mecanismos de control de medidas alternativas; garantizar la disponibilidad de recursos para el trabajo con las víctimas y sus intereses de reparación; pero por sobre todo el fortalecer el sistema penal de nuestros países, para que ofrezcan condiciones de eficacia de este sistema, para que en los casos de mayor gravedad -donde esta alternativa no puede ser aplicada-, o en su caso la víctima por razonables negativas no permita resolver el proceso por la vía de la suspensión, obtengan igualmente un tratamiento adecuado, evitando que se vulneren sus derechos.

Bibliografía

- Berardo, E. Greco, S. & Vecchi, S. Experiencias en mediación y violencia familiar en Buenos Aires, Argentina: La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder. *Ponencia presentada en el III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos*. 2004.
- Cobb, S. “*The domestication of violence in mediation*”. *Revista Law and Society Review*. 1997. Páginas 397-440.
- Esquinas Valverde, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*. España. Editorial Tirant lo Blanch. 2008. Página 132.
- García, C. M. H., & De la Rosa Rodríguez, P. I. “*Justicia alternativa y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Una mirada a la mediación familiar en Argentina y México*”. *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Editorial DÍKÉ México, 2017, Volumen 8, 16. Páginas 71-95.
- Iludain, M. & Tapia, G. “*Mediación y violencia familiar*”. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. 2008. número 12. Complemento de la justicia.
- Martínez Bastida, E. “*Suspensión Condicional del Proceso*”. *Nova Iustitia Revista Digital de la Reforma Penal*. México. 2016. Número 14. Página 14.
- Milisenda, N. & Villareal, M. “*Cuando el género cruza la pobreza en el hogar y en la calle*”, *Derecho y Pobreza*. Página 349.
- Munuera Gómez, P., & Blanco Larrieux, M. E. “*Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb*”. *Revista de Mediación*. España. 2011. Número 7. Página 6.
- Parkinson, L. *Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. España. Editorial Gedisa. 2005, Página 352.
- Retzinger, S. M., & Scheff, T. J. “*Strategy for community conferences: Emotions and social bonds*”. *Restorative justice: International perspectives*. 1996.
- Ríos Martín, J. C. “*Justicia restaurativa y mediación penal*”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. España, 2016. Número 98. Mayo-Agosto. Página 25.
- Vázquez, M. *Nuevo Derecho procesal penal venezolano: las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Venezuela. Texto C.A. Editorial. 2007. Página 244.

Velázquez, J. O., & Sinopsis, I. “*Reinserción social y función de la pena*”. *Revista Derecho Penal y Criminalística*. 2012. Páginas 69-71.

PÁGINAS DE INTERNET:

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gongora-gabriel-arnaldo-causa-14092-fa13000038-2013-04-23/123456789-830-0003-1ots-eupmocsollaf>.2018. Fecha de consulta: 15 de diciembre 2021.

<https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/11/DGPG-Informe-suspensio%CC%81n-del-proceso.pdf>
Fecha de consulta: 28 de diciembre 2021.

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.2021 Fecha de consulta: 5 de enero 2022.

NORMAS JURÍDICAS:

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Código Nacional de Procedimientos Penales

Ley 24.316 de Argentina

Ley General de Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia en México.

AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA: CUATRO IDEAS NUCLEARES CONTRASTADAS DESDE EL DERECHO PENAL DE PANAMÁ Y PERÚ¹

*Luis Miguel Reyna Alfaro*²

I.

Quisiera iniciar esta intervención haciendo una precisión inicial relacionada a las pretensiones de la misma, la que formularé en negativo.

No es objeto de mi intervención hacer un recuento de las teorías desarrolladas históricamente por la doctrina penal sobre ésta materia pues, como es fácil deducir, su extenso número haría de aquello una labor imposible, con lo cual mi ponencia, para utilizar expresiones jurídico penales, sería *absolutamente inidónea*; por otra parte, un desarrollo estrictamente descriptivo de las teorías sobre autoría y participación resultaría mez-

1 Texto actualizado al 20 de febrero de 2022 de la intervención del autor en el Seminario “Los delitos de infracción del deber en la dogmática actual: Análisis de la autoría y participación e incommunicabilidad de las circunstancias especiales del agente”, realizado el día 13 de Julio de 2010 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha procurado mantener la redacción coloquial, lo que justifica la limitación en las notas a pie de página. Se han incorporado referencias a la legislación y doctrina penal panameña como muestra de respeto y admiración a la homenajeada Profa. Dra. Dña. Aura Guerra de Villalaz.

2 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Candidato a LLM por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Granada, España. Vicepresidente del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

quino con los objetivos propuestos por la organización al congregar a tan selecta mesa de expositores.³

Tampoco es mi propósito postular una construcción acabada y en alguna medida original en torno a la autoría pues entiendo que la seriedad académica obliga a reservar pronunciamiento en tópicos de tal complejidad hasta que la madurez intelectual lo permita, circunstancia que en mi caso resulta bastante distante.

Mi objetivo es más modesto y pretende, a partir de ciertas ideas nucleares -que denominaré *tesis*- reconocer los rumbos seguidos actualmente por la teoría de la autoría y participación e identificar, al menos en sus contenidos más relevantes, el contenido actual de la misma.

II.

La *primera tesis* en torno a esta cuestión tiene que ver con la importancia de aquella reviste como mecanismo de contención del poder punitivo del Estado y puede formularse en los términos siguientes: *La dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal del Estado.*

Como ha destacado adecuadamente Zaffaroni, la característica fundamental del poder estatal (y el poder punitivo es una expresión del mismo) es su tendencia extensiva y amplificadora que se manifiesta en postulados de política criminal destinados a exigir *más Derecho Penal*.⁴ Esta tendencia de huida hacia el Derecho Penal no sólo deriva en una utilización simbólica, claramente ineficaz en la solución de los problemas de criminalidad, sino que se expresa en el uso arbitrario del poder punitivo y frente al cual

3 Para tales propósitos, véase: Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Muriello, Marcial Pons, Madrid, 2000, passim. En la doctrina panameña puede consultarse Arango Durling, Virginia/ Muñoz Arango, Campo Elías. *Autoría y participación criminal. Una perspectiva en la legislación histórica panameña*, Panamá Viejo, Panamá, 2012, pp. 22 ss.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 25. El artículo 3° del CP de Panamá pretende contradecir esta tendencia perniciosa al -como señala acertadamente Atencio Bonilla, Digna. “10 años de vigencia del CP y sus reformas: ¿Política criminal o populismo jurídico?”, en: Vidaurri Arrechiga, Manuel/ Cuarezma Terán, Sergio (directores), *El Derecho Penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, México, 2020, p. 92- “visibilizar el principio de intervención mínima” del Derecho Penal.

la dogmática aparece –utilizando expresiones de von Liszt– como barrera infranqueable.⁵

En efecto, el desarrollo de una dogmática de la autoría y participación permite superar los riesgos que subyacen a la formulación claramente neutral de las normas jurídicas. Esa neutralidad de las normas jurídicas, ya referida por Gimbernat en su famoso opúsculo “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”,⁶ puede observarse en el contenido de los artículos 23° del Código Penal peruano y 43° del Código Penal panameño, que regulan la autoría y la coautoría.

No puede negarse que la referencia a la “*realización por sí o por medio de otro*” (artículo 23° del Código Penal peruano) o la “*realización por sí mismo o por interpuesta persona*” (artículo 43° del Código Penal de Panamá) del hecho punible, en el caso de la autoría, o la fórmula de considerar coautores a quienes “cometan conjuntamente el hecho” (artículo 23° del Código Penal peruano), sólo adquieren sentido racional gracias a la existencia de una dogmática que de sentido al contenido inicialmente neutro de las normas jurídico-penal.

Justamente es esa dogmática jurídico penal la que lleva, por ejemplo, a considerar que quien ejecuta la acción por coacción o por error proveniente de un tercero no *realiza* el hecho punible en el sentido del artículo 23° y 43° de los Códigos Penales peruano y panameño, o la que permite sostener que quien realiza un aporte esencial en el hecho punible pero no interviene en fase de ejecución del delito, no *co-comete* el hecho delictivo y, por tanto, no corresponde ser calificado como co-autor sino como cómplice primario.

III.

La *segunda tesis* que quisiera formular tiene que ver con los pilares sobre los que debe asentarse la dogmática de la autoría e intervención delictiva. Desde esa perspectiva resulta fundamental reconocer, por un lado, que el desarrollo de la teoría de la autoría e intervención delictiva no puede mostrarse desvinculado de la comprensión que se tiene sobre los fines del Derecho Penal (perspectiva funcional) y, por otro lado, que estos fines no pueden ser otros que los de la *protección de bienes jurídicos*.

5 Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho penal*, tomo segundo, traducción de Luis Jiménez de Asua, Reus, Madrid, 1927, p. 65.

6 Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, Ara, Lima, 2009, p. 44.

La construcción dogmática debe necesariamente responder a las finalidades político criminales de tutela subsidiaria de bienes jurídicos. En esa línea, sin pretender introducirme a una aún inacabada discusión epistemológica sobre los fines del Derecho penal, considero mucho más seguro recurrir a un sistema de teoría del delito de corte funcional orientado hacia la Política Criminal⁷.

Esta idea tiene, además, reconocimiento explícito en el artículo 2º del Código Penal de Panamá al establecer que “*solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado*”.

Pues bien, de esta tesis se extraen una serie de consecuencias de índole aplicativo que conviene desarrollar.

III.1.

Siendo la protección de bienes jurídicos el criterio en el que se asienta la dogmática de la autoría y la participación, es evidente que el fundamento de la distinción entre autoría y participación, reside en la vinculación del sujeto con la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.

En ese contexto, el autor recibe tal calificación por ser responsable de la lesión del bien jurídico, en tanto que al cómplice se le atribuye algo de menor significación como es el haber puesto en riesgo el bien jurídico. Esta diferenciación es especialmente importante en la práctica en la medida que sirve para establecer los criterios aplicativos para la delimitación de la imputación objetiva que en el caso del autor tendrá como centro de referencia el resultado (al autor se le imputa objetivamente el resultado) y que en el caso del cómplice tendrá como eje central el riesgo (al cómplice se le atribuye el riesgo).⁸

7 Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General*, tomo I, traducción de Diego Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 51 ss./ 206-231. Sumamente ilustrativo sobre el modo en que se articula esta visión del Derecho Penal: Vidaurri Aréchiga, Manual. Teoría general del delito, Oxford, México, 2016, pp. 23 ss.

8 Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 373.

III.2.

Esta relación entre la dogmática de la autoría e intervención delictiva y la finalidad de protección de bienes jurídicos permite explicar el total abandono de planteamientos meramente subjetivistas en virtud del cual la distinción entre autor y partícipe se reconocía en términos de *animus*: Si la intervención del sujeto en el delito era realizada con ánimo del autor (*animus auctoris*) se le calificaba al sujeto como autor; si, por el contrario, su intervención en el delito respondía a un ánimo de cómplice (*animus socii*) se le calificaba como cómplice.⁹

Desde esa perspectiva, la calificación del sujeto como autor no respondía a una intervención efectiva del mismo en el delito que, a su vez, reflejase una mayor intervención material u objetiva en la lesión del bien jurídico, sino tan sólo a una relación interna del sujeto con el hecho. Desde esa perspectiva, quien se limitaba a entregar al ejecutor material del delito un instrumento para su realización (por ejemplo, un arma), respondía necesariamente como autor si actuaba con ánimo de autor lo que implica, como es fácil deducir, una punición excesiva y, por ello arbitraria, sobre quien tenía solamente un rol meramente accesorio en la perpetración del delito.

III.3.

Pero no es sólo que la finalidad tuitiva de bienes jurídicos sirve para fundamentar la distinción entre autor y partícipe, sino que adicionalmente sirve para reconocer y distinguir las fases del *iter criminis* consideradas penalmente relevantes y que, por tanto, permiten la punición –ya sea a título de autor como de cómplice–: Aquellas que involucran la puesta en peligro o lesión del bien jurídico.¹⁰

Al postularse una configuración del sistema penal en clave funcional, vinculada a la misión de protección de bienes jurídicos, se tendrá que aquella condición (tutela de bienes jurídicos) es la que permitirá delimitar las etapas del *iter criminis* que serán merecedoras de una pena. Esto explica porqué ni la *ideación* ni los *actos preparatorios* integran la noción de *tenta-*

9 En términos generales sobre el contenido de dichas teorías, véase: Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 69-75.

10 Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro. Op. Cit., pp. 633- 634. Esa vinculación entre el principio de lesividad y la configuración de la intervención penalmente relevante se reconoce en los aportes de Guerra De Villalaz, Aura/ Muñoz, Campo Elías. *Derecho Penal panameño. Parte General*, Panamá Viejo, Panamá, 1980, pp. 358.

tiva, conforme el artículo 16° del Código Penal del Perú y el artículo 48° del Código Penal de Panamá.

En efecto, al señalar expresamente en el artículo 16° del Código Penal peruano que: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”, se reconoce la irrelevancia penal de las actuaciones previas a la ejecución del hecho punible, lo que responde a que sólo a partir del inicio de ejecución de la conducta típica se produce la puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.¹¹ Igual razonamiento es aplicable respecto del artículo 48° del Código Penal de Panamá que establece que “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación (...)”.

Justamente esta circunstancia (*ofensividad con relación al bien jurídico*) es la que explica la no punibilidad de la tentativa inidónea. El artículo 17° del Código Penal del Perú señala que “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto” con lo que se reconoce la no punibilidad de dicha clase de tentativa, justamente debido a que las circunstancias antes descritas (ineficacia absoluta del medio empleado y absoluta impropiedad del objeto) suponen la imposibilidad de afectación del bien jurídico¹², por lo cual una punición sustentada en el mero desvalor de la acción resultaría excesiva y escasamente útil desde una perspectiva funcional. A la misma conclusión puede arribarse desde el artículo 48° del Código Penal de Panamá que condiciona la punibilidad de la tentativa a la idoneidad de los actos tentados.

IV.

Pues bien, esa orientación de la dogmática de la autoría hacia los fines del Derecho Penal, fijados en la protección subsidiaria de bienes jurídico, es la que permite postular la *tercera tesis* aquí postulada: La teoría de la autoría no puede responder más a planteamientos de orden causal- material, sino a criterios normativos.

11 En esa línea: Roxin, Claus. “Acerca del fundamento penal de la tentativa”, en: El mismo. *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1998, pp. 258- 266.

12 Como precisa Roxin: “La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una real puesta en peligro”; véase: Roxin, Claus. “Acerca del fundamento penal de la tentativa”, p. 263.

El devenir de la teoría de la autoría muestra cómo, frente a una construcción de la teoría de la autoría basada en criterios exclusivamente subjetivos, era posible oponer un planteamiento objetivo formal en virtud del cual la condición de autor del delito debía corresponderse con la efectiva realización de la conducta descrita en el tipo penal.¹³

Desde esa perspectiva, esto es, desde la perspectiva objetivo-formal, autor es aquél que el tipo penal indica puede serlo, al realizar directamente la conducta típica; de este modo, por ejemplo, sólo podría ser considerado autor de homicidio quien ejecutase la conducta prevista en el respectivo tipo penal, es decir, quien realizase directamente la acción de matar, quien tirase del gatillo o quien asestaba la cuchillada mortal.

Esta formulación, como es evidente, llegaba también a un resultado insatisfactorio al proponer una respuesta penal insuficiente para quien, pese a tener un papel central en la lesión del bien jurídico, no ejecutaba directamente la acción típica; así, por ejemplo, quien utilizaba a otro como instrumento, no respondía como autor al no haber ejecutado él, de modo directo, los actos típicos.

Las limitaciones mostradas por los planteamientos naturalistas y que se encuentran reflejadas en prácticamente todos los tópicos de la teoría del delito, produjeron su progresivo abandono; primero, a través de una comprensión finalista del delito que en el terreno de la autoría se expresó a través de la teoría del dominio del hecho; y, posteriormente, mediante el predominio de las corrientes funcionalistas que, en el plano de la autoría, se ha reflejado en la incorporación, junto con la categoría de los delitos de dominio, de los delitos de infracción del deber.

IV.1.

La teoría de la autoría, como es concebida en la actualidad por la doctrina dominante, responde inicialmente a los planteamientos de la teoría del dominio del hecho formulada por Hans Welzel, en virtud de la cual la condición de autor no responde a la realización directa o inmediata de la conducta típica sino al efectivo *dominio del suceso típico*.¹⁴ Esta caracterización del autor como *señor del hecho* y que tenía su expresión medular en los su-

13 Véase: Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 52-56.

14 Welzel, Hans. *Estudios de Derecho penal*, traducción de Gustavo Aboso y Tea Löw, BdeF, Buenos Aires, 2003, pp. 80 ss.

puestos de *autoría mediata* fue trascendente en la construcción de una dogmática de la autoría desvinculada del paradigma causal.

En efecto, al sostener Welzel que existen supuestos en los cuáles el verdadero autor no es el que ejecuta la acción, sino quien desde atrás domina su voluntad, ya sea por el ejercicio de violencia o amenaza sobre el ejecutor o por haber provocado en aquél un estado de error, permitió reconocer la insuficiencia del hasta entonces dominante paradigma causal.

IV.2.

Esa orientación hacia la normativización del Derecho Penal¹⁵ se enfatiza con el pensamiento de Claus Roxin mediante una doble vía. Por un lado, Roxin reconoce formas de dominio de la voluntad distintas a las reconocidas inicialmente por Welzel y, por otro lado, entiende que la estructura de ciertos tipos penales, los de infracción del deber, exigen recurrir a criterios distintos para la determinación del autor.¹⁶

Respecto a la primera cuestión, es Roxin quien reconoce que además del dominio de voluntad por coacción y el dominio de voluntad por error, existe una forma de dominio de voluntad distinta, basada en el dominio sobre la organización delictiva, en virtud de la cual el Jefe del *aparato de poder organizado*, expresión utilizada por Roxin para identificar a estructuras altamente complejas de estructura vertical, desvinculadas del ordenamiento jurídico y en donde los ejecutores resultasen simples piezas intercambiables,¹⁷ debía responder como autor, pese a existir un ejecutor responsable, pese a no existir una intervención material de aquél en el específico hecho punible cometido e, incluso, en aquellos casos que el Jefe de la organización no conoce siquiera al ejecutor.

Respecto a la segunda cuestión, Roxin reconoce la existencia de divergencias en la formulación de los tipos penales, las cuales, a su vez, tienen trascendencia en la determinación de la autoría.

15 Sobre el fenómeno de la normativización del Derecho penal, véase: ROXIN, Claus. "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal", en: El mismo, *Problemas actuales de dogmática penal*, traducción de Manuel Abanto, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 47 ss.; Feijóo Sánchez, Bernardo. *La normativización del Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2007, pp. 62 ss.

16 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, passim.

17 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 269 ss.

En efecto, Roxin reconoce que en cierta clase de delitos, los conocidos en doctrina como *delitos comunes* o *delitos de dominio*, el autor carece de vínculo alguno con el bien jurídico, con lo cual sólo quien domina la lesión del bien jurídico puede ser considerado como autor. No obstante, existe cierta clase de delitos que, por la forma en que se encuentran contruidos, ubican a ciertos sujetos en posición de custodia de los bienes jurídicos, de lo cual se desprende que es la defraudación de las expectativas de tutela de bienes jurídicos la que otorga a dichos sujetos el papel central con relación al hecho delictivo. En estos delitos, identificados por la doctrina como *delitos especiales* o *delitos de infracción del deber*, es autor aquél que tiene el deber extrapenal de protección del bien jurídico, sin resultar relevante el efectivo dominio sobre el suceso típico.¹⁸

IV.3.

La normativización de la teoría de la intervención delictiva, sin embargo, adquiere matices más intensos con las formulaciones provenientes del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs¹⁹ que supone, como cierto sector de la doctrina ha denominado, una *renormativización del Derecho Penal*.²⁰

Aunque ambos autores, reconocen la necesidad de construir un sistema del Derecho Penal de corte funcional, las bases metodológicas sobre las que se construye el pensamiento de Jakobs son completamente divergentes de las que sirven de sustento al pensamiento de Roxin.

A diferencia de Roxin, Jakobs entiende que el fin del Derecho Penal no es otro que el de mantener la vigencia de la norma jurídico penal. Si el delito implica la desestabilización de la norma jurídico penal, corresponde

18 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 383 ss.

19 Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Ángel Editor, México, 2003, passim.

20 Esto, seguramente, porque el inicio de la normativización se encuentra fundamentalmente en Roxin y Hassemmer, reconociendo los antecedentes observados en Welzel con su *teoría de la adecuación social*; así: Feijóo Sánchez, Bernardo. *La normativización del Derecho penal*, p. 81; también: Cancio Meliá, Manuel. "La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo", en: El mismo. *Estudios de Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2010, pp. 72 ss.

al Derecho Penal proceder a su reestabilización, con lo que se evita que aquella pierda vigencia.²¹

La importancia de la vigencia de la norma se relaciona con su condición de pauta orientadora de los contactos sociales: Es la norma la que permite que los contactos sociales se desarrollen inocuamente, esto es, sin daños. Esta inocuidad en los contactos social deriva de la configuración de un sistema de roles asignados por la norma que genera en los ciudadanos una expectativa normativa que facilita una interacción social dinámica: Las normas, al establecer cuáles son los roles que corresponden a cada persona, generan una expectativa de cumplimiento en virtud de la cual los ciudadanos saben que esperar de los demás.²²

Estos roles puede ser *generales* o *especiales* de lo cual se desprenden las diferencias existentes entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber. Mientras en los delitos de dominio, el autor es aquél que domina los riesgos de su propia organización; en los delitos de infracción del deber, la condición de autor deriva de los deberes asignados a la persona en el contexto de instituciones sociales específicas.²³ Es precisamente a través de la problemática de los delitos de infracción del deber que es posible reconocer la poca relevancia que posee la distinción entre acción y omisión en el sistema de imputación penal construido por Jakobs.²⁴

IV.4.

La normativización del Derecho Penal ha servido también para resaltar los nexos existentes entre la teoría de la autoría e intervención delictiva y la teoría de la imputación penal, los cuales se han visto manifestados especialmente en el plano de las denominadas *conductas neutrales*.

En efecto, debido a que las *conductas neutrales* identifican aquella clase de comportamientos que siendo inicialmente inocuos, adquieren relevan-

21 Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte General*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 09 ss.

22 Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio, Ángel Editor, México, 2002, pp. 19 ss.

23 Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte General*, pp. 791-792.

24 Jakobs, Günther. "La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión", traducción de Enrique Peñaranda, en: El mismo. *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 347 ss.

cia causal en el resultado típico a partir del comportamiento proveniente de un tercero, lo que permitiría sostener –insisto, desde una perspectiva exclusivamente causal– su relevancia jurídico penal a título de complicidad, la introducción de criterios de índole normativo permite racionalizar el procedimiento de delimitación de las conductas penalmente relevantes.

De este modo, los instrumentos teóricos formulados por la dogmática jurídico penal (a saber, el principio de confianza invocado por Roxin²⁵ y la prohibición de regreso formulada por Jakobs²⁶) al analizar el *nexo o relación de riesgo* existente entre la conducta y el resultado típico no sólo determinan la efectiva imputación al tipo penal objetivo –en el caso de las *conductas neutrales*, al tipo penal objetivo ampliado– sino que distingue entre los supuestos de *participación aparente* –como los denomina Jakobs²⁷– con los supuestos de *participación real*.

V.

Tras proponer algunas ideas nucleares –por cierto, sin mayores pretensiones de exhaustividad– con relación a la evolución de la dogmática de la autoría y la intervención delictiva, podemos reconocer lo que será la *cuarta* –y final– *tesis*: La teoría de la autoría e intervención delictiva constituye una manifestación concreta del principio de proporcionalidad.

En efecto, el principio de proporcionalidad, formulado habitualmente como *prohibición de exceso*, se expresa claramente en la dogmática de la autoría y participación al pretender una reacción penal mesurada y acorde con el papel desempeñado por el sujeto en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, la dogmática de la autoría y la participación sirven como instrumento de realización en la praxis penal de la *prohibición de penas desproporcionadas* establecido en el artículo 2.24, literal h, de la Constitución Política del Perú.²⁸ Este dogma puede ser extraído también del

25 Roxin, Claus. ¿Qué es la complicidad?, en: El mismo. *Dogmática penal y política criminal*, pp. 427-432.

26 Jakobs, Günther. “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión”, traducción de Manuel Cancio, en: El mismo. *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 241 ss.

27 Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte General*, pp. 842 ss.

28 Benda, Ernesto. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en: Benda, Ernesto et. al. *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública/ Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 127; ZUgal-

artículo 6° del Código Penal de Panamá que señala que “La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderá a los postulados básicos consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

En esa línea, hemos podido constatar en los distintos momentos de ésta intervención, cómo la proporcionalidad ha jugado y juega un rol esencial en la determinación de la capacidad de rendimiento de las distintas teorías penales; así, en relación a la teoría subjetiva, se observaba lo excesivo que resultaba proponer una sanción a título de autor en quien, sin haber realizado actos objetivos significativos en el hecho punible, intervenía en el mismo con ánimo de autor; del mismo modo, en relación a las teorías objetivo formales, destacábamos la falta de proporcionalidad de la respuesta penal en los casos de instrumentalización del ejecutor por parte del *hombre de atrás* en donde este último, por no intervenir directamente en el hecho, sólo era sancionado como mero cómplice.

Y es justamente el principio de proporcionalidad el que sirve de fundamento ulterior a la *autoría mediata en aparatos de poder organizado* o la autoría en los *delitos de infracción del deber*, supuestos en los cuales sólo la calificación del sujeto como autor, como personaje central en el hecho delictivo, supone una respuesta penal racional y proporcionada en la función tuitiva que asiste al Derecho penal con relación a los bienes jurídicos.

La teoría de la autoría y la participación, al determinar quien tuvo un papel central en el hecho delictivo y quien tiene un papel meramente accesorio en el mismo, define la dosis de pena que corresponde a cada interviniente en el hecho punible, sirviendo de instrumento dogmático de realización del principio de proporcionalidad y, con ello, del principio de dignidad de la persona humana,²⁹ lo que responde a una comprensión del Derecho Penal como *instrumento de tutela de los derechos fundamentales*.³⁰ De este modo se logra además reducir los cuestionamientos en torno a la efectiva vigencia del principio de proporcionalidad de las penas en la medida que,

día Espinar, José Miguel. “Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en: El mismo (Director). *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 105.

29 Benda, Ernesto. Op. Cit., p. 126; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 259.

30 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al., Trotta, Madrid, 1995. En esa misma línea: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado conforme al Código procesal penal dd 2004*, Grijley, Lima, 2010, p. 19.

a través de aquella, esto es, de la dogmática penal en materia de intervención delictiva, se permite al operador de justicia penal contar con un criterio objetivo³¹ de ponderación de la pena proporcional al hecho y, a partir de ella, establecer la pena adecuada a la culpabilidad.³²

Se revela así contingentemente una relación continua y sinérgica existente entre la teoría del delito, la determinación de la pena y la actividad de los operadores de justicia penal que hacen plausibles las propuestas de elaboración de un sistema que integre los desarrollos de la dogmática penal y los de la ciencia procesal penal³³ sumamente funcional al propósi-

- 31 Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., pp. 398 y ss. Como recuerda el autor italiano, ya desde Bentham es posible reconocer las dificultades subyacentes a la falta de criterios de ponderación de la proporcionalidad y que generan el riesgo de que aquella responda a valoraciones de índole ético-política o de oportunidad. En la misma línea, von Hirsch, defensor de una tesis de la pena basada en la proporcionalidad, destaca cómo los esfuerzos teóricos se han orientado fundamentalmente a justificar porqué se debe castigar proporcionalmente, pero han dedicado escasos esfuerzos a determinar cuál es el castigo proporcional; véase: VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, traducción de Elena Larrauri, Trotta, Madrid, 1998. Sobre la *difficolta di razionalizzazione della proporzione*, PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai principi del Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 67.
- 32 Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General*, pp. 99 ss.; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 136. Como se ve, no se postula aquí una teoría de la pena basada en la proporcionalidad y el *just desert* (sobre la misma, véase: Von Hirsch, Andrew. Op. Cit., passim; Hörnle, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación legal de la pena en Alemania*, traducción de Santiago Martínez et. al., Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2003, pp. 23 ss.) sino que se entiende que el criterio de la proporcionalidad es un elemento indispensable para la individualización judicial de la pena dentro del *espacio de juego* que propone la culpabilidad; al respecto, véase: Reyna Alfaro, Luis Miguel. “La individualización judicial de la pena y reforma penal”, en: Avalos Rodríguez, Carlos & Quispe Villanueva, Alejandro (Coordinadores). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro Homenaje a los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, Ara, Lima, 2009, pp. 998 ss.
- 33 Sobre el mismo: Wolter, Jürgen. “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, traducción de Guillermo Benlloch Petit, en: Wolter, Jürgen & Freund, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 31 ss.; Silva Sánchez, Jesús María. “Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en: Wolter, Jürgen & Freund, Georg (eds.). Op. Cit., pp. 15 ss.

to de lograr una aplicación más predecible y, por ende, más racional de la ley penal.³⁴

Precisamente ese tipo de visión de completa y absoluta sinergia y congruencia entre los diversos contenidos de las ciencias penales se reconoce en la profusa actividad académica de la Profa. Dra. Dña. Aura Guerra de Villalaz con contenidos que engarzan no solo los aspectos dogmáticos del Derecho Penal,³⁵ sino también los procesales³⁶ en consonancia con los desarrollos de la ciencia y la técnica.³⁷

34 Reyna Alfaro, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado conforme al Código procesal penal dd 2004*, p. 18.

35 Especialmente Guerra De Villalaz, Aura/ Muñoz, Campo Elías. *Derecho Penal panameño. Parte General*, passim, que en palabras de González Rus, Juan José. “Recensión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXX, fascículo 3, BOE, Madrid, 1977, pp. 803, 807, es “el primer análisis sistemático y con pretensiones científicas que aborda los temas fundamentales que integran la Parte General del Derecho Penal (...), un estudio digno, de la Parte General del Derecho Penal (...) que va a llenar satisfactoriamente ese vacío de la ciencia jurídico penal panameña”.

36 Guerra De Villalaz, Aura. “La convicción del Juez en el sistema acusatorio”, en *Boletín de Ciencias Penales*, N° 2, Universidad de Panamá, Panamá, 2014, pp. 34 ss.

37 Véase Guerra De Villalaz, Aura. “Aspectos jurídicos-penales de la inseminación artificial humana (IAH)”, en: AAVV. *Derecho Penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, pp. 319 ss.

BASES FUNDAMENTALES DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN MÉXICO

Alfredo René Uribe Manríquez¹

Estas líneas que van como un sencillo homenaje a la Dra. Aura Emérita Guerra de Villalaz, tienen como objetivo adentrar en los supuestos fundamentales de la coautoría a los lectores de este artículo, esperando que motive la realización de nuevos estudios y discusiones al respecto, ante lo que pareciera un sistemático olvido de la dogmática jurídico-penal ante la oleada de implementación de un sistema procesal penal acusatorio en América Latina.

La también llamada autoría concomitante o paralela, es para Muñoz Conde y García Arán la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.²

Gimbernat nos dice que “será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor”.³

- 1 Magistrado Titular de la Tercera Sala del Tribunal de Justicia Administrativa en el Estado de Hidalgo, México.
- 2 *Derecho penal parte general*, sexta edición revisada y puesta al día, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 438. Es de resaltar que la concepción de estos autores es discrepante de la de la mayoría de la doctrina, que esencialmente sigue a Roxin, lo cual veremos con mayor detenimiento durante el desarrollo del tema.
- 3 Citado por Zaffaroni, *et. al*, *Derecho penal parte general*, edit. Porrúa, México, 2001, pág. 753-3.

El criterio fundamentador de esta forma de autoría es el dominio funcional del hecho, el cual nos lleva a representarnos la vinculación de varias personas que, en base a un reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de la realización de un hecho delictivo.⁴

La mayoría de la doctrina asume como definición común de coautoría el tomar parte en la *ejecución* del hecho dominándolo,⁵ lo cual es tomado por la mayoría de los autores del trascendental trabajo del Profesor Claus Roxin *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*.

Sin embargo, otro sector doctrinal pone el acento no en la ejecución del hecho, sino en su realización. Así, por ejemplo, para Muñoz Conde y García Arán la contribución en la realización del delito no tiene por qué ser necesariamente con actos ejecutivos, opinión que hacemos nuestra y trataremos de sostener durante el desarrollo llevado a cabo aquí de la figura de la coautoría.

Pues bien, una vez hechos estos apuntes que consideramos esenciales a la hora de establecer los elementos de la coautoría procederemos a enumerarlos, siendo éstos: 1) el acuerdo de voluntades consistente en un plan común (aspecto subjetivo), y 2) la contribución a la realización del delito (aspecto objetivo), que como ya explicamos no tiene que ser necesariamente con actos ejecutivos pero que debe ser de tal entidad que pueda considerarse como un eslabón importante del acontecer delictivo.⁶

1) El acuerdo de voluntades o la decisión conjunta⁷ es, según creemos, lo que le da sentido a la división funcional de roles, es la vinculación recí-

4 Muñoz Conde y García Arán, *op.cit* sexta edición, pág. 439.

5 Donna, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos aires, 2005, pág. 42. Autores como Bacigalupo (*Principios de Derecho penal parte general*, quinta edición, edit. Akal/iure, Madrid, 1997, pág. 365) y López Barja de Quiroga (*Autoría y participación*, edit. Akal/iure, Madrid, 1996, pág. 64) sostienen en esencia la misma definición. Kohler la define diciendo que "(c)oautor es quien realiza el hecho juntamente con otro, de mutuo acuerdo a través de aportaciones similares", citado por Roxin, *Las formas de intervención*. . . pág. 170.

6 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*. . . sexta edición, pág. 439.

7 Jakobs, *Derecho penal*. . . pág. 747, nos dice que considera más correcto, en lugar de hablar de una decisión común del hecho, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, una *decisión de ajustarse*, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración, vincula su aportación con el hacer del ejecutor.

proca por medio de una resolución conjunta,⁸ además que por no regir aquí la imputación en virtud de la accesoriedad, es lo que permite que podamos realizar la imputación recíproca inmediata, es decir, que todas las aportaciones de los coautores sean consideradas equivalentes y sean imputadas en su totalidad a cada uno de ellos.⁹

Díaz y García Conlledo nos dice que el plan común consiste en el mínimo acuerdo entre los coautores, sin que sea necesario un plan detallado o un acuerdo previo, que nos permite hablar de una acción conjunta que es una conexión de suma de esfuerzos.¹⁰

Cabe añadir que sin el presupuesto subjetivo (decisión común al hecho), en el caso de que dos procesos ejecutivos sean desarrollados y coincidan, complementándose y produciendo el resultado típico, habrá autoría accesoría o paralela, es decir, se atribuirá la responsabilidad a título de autoría individual (*Nebentäterschaft*).¹¹

Respecto a la temporalidad para la decisión común al hecho, Welzel nos dice que esta se puede extender hasta la ejecución del hecho siempre y cuando, de acuerdo a cada tipo penal en específico, este no se haya consumado.¹²

2) En cuanto a la contribución a la realización del delito o esencialidad de la contribución, que es el segundo elemento de la coautoría, se presenta un tanto más problemática a la hora de establecer criterios para considerar la aportación al hecho de tal entidad que pueda tomarse como una parte esencial del acontecer delictivo.

Muñoz Conde y García Arán entienden que la necesidad de la aportación debe medirse con una “consideración concreta atendiendo a las circunstan-

8 Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal parte general*, quinta edición corregida y ampliada, edit. Comares, Granada, 2002, pág. 726-a; estos autores nos dicen que la resolución delictiva común es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo.

9 *Ibid.* pág. 727-2. *Vid.* Mir Puig, *Derecho penal parte general*, séptima edición, segunda reimpresión, edit. Reppetor, Barcelona, 2005, pág. 390-2.

10 Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, edit. Ppu, Barcelona, 1991, págs. 653 y ss.

11 *Vid.* en el mismo sentido, Aboso, Gustavo Eduardo, *Lineamientos básicos de la coautoría funcional en Derecho penal y consecuencias dogmáticas de su aplicación*, en *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Nelson Salazar Sánchez, coordinador, edit. Idemsa, Perú, 2007, pág. 31.

12 Welzel, Hans, *Derecho Penal Aleman*, Pág. 129.

cias del hecho”.¹³ En Roxin encontramos también un esfuerzo por cimentar un criterio específico para definir la entidad de la aportación al hecho, consistente en hacer una valoración en la cual, explicada *grosso modo*, se afirmará que el interviniente tiene el hecho en sus manos si la retirada de su contribución supondría el desbaratamiento del plan¹⁴ (dominio del hecho).

Gimbernat considera que la tesis de Roxin no convence en ninguno de sus puntos fundamentales,¹⁵ rechazando en primer lugar que el coautor sea la figura central del delito,¹⁶ toda vez que en su opinión hay casos en los que hay posiciones marginales de unos coautores frente a otros, ya que, por ejemplo, no es igual la posición en el hecho delictivo del coautor que se limita a esperar en el auto, en un robo, a la del coautor que en el transcurso del mismo hecho delictivo ahorca a una persona para ocasionar su muerte. También critica Gimbernat el criterio delimitador de Roxin en la contribución al hecho delictivo, diciendo que nos lleva a juicios hipotéticos: nos dice Gimbernat ¿de dónde sabe Roxin que la retirada de una contribución al hecho lleva al fracaso del plan?¹⁷

Díaz y García Conlledo, haciendo un análisis minucioso de lo expuesto por Roxin en su *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, nos explica que en base al ejemplo que nos da el maestro de Munich, el ejemplo del “aprendiz”¹⁸ de una banda de maleantes que es llevado por primera vez a un atraco para que vaya aprendiendo dándole un papel de vigilancia secundario, podemos deducir como criterio de aportación al hecho la importancia que subjetivamente da el conjunto de intervinientes a la colaboración de uno de ellos dentro del plan.¹⁹ Criterio el cual creemos es más subjetivo aún que el criticado por Gimbernat sobre lo que considera este autor son juicios hipotéticos, por lo que pensamos que si bien no es el mejor criterio para realizar esta delimitación el verdaderamente propuesto por Roxin, sí es el que nos ofrece por lo menos una mejor alternativa, por el momento, para darle solución a esta problemática.

13 *Op.cit* sexta edición, pág. 439.

14 Roxin, Claus, *Autoría y dominio*. . . pág. 309.

15 Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*. . . pág. 146.

16 *Vid.* Roxin, *Autoría y dominio*. . . pág. 310.

17 Gimbernat, *Autor y cómplice*. . . pág. 148.

18 Roxin, *Autoría y dominio*. . . pág. 313.

19 Díaz y García Conlledo, *op.cit* pág. 669.

La coautoría podemos concluir, parafraseando a Muñoz Conde y García Arán, es una especie de conspiración (ya que va precedida del acuerdo ejecutivo previo) llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que, por definición, no sucede en la conspiración.²⁰

Podemos ejemplificar la coautoría en términos generales, cuando los sujetos A, B, C y D planean durante cuatro meses el robo a un banco, designando los siguientes roles para garantizar el éxito del atraco: El sujeto A será quien se mantenga en la puerta vigilando que no venga la policía, mientras el sujeto B será el designado para mantener vigilados a los rehenes, el sujeto C se encargará de amagar a los custodios y trabajadores del banco en un cuarto aparte, mientras D será el encargado de introducirse a la bóveda y guardar el dinero en bolsas negras.

Cabe resaltar que la corte a su vez también se ha pronunciado respecto al tema de la coautoría, tal y como se aprecia en el siguiente criterio jurisprudencial:

COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su reali-

20 *Op.cit* sexta edición, pág. 438.

zación, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida “codominio funcional del hecho”; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

De la misma forma, la siguiente tesis aislada nos permite distinguir algunos elementos importantes de la coautoría, mismos que ya han sido materia de estudio en el presente capítulo.

COAUTORÍA. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).

La coautoría, conforme a la fracción III del artículo 18 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención. En la coautoría es necesario, además del acuerdo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. Como el autor, el coautor realiza la actividad delictuosa descrita en un concreto tipo penal conjuntamente con otro u otros. En rigor técnico el coautor es un autor y, por ello, la coautoría es una autoría que se singulariza por el dominio que sobre el hecho ejercen en común todos los autores, quienes intervienen de acuerdo en la ejecución del delito; ello implica que el coautor es quien está en posesión de las condiciones personales del autor y ha participado de la decisión común respecto del hecho delictivo. Entonces, en el todo que constituye el hecho típico, el coautor con su actuación contribuye con una parte que complementa la de los demás copartícipes o autores y ello precisamente justifica el que responda del delito en su integridad. El dominio del hecho, en la parte que corresponde a cada coautor, se origina en la decisión común de todos para ejecutar el delito. Mediante esa decisión conjunta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, de tal manera

que cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

Con ayuda del criterio que hemos tratado de esbozar en este apartado también podemos considerar coautores al jefe y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas, o que son parte integrante fundamental en la realización del delito, aunque no estén presentes en su ejecución.²¹

En otras palabras, creemos que dentro de la coautoría cabe incluir tanto casos de coautoría ejecutiva como de coautoría no ejecutiva, las cuales explicaremos brevemente por haber hecho ya, anteriormente, alusión a ellas en el contenido de este apartado.

Por cuanto hace a la **coautoría ejecutiva** se hace la distinción entre la coautoría ejecutiva directa y la coautoría ejecutiva parcial.

La *coautoría ejecutiva directa*, también llamada coautoría simple o propia, es aquella en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos. Su particularidad consiste en que hay un dominio del hecho unitario que es común a varias personas.²²

La *coautoría ejecutiva parcial* es aquella en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas.²³

La tesis aislada que se transcribe a continuación, señala que efectivamente, no es necesario que todos los coautores ejecuten la totalidad de los actos tendientes a la realización del delito, sino que, por el contrario, al tener una división de tareas previa al hecho, es suficiente con que cada uno de ellos realice la tarea que le fue conferida:

COAUTORÍA AGRAVADA Y RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA. SU DIFERENCIA E INCOMPATIBILIDAD.

A diferencia de la responsabilidad correspectiva, la coautoría, caracterizada por el codominio funcional del hecho, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, esto es, ninguno de los inter-

21 *Ibíd.* pág. 440.

22 Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal. . . sexta edición, pág. 439.

23 *Ibíd.*

vinientes realiza aquélla en su totalidad, sino que se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los activos; de ahí que se considere coautor al que realice un aporte necesario para llevar adelante el hecho en la forma planeada, registrando una imputación inmediata y mutua de los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común, debiendo considerarse a dichos autores, no como instrumento, sino como ejecutores del delito en su conjunto; siendo irrelevante que varios de ellos materialicen, además, actos tendientes a la configuración del núcleo típico (matar por ejemplo) e incluso que se ignore quién produjo el golpe finalmente letal, pues ante la configuración de las agravantes y la división de tareas previas para la consumación final de la muerte deseada por todos es intrascendente esa indeterminación pues, en tal caso, se actualizan las circunstancias de agravación y no la atenuante, al ser éstas incompatibles.

Cabe apreciar en esta coautoría ejecutiva a la también llamada sucesiva o impropia (*sukzessive Mittäterschaft*). López Barja de Quiroga nos dice que es aquélla en la cual una persona toma parte en un hecho, cuya ejecución se inició en autoría única por otro sujeto, y ensamblando su actuación con la de éste logra su consumación,²⁴ aunque cabe aclarar que el sujeto solamente responderá por lo que ocurra a partir de su intervención.²⁵

Por lo que hace a la **coautoría no ejecutiva**, según la concepción aquí sostenida entendemos que es posible apreciar también la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, incluso aunque alguno o algunos de los coautores ni siquiera estén presentes en el momento de su ejecución.²⁶

Sobre los límites a esta forma de autoría en general, Aboso nos explica que son dos básicamente 1) el exceso en que incurre alguno de los coauto-

24 *Op.cit* pág. 76.

25 Jescheck y Weigend, *op.cit* pág. 730-2, Stratenwerth, *Derecho penal parte general I; el hecho punible*, edit. Thomson civitas, Navarra, 2005, pág. 337-88 y Bacigalupo, *op.cit* pág. 367, Aboso, nos dice que el caso comúnmente citado es el del ladrón que irrumpe en un negocio para robar mediante la forzada de la puerta de acceso, pero el botín es más jugoso de lo esperado por el haciéndose necesaria la concurrencia de otra persona para su apoderamiento total. *op. cit* págs. 31 y 32.

26 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. . . sexta edición*, pág. 439.

res (doloso), y 2) cuando uno de los coautores actúa de forma aislada cuando el o los otros ya han considerado concluido el hecho conjunto.²⁷

En este punto, es de suma relevancia analizar el criterio vertido en la tesis aislada que a continuación se transcribe:

COAUTORÍA EN EL HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. CASO EN EL QUE SE ACREDITA ÉSTA Y NO LA INSTIGACIÓN, CUANDO DICHO DELITO SE COMETIÓ PARA EVADIR LA DETENCIÓN POR UN ROBO Y SE ADVIERTE QUE EL QUEJOSO TUVO EL CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y SE ACTUALIZÓ LA FIGURA DEL DELITO EMERGENTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a la inducción o instigación a la comisión de un delito, como una forma de autoría que precisa una actividad desplegada por el autor sobre el instigado, encaminada a determinar a éste a la ejecución de un cierto hecho delictuoso, excluyéndose por tanto la mera proposición, pues instigar o inducir requiere de una actividad que lleve como finalidad el convencer y mover la voluntad ajena plegándola a la del propio inductor o instigador, para que el autor material lo ejecute en beneficio de aquél. De modo que si en la especie la Sala responsable estimó acreditar la intervención del quejoso en carácter de instigador a que alude el artículo 22, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, cuando se advierte que su participación, lejos de provocar en el autor una influencia suficiente

27 *Op. cit.*, pág. 35, respecto al exceso no doloso, específicamente al error *in persona*, el autor citado nos dice que “La doctrina mayoritaria entiende que el error *in persona* en el que incurre el coautor carece de relevancia, ya que el mandato de prohibición contenido en el delito de homicidio no atiende a la identidad de la víctima, sino al objeto de la acción típica, esto es, que se trate de una persona y no de *quién* se trata. Una postura minoritaria sostiene, por el contrario, que el error *in persona* sí es relevante, de acuerdo a lo cual sólo cabría formular reproche bajo la modalidad imprudente, pero no dolosa. Para afirmar esto, se dice que el plan original no contemplaba el disparo a otro cómplice, sino que la violencia debía dirigirse única y exclusivamente contra aquellas personas que intentaran frustrar el robo. En consecuencia, esta situación debería ser tratada como una *aberratio ictus* en la persona de la víctima, y así imputar un exceso imprudente del coautor que disparo, y no... habilitar una imputación dolosa del homicidio en grado de tentativa para todos los demás intervinientes <incluso la propia víctima>).

para tomar la decisión de cometer el resultado típico al manifestarle a su cóculpado quien portaba un arma de fuego “tírale” al pasivo, dicho momento patentiza el codominio funcional del hecho que mantuvo el quejoso en la secuencia criminal, a virtud del reparto de funciones específicamente asignadas, consistentes en funciones de vigilancia durante la realización del diverso ilícito de robo a virtud de una voluntad concomitante, al sumar de manera tácita posteriormente su voluntad dolosamente al gritarle a su cóculpado que disparara al pasivo a fin de evadir la detención, lo que actualiza la figura del delito emergente en razón de que el obrar conjunto, en la unidad de propósito delictivo en el delito de robo, en un codominio funcional del hecho y en el reparto de tareas asignadas, al estar el quejoso presente materialmente en el hecho fáctico del homicidio tentado, no hizo nada para impedir su ejecución de carácter emergente, por el contrario, se unió al propósito criminal de su cóculpado en la acción tendiente a privar de la vida al ofendido; por lo que el hecho de que la Sala responsable lo juzgara por el mismo delito pero a título de instigador, sólo constituye el acreditamiento de la forma de intervención del delito dentro del proceso; con lo cual la precisión de acreditar su plena responsabilidad en su comisión pero a título de coautor material, no conlleva a concederle la protección constitucional, ya que no se rebasa la acusación del Ministerio Público, que lo es por el mismo delito materia del acto reclamado, pues la conducta núcleo verbo rectora del tipo penal con su calificativa no sufre variación alguna, sino que sólo constituye una precisión de grado de intervención; lo que no actualiza violaciones a las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, pues tanto el tribunal de apelación como el Tribunal Colegiado, al conocer del amparo directo, al hacer dicha precisión no puede estimarse una variación de los hechos materia de la acusación; máxime, que la punibilidad prevista para ambas formas de participación tiene la misma sanción.

El criterio bajo el cual se ha explicado el tema de la coautoría dista mucho del criterio enunciado en el párrafo anterior, ya que consideramos que del caso concreto que se estudia en dicha tesis de ninguna forma se puede sancionar el actuar del sujeto que se limita a gritarle a su compañero que accione su arma de fuego como coautor, ya que en la misma tesis se señala atinadamente que nos encontramos ante la presencia de un delito emergente, razón por la cual resulta evidente que no pudo existir con anterior-

ridad al hecho un plan común, en el cual realizarán una división de roles, delimitándose el rol del sujeto únicamente a gritarle a su compañero “tírale”, ya que debemos recordar que la aportación que dé el sujeto al plan común debe ser crucial para obtener el fin planeado y querido, y al encontrarnos ante un delito de naturaleza emergente, es incuestionable que la realización de dicho ilícito surgió en el momento mismo de verse acorralados, y la única forma para castigar a la persona que invita a su compañero a accionar el arma podría ser a través de la figura del inductor o instigador, siempre que dicha invitación haya sido suficiente para crear en el autor material la resolución de cometer la conducta delictiva, pero no podríamos castigarle a título de coautor, ya que de los elementos que necesariamente componen dicha figura, podemos percatarnos que no existe un plan común anterior, ni una división de roles, ni mucho menos codominio funcional del hecho, el cual se encuentra completamente en las manos de aquel que sostiene el arma de fuego.

Para el caso de los delitos culposos, en ningún caso podrá observarse coautoría cuando en el resultado hayan intervenido diversas personas actuando culposamente cada una de ellas. En ese caso, cada una deberá responder a título de autor material, aún y cuando el resultado típico sea la consecuencia de la suma de las acciones culposas concurrentes, ya que la calificación de la culpa atiende al proceder concreto del sujeto activo en una situación específica, por lo tanto su conducta no puede ser fraccionada, lo que implica que solo puede realizarla por sí mismo, y por ende, solo puede actualizarse esta clase de ilícitos a través de la autoría material directa.

Sirven de sustento a lo anterior expuesto los siguientes criterios vertidos en tesis aisladas:

DELITOS CULPOSOS. AL NO PODERSE FRACCIONAR LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS QUE COMETEN ESTA CLASE DE ILÍCITOS, SÓLO PUEDEN ACTUALIZARSE A TRAVÉS DE AUTORÍA MATERIAL DIRECTA.

Una de las características esenciales de los delitos culposos, en términos del párrafo segundo del artículo 9o. del Código Penal Federal, es la violación a un deber de cuidado que el sujeto debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales. De esta manera, si la calificación de la culpa atiende al proceder concreto del sujeto activo ubicado en una situación específica, entonces, resulta inconcuso que no es factible fraccionar su conducta; lo que implica que sólo puede realizarla

por sí mismo y, por ende, que sólo puede actualizarse esta clase de ilícitos a través de autoría material directa.

DELITOS COMETIDOS POR CULPA CON REPRESENTACIÓN. SI EN SU CONSUMACIÓN INTERVIENEN VARIOS SUJETOS EL JUZGADOR, PARA ACREDITAR DICHS ILÍCITOS, DEBE PRECISAR LA CONDUCTA CONCRETA DE CADA UNO DE ELLOS.

Si la forma de autoría conjunta no se admite para los delitos cometidos por culpa con representación, entonces, para el caso de que en éstos intervengan varios sujetos, cada uno de ellos tendrá el carácter de autor material. De esta manera, el resultado típico será la consecuencia de la suma de las acciones culposas concurrentes; de donde se advierte que para acreditar este delito es necesario que el juzgador precise la conducta concreta de cada uno de los sujetos, es decir, que a través de los correspondientes medios de prueba se establezca, con toda precisión, en qué consistió la violación concreta al deber de cuidado que debían y podían observar, según las circunstancias y las condiciones personales, así como el grado de contribución que la misma representó para la consumación del delito; en el entendido de que si cada una de estas conductas fuera capaz de producir por sí misma el resultado típico se trataría de delitos diversos.

Bibliografía

Alcácer Guirao, Rafael, *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*, edit. Edisofer s.l., Madrid, 2001.

Ambos, Kai, *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, número 8, 2001, págs. 195 a 206.

Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, número tres, edit. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, enero de 1999, págs. 133 a 165.

Azzolini, Alicia, *La autoría en el sistema penal mexicano*, en *revista Criminología*, Academia mexicana de ciencias penales, edit. Porrúa, México, 2001, págs. 127 a 156.

- Bacigalupo, Enrique, Principios de Derecho penal parte general, quinta edición, edit. Akal/iure, Madrid, 1997.
- Ballve, Faustino, *El problema de la participación en el delito*, en revista Criminología, Academia mexicana de ciencias penales, México, 1954, págs. 595 a 607.
- Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho penal mexicano parte general, edit. Porrúa, México, 2004.
- Blanco Cordero, Isidoro, Límites a la participación delictiva, las acciones neutrales y la cooperación en el delito, edit. Comares, colección estudios de Derecho penal, Granada, 2001.
- Bockelmann, Paul, Relaciones entre autoría y participación, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- Bolea Bardon, Carolina, Autoría mediata en Derecho penal, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 170, Valencia, 2000.
- Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Nuevo sistema de derecho penal, edit. Trotta, Madrid, 2004.
- Castaldo, Andrea Raffaele, La imputación objetiva en el delito culposo de resultado, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- Cerezo Mir, José, Curso de Derecho penal español parte general: III teoría jurídica del delito/2, edit. Tecnos, Madrid, 2001.
- *Autoría y participación en el código penal vigente y en el futuro código penal*, en La reforma del Derecho penal: trabajos del seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho penal, Universidad Autónoma de Barcelona, edit. Bellaterra, Barcelona, 1980, págs. 231 a 245.
- Champo Sánchez, Nimrod Mihael, El dominio del hecho: formas de autoría en el delito, Edit. Porrúa, México, 2005.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas Salvador, Derecho penal parte general, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuello Contreras, Joaquín, *La estructura ontológica de la autoría y la participación y su correspondencia axiológica*, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 275 a 430.
- Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito, edit. Cárdenas editor distribuidor, México, 2001.
- Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal parte general: conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del

- delito funcionalista social, edit. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, edit. Ppu, Barcelona, 1991.
- García Jiménez, Arturo, *Dogmática penal en la legislación mexicana*, edit. Porrúa, México, 2003.
- Donna, Edgardo, *El caso del homicidio del cardenal Posadas y la dogmática penal*, en Aa. Vv., *Las ciencias penales y el homicidio del cardenal Posadas*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 45 a 62.
- La autoría y la participación criminal, segunda edición ampliada y profundizada, edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos aires, 2005.
- Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 302, Valencia, 2004.
- Foffani, Luigi, *Criminalidad organizada y criminalidad económica*, en *Revista Penal*, edit. La ley, número 7, España, enero de 2001, págs. 55 a 66.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, edit. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966.
- Autor y cómplice en Derecho penal: anexo concurso de leyes, error y participación en el delito, edit. B de F, Montevideo-Buenos aires, 2006.
- Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito: Derecho penal parte general*, edit. Civitas, Madrid, 1992.
- El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, edit. Ministerio de justicia, tomo XXXVII, Fasc. I, enero-abril, Madrid, 1984, págs. 103 a 131.
- Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías número 41, Valencia, 1995.
- González-Salas Campos, Raúl, *El tipo de autor y el tipo de participación*, revista *Criminología*, Academia mexicana de ciencias penales, edit. Porrúa, México, 1998, págs. 143 a 166.
- Greco, Luís, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, edit. Lumen Juris, Brasil, 2005.

- Gutiérrez Rodríguez, María, *La responsabilidad penal del coautor*, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 200, Valencia, 2001.
- Hernández Plasencia, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, edit. Comares, Granada, 1996.
- Hirsch, Hans Joachim, *Acerca de los límites de la autoría mediata*, Presupuestos para la reforma penal 1, Universidad de la Laguna, 1992, Centro de Estudios Criminológicos, págs. 105 a 120.
- Jakobs, Günther, *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, en *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, Centro de estudios de política criminal y ciencias penales, edit. Jus poenale, México, 2002, págs. 1 a 33.
- Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- La imputación objetiva en Derecho penal*, edit. Civitas, Madrid, 1996.
- Representación del autor e imputación objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, edit. Ministerio de justicia, tomo XLIV, Fasc. II, mayo-agosto, Madrid, 1991, págs. 493 a 513.
- Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, quinta edición corregida y ampliada, edit. Comares, Granada, 2002.
- Jiménez Martínez, Javier, *La estructura del delito en el Derecho penal mexicano*, edit. Ángel editor, México, 2004.
- Kindhäuser, Urs, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, en *Revista Penal*, numero 11, edit. La ley, España, enero de 2003, págs. 53 a 69.
- Lesch, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, edit. Ministerio de justicia e interior, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1995, págs. 911 a 972.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, edit. akal/iure, Madrid, 1996.
- López Peregrín, Ma. Carmen, *La complicidad en el delito*, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 73, Valencia, 1997.
- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, tercera edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Marín De Espinosa Ceballos, Elena B, Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 256, Valencia, 2002.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, Derecho penal económico parte general, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Meini, Iván, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, edit. Tirant lo Blanch, serie monografías, número 298, Valencia, 2003.

Mezger, Edmund, Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, edit. Tirant lo Blanch, serie alternativa, Valencia, 2000.

Mir Puig, Santiago, Derecho penal parte general, séptima edición, segunda reimpresión, edit. Reppetor, Barcelona, 2005.

Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal parte especial, decimoquinta edición, revisada y puesta al día, edit Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

–Introducción a Roxin, Claus, Política criminal y sistema del Derecho penal, 2ª edición, 1ª reimpresión, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

–*Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, en Revista Penal, número 9, enero del 2002, edit. La ley, España, págs. 59 a 97.

–*¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”?*, en Revista penal, número 6, julio del 2000, edit. Ciss-Praxis, España, págs. 104 a 114.

–El delito de alzamiento de bienes, segunda edición revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, edit. Bosch, Barcelona, 1999.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho penal parte general, sexta edición revisada y puesta al día, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

–Derecho penal parte general, quinta edición revisada y puesta al día, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Peñaranda Ramos, Enrique, Concurso de leyes, error y participación en el delito, edit. Civitas, Madrid, 1991.

- La participación en el delito y el principio de accesoriedad, edit. Tecnos, Madrid, 1990.
- Quintero Olivares, Gonzalo, Parte general del Derecho penal, edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- Rebollo Vargas, Rafael, *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; volumen LIII, Fascículo único, edit. Ministerio de justicia, enero-diciembre, Madrid, 2000.
- Robles Planas, Ricardo, La participación en el delito: fundamento y límites, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- Roxin, Claus, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata (Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft), manuscrito de la traducción a cargo de la Prof. Dra. Justa Gomez Navajas de la conferencia impartida el día 23 de marzo del año 2006 con motivo de la clausura del doctorado en “problemas actuales del Derecho penal y de la criminología” de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España.
- Política criminal y sistema de Derecho penal, 2ª edición, 1ª reimpresión, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, traducción de Francisco Muñoz Conde.
- Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, séptima edición, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona y Madrid, 2000, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.
- Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, en Aa. Vv. Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la universidad Pompeu Fabra), edit. Civitas ediciones, Madrid, 2000, págs. 157 a 178, traducción de Teresa Castiñeira Palou.
- Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Revista Penal, número 2, edit. Ciss-Praxis, España, 1998, págs. 61 a 65.
- Rueda Martín, Ma. Ángeles, *Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso*, en Revista Penal, edit. la Ley, No. 9, España, enero de 2002, págs. 122 a 133.
- Ruiz Anton, Luis Felipe, El agente provocador en el Derecho penal, edit. Edersa, Madrid, 1982.

- Salazar Sánchez, Nelson (coordinador), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, edit. Idemsa, Perú, 2007.
- Samson, Erich, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal: una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- Stratenwerth, Günter, *Derecho penal parte general I; el hecho punible*, edit. Thomson civitas, Navarra, 2005.
- Tavares, Juarez E. X., *Teorías del delito, variaciones tendencias*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
- *Teoria do injusto penal*, tercera edición revisada y ampliada, edit. Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- Welzel, Hans, *Estudios de Derecho penal*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- Wessels, Johannes, *Derecho penal parte general*, edit. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro, *Derecho penal parte general*, edit. Porrúa, México, 2001.
- Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, edit. Ángel editor, sexta reimpresión, México, 2003.

ENSAYO BREVE SOBRE LA ACCIÓN LEGISLATIVA Y EL DERECHO PENAL

Manuel Vidaurri Aréchiga¹

¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas.

*César Bonesano, Marqués de Beccaria
Tratado de Los Delitos y de las Penas (1764)*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algo sobre la ciencia penal: a) Dogmática jurídica penal; b) La Criminología; c) La Política criminal. III. Fundamento funcional y político del Derecho penal: a) Fundamento funcional; b) Fundamento político. IV. ¿Qué se entiende por bien jurídico? V. Orientaciones derivadas de algunos principios limitadores del ius puniendi: a) Exclusiva protección de bienes jurídicos; b) Intervención mínima y carácter fragmentario; c) Efectividad y eficacia; d) De proporcionalidad; e) De culpabilidad; f) De humanidad de las penas y dignidad de la persona humana. VI. El poder de legislar: dos reflexiones básicas: a) Acerca del legislador responsable; b) El discurso legislativo. VII. A modo de conclusión. Bibliografía.

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, Profesor investigador de la Universidad De La Salle Bajío, León, Estado de Guanajuato, México y Vicerrector de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

I. Introducción

Se abordan en este ensayo algunas ideas y reflexiones en torno a la labor legislativa relacionada con el Derecho penal. El punto de partida consiste en sostener que una actividad de tan elevada significación social como la de crear las normas jurídicopenales entraña, no sólo el ejercicio del poder punitivo estatal *per se*, sino que también el reconocimiento de una serie de principios que controlan la facultad sancionadora del Estado.

Para desarrollar esta compleja tarea, el legislador debe conciliar los intereses y preocupaciones sociales con las exigencias sistemáticas que caracterizan al Derecho penal de signo garantista. Notoriamente, el reto conciliatorio no parece de fácil acometida, sobre todo si se tiene en consideración la legítima exigencia social de mayor seguridad y de acciones eficaces frente al delito, exigencia que, por otra parte, en muchas ocasiones se inclina por el establecimiento de medidas radicales contra la delincuencia. Al reclamo social sobreviene la intervención legislativa, traducida en la creación de nuevos tipos penales o en el incremento de sanciones para los ya existentes. De suyo, la respuesta del órgano legiferante al fenómeno delictivo es algo que no sólo se desea oportuna, sino que también se confía en su pertinencia técnica.

Una estructura mayoritariamente aceptada por la doctrina juspenalista, identifica como ejes vertebrales de la ciencia penal los representados por la Dogmática penal, la Criminología y la Política criminal. El *saber normativo*, contenido en la dogmática penal, implica la construcción, interpretación, sistematización y crítica de la norma penal. Por su parte, toca a la criminología (*saber empírico*) ofrecer las explicaciones o análisis de la realidad concreta donde se manifiesta el fenómeno delictivo que motiva la utilización del Derecho penal u otra medida legislativa o preventiva específica, y corresponde a la Política criminal, entendida como acción gubernamental, decidir el tipo de respuesta (legislativa, asistencial, educativa, etc.) más adecuada al problema detectado.

Los ejes disciplinares mencionados, auténticos soportes técnicos de la ciencia jurídicopenal, no podrían cumplir cabalmente su cometido si no fuera por la influencia y complementariedad que sobre los mismos tienen los Derechos Humanos. De tal modo que, en definitiva, se impone la integración de los diversos instrumentos de Derechos Humanos en la medida que aportan un elemento insustituible en los asuntos criminales: la no-

ción de dignidad humana.² Tal sería el marco conceptual que circunscribe la labor legislativa jurídico-penal.

Si alguna utilidad puede tener este ensayo, será la de poner de relieve el significado que tiene para la configuración de la norma penal la asunción de los elementos científicos o doctrinales derivados de los ejes mencionados antes, así como las prescripciones vinculantes de los ya referidos instrumentos de Derechos Humanos.

El objetivo principal del presente ensayo de investigación es el de ofrecer a las y los legisladores una opinión que fortalezca su quehacer como representantes sociales, especialmente en su vertiente de creadores de instrumentos legales.

II. Algo sobre la ciencia penal

Vale decir que es prácticamente generalizado el reconocimiento doctrinal acerca de la existencia de una ciencia de lo jurídico penal, compuesta de tres disciplinas concurrentes: la Dogmática penal, la Criminología y la Política criminal. A cada una de estas disciplinas les compete el estudio de un objeto preciso de estudio, el que se realiza siguiendo las metodologías que les son más apropiadas.

Por lo que respecta a la ciencia penal, el objeto de estudio será el orden jurídico en su conjunto y, en particular, aquél referido a la cuestión penal. El método seguido por las disciplinas integradoras de la ciencia penal se ajustan a cada uno de éstas. Así, el estudio analítico de las normas jurídico-penales se realiza a partir de la utilización del método dogmático (o técnico jurídico); la Criminología se vale del método empírico e interdisciplinario y la Política criminal, al constituir un *saber vinculante*, ubicado entre la dogmática penal y la Criminología, adopta un método interdisciplinario.

A) DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

Se dijo antes que el método adecuado para conocer el contenido del Derecho penal es la dogmática penal. Sirve para interpretar el sentido y teleología de las normas, así como para vincularles sistemáticamente con otras normas penales o de otro tipo; también sirve para realizar ejercicio de revisión crítica de los alcances y deficiencias que, eventualmente, tengan las

2 Así el Código penal de la República de Panamá, que indica en su artículo 1º lo siguiente: "Este Código tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana".

normas de cara al cumplimiento de sus funciones. En términos generales, la dogmática penal -ciencia penal en sentido estricto- se ocupa del Derecho positivo vigente. En este empeño, la dogmática muestra cuatro fases o dimensiones destacables, a saber: creación, interpretación, sistematización y crítica.

La fase de **interpretación** de las normas es la actividad intelectual de la que deriva la comprensión de aquello que el legislador ha querido resolver o regular. Los criterios gramatical, histórico, sistemático y teleológico son los usados por los juristas para desentrañar el sentido de la norma, aunque no serían los únicos pues cabe mencionar también los criterios interpretativos que surgen de la actividad jurisdiccional y de la realizada por los académicos -denominada doctrinal-, pero sobre todo la que surge del sentido que el propio legislador asignó a la norma, la conocida como interpretación auténtica. Esta última es de especial interés en el presente ensayo, puesto que implica que el autor de la norma debe cuidar celosamente las palabras utilizadas, más si es que las mismas poseen alguna connotación técnico-jurídica.

Por lo que respecta a la **sistematización**, como fase del quehacer de la dogmática penal, esta indica que se requiere la adopción de un sistema de estudio del Derecho penal. En este caso, el sistema debe entenderse como un medio y no como un fin en sí mismo. Naturalmente, el sistema debe tener en cuenta las necesidades reales, así como los fines perseguidos por el colectivo social, para no convertirse en un ejercicio de erudición soberbio e inútil. Otro aspecto de singular importancia en este rubro consiste en lograr un equilibrio entre el pensamiento sistema y el pensamiento problema (uno ve al devenir estructural y funcional del propio sistema, y el otro atiende más a la búsqueda de soluciones a los problemas concretos). El espacio académico es proclive a la revisión analítica de las sistemáticas, siendo de tales discusiones de donde surgen nuevos paradigmas que luego, en virtud de su congruencia lógica, son aprovechadas e instrumentalizadas por el legislador.

Un antídoto al inmovilismo científico radica en la actitud **crítica**. Esta dimensión propicia el desarrollo de la disciplina penal. La crítica jurídica es la que se proyecta sobre el principal producto legislativo: la norma jurídica; se realiza fundamentalmente para verificar, por ejemplo, su eficacia, claridad, cuidado técnico en su elaboración, congruencia intra y extrasistemática con el orden jurídico en su conjunto. Es posible hablar también de una crítica de la decisión político criminal de la que la norma jurídica es portadora y cuyo objetivo consiste en hacer efectivos objetivos puntuales del Estado en relación con el fenómeno criminal.

B) LA CRIMINOLOGÍA

La Criminología representa la sabiduría empírica e interdisciplinaria sobre la cuestión criminal. El dato criminológico posee como características distintivas las de su fiabilidad, verificabilidad y posibilidad de contrastación, atributos propios del conocimiento científico, todo lo cual le permite determinar las principales causas o factores determinantes del fenómeno criminal. Dentro de las muchas funciones que cumple, la de cuestionar la eficacia de las medidas penales adoptadas, por mencionar solo una, le caracterizan como **la conciencia crítica del sistema penal**, lo que se refrenda cuando revisa el funcionamiento de las instituciones que lo conforman y la pertinencia y efectividad del instrumental legislativo utilizado.

Las indagaciones que realiza sobre el crimen, el sujeto delincuente, la víctima y los mecanismos de control social formales e informales utilizados, constituyen parte de su fortaleza disciplinar, situándole en la inmejorable plataforma desde la que se formulan explicaciones y medidas estratégicas de prevención del delito y de la conducta antisocial. Los resultados de la investigación criminológica constituyen, pues, la mejor evidencia empírica que fundamenta el diseño e implementación de la Política criminal.

C) LA POLÍTICA CRIMINAL

Se la entiende como parte de la política social del Estado. Son las medidas o acciones que la autoridad gubernamental realiza para cumplir con los objetivos que le son inherentes. Aplicada al problema delictivo, se manifiesta a través de las decisiones legislativas mediante las cuales son creados nuevos tipos penales y se ajustan las sanciones preexistentes. Hablar de política criminal es hablar de la orientación seguida por el sistema penal, así como de sus objetivos puntuales y la forma en las que se busca alcanzarlos. En buena medida, el legislador penal es responsable del contenido y orientación de las líneas de acción político-criminales adoptadas por el Estado.

El uso -muchas veces indiscriminado- del Derecho penal es una forma de contribuir en la definición de la línea de control social por la que transitarán las instancias estatales. Al punto, es deseable que la política criminal sustente sus contenidos y derroteros en las aportaciones criminológicas, convirtiéndose de este modo en una política criminal basada en evidencias.

Al recapitular sobre lo anotado antes, es notoria la relación existente entre Dogmática penal, Criminología y Política criminal. Les vincula indiscutiblemente el interés manifiesto de luchar contra la criminalidad, aunque cabe decir que las formas en las que participan en tal objetivo asumen diferentes perspectivas y se valen de herramientas diferentes. Que la Po-

lítica criminal sea considerada como una teoría de la legislación y que la Dogmática penal sea directamente asociada a la tarea jurisdiccional, es un hecho que demuestra nítidamente la especial forma en la que ambas disciplinas se integran para articular su discurso en torno al delito, discurso al que habría que adicionar la impronta empírica de la Criminología de la que surgen los insumos realistas e insoslayables de la decisión político criminal.

La creación legislativa en materia penal, en la personal opinión que hora defendemos, no puede mantenerse al margen de las aportaciones y alcances que emergen de cada una de las disciplinas de la ciencia penal, al modo de configurar los elementos conceptuales y técnicos del discurso o argumento legislativo. La Criminología aporta información valiosa acerca de las conductas antisociales que luego, por intervención del legislador, pueden adquirir una connotación jurídica (como tipo penal con consecuencias), mediando para esto la decisión políticocriminal, expresión técnica de una exigente ponderación legislativa.

III. Fundamento funcional y político del Derecho penal

Un ejercicio reflexivo sobre la actividad legislativa no puede ignorar el fundamento funcional y político sobre el Derecho penal. Se presenta enseguida una más que breve recensión sobre tales puntos.

A. FUNDAMENTO FUNCIONAL

Se tiene asumido que el fundamento del Derecho penal radica en la protección de bienes jurídicos. Propio del Derecho penal es la protección de la sociedad; protección que se logra cuando se protegen los más importantes intereses sociales de ataques o vulneraciones injustificadas. Una característica evidente de la convivencia social es la de su permanente estado de conflicto. No existen sociedades sin delito; tal parece que es consustancial a su devenir cotidiano. Por lo tanto, suponer la existencia de una sociedad compuesta por seres respetuosos de las normas sociales y jurídicas que, en todo momento, y bajo cualquier circunstancia, ajustan sus comportamientos a las indicaciones normativas, no deja de ser más que un anhelo utópico.

Tampoco es lógico asumir que el individuo puede vivir aisladamente, pues es la convivencia la que le permite lograr determinados fines, además de satisfacer sus más elementales necesidades. La regulación de la vida comunitaria depende pues, en buena medida, de la observancia de la norma jurídica, aunque no solamente. Tanto o más que las jurídicas, las normas sociales contribuyen igualmente a controlar aquellos impulsos humanos que, de una u otra manera, lesionan intereses generales o individuales. En

cualquier caso, la protección de bienes jurídicos se obtiene mediante el uso de penas y medidas de seguridad, orientadas a la prevención general y especial de delitos.³

B. FUNDAMENTO POLÍTICO

Bajo este epígrafe se quiere dar respuesta -así sea sintéticamente- a la interrogante que se formula acerca del porqué el Estado puede valerse del Derecho penal. Es frecuente en la doctrina escuchar la aseveración, cierta por lo demás, de que a cada forma de Estado le corresponde una expresión del Derecho penal. En este sentido, queda claro que un Estado autoritario el Derecho cumple una función de mero control y dominación que se extiende en todos los ámbitos de la vida social (político, social, económico, cultural, religioso, etc.). En el modelo de Estado no democrático, el Derecho es un enérgico instrumento de represión. Cosa diferente sucede bajo el modelo de Estado democrático, donde el Derecho penal se adhiere al marco rector de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, lo que en cierto modo equivale a decir que respeta la dignidad humana y procura respetar el catálogo de principios garantistas que velan tanto por los derechos de la víctima como por los del autor de los hechos delictivos.

Sostener que el Derecho penal cumple una función social remite directamente al reconocimiento de la responsabilidad que con la sociedad tiene Estado, ente al que toca asegurar la prevalencia, respeto y garantía de los intereses más preciados de la comunidad, esos que luego de ser evaluados por el legislador alcanzan el rango de bienes jurídicos. Que tales bienes jurídicos sean protegidos por el Derecho penal significa, en definitiva, que se trata de intereses de suprema trascendencia para el colectivo.

Esta doble vertiente fundamentadora del Derecho penal sirve al efecto de entender mejor que, por un lado, su función inmediata consiste en proteger bienes jurídicos y, de otro lado, que esta protección no puede hacerse sin respetar una serie de principios limitadores del poder penal estatal. Se impone, pues, ocuparse de dilucidar lo que se entiende por bien jurídico y cuales son y en qué consisten esos pregonados límites o principios que domestican el *ius puniendi*.

3 Véase Artículo 7 del Código Penal de la República de Panamá, que a la letra establece: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado”.

IV. ¿Qué se entiende por bien jurídico?

A través del Derecho penal el Estado tiene el deber y obligación de cumplir con una trascendente función social: proteger bienes jurídicos.⁴ Esta función es el resultado de la acción legislativa mediante la cual se producen las tipificaciones penales que consignan determinados supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. Es pertinente recordar que el de bien jurídico es uno de los conceptos más discutidos en la teoría penal, debate que escapa al espacio disponible en este texto.

No obstante, no sobra adelantar una definición de bien jurídico, que puede entenderse como aquel interés humano que reclama especial protección. Naturalmente, estos intereses humanos deben ser de tal envergadura o trascendencia que, por lo mismo, deben ser garantizados y protegidos por el Derecho penal. En este punto es pertinente indicar que el legislador no crea nuevos bienes jurídicos ya que, lo que hace realmente, es reconocer y valorar ciertas categorías ya existentes y que necesitan protección frente a eventuales ataques.

Cuando el legislador se propone tipificar alguna conducta no puede ignorar las funciones que cumple el concepto de bien jurídico. Esta noción constituye el núcleo duro de la norma jurídica, es decir, el interés ponderado al mayor nivel de protección, al modo de una destacada función **axiológica** que le vincula directamente con la naturaleza esencialmente valorativa del Derecho. A la anterior se suma la función de tipo **sistemática**, pues la relevancia concreta del bien jurídico permite al legislador generar una clasificación de los tipos penales, su gravedad y la más adecuada consecuencia jurídica.

Otras funciones indiscutibles son la **dogmática** y la **limitadora del *ius puniendi***. Por lo que respecta a la primera, dígame que es a partir de su afectación o puesta en peligro que puede apreciarse la antijuridicidad material: toda acción humana, siendo típica, va referida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Y como límite de *ius puniendi*, debe entenderse como mandato dirigido al legislador, para que en su función creadora de normas se asegure que éstas protegen, efectivamente, bienes jurídicos y no otra clase de intereses.

4 Véase Artículo 2 del Código Penal de la República de Panamá: “En este Código solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado”.

V. Orientaciones derivadas de algunos principios limitadores del *ius puniendi*

Una acción legislativa orientada por la ciencia penal no descuida la consideración de las prescripciones que, a modo de principios, contribuyen en la generación de la norma jurídico penal. La mera enunciación de algunos principios tiene en estas páginas un objetivo conmemorativo. Tienen una función de reconducción del papel del Estado en el marco del Estado democrático, impidiendo que se convierta en instrumento para la defensa o promoción de una ideología política o una concepción moral específica. La idea que anida en el seno de las sociedades contemporáneas de cuño democrático se sustenta en la noción del pluralismo y, con esto, cobran especial significado y alcance la tolerancia y la dignidad de la persona humana, auténticos valores estructurales de la democracia.

Siendo numerosos y con alcances diversos, en este documento solo pueden ser comentados algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*, elegidos en atención a la incidencia directa que pueden tener en la acción legislativa. Estos principios son:

A) EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir ante la amenaza de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, no estando facultado el legislador para establecer sanciones por la realización de conductas que, aunque inmorales, realmente no afecten bienes jurídicos. Por lo demás, un fundamento funcional de este principio se sustenta en el principio de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, de lo que se sigue la comprobada ineficacia y desproporcionalidad de una respuesta tan grave como la que ésta representa ante conductas que no atacan bienes jurídicos.

Recordando al penalista alemán M. E. Mayer, el bien jurídico exhibe tres cualidades de especial trascendencia, y que son las de **merecer, necesitar y ser capaz de protección**, tales cualidades deben ser reconocidas inexcusablemente por el legislador en su quehacer. Al punto, al hablarse de ser **merecedor de protección** esto depende del valor atribuido a ese bien por una determinada cultura. La **necesidad de protección** dependerá del fracaso o insuficiencia de protección del bien jurídico de parte de otras ramas jurídicas. La **capacidad de protección** radica en el hecho de que no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección son igualmente capaces o idóneos para esa protección, como sucede, por ejemplo, con la moral sexual (al respecto, es de señalarse que la misión del

Estado consiste en asegurar la prevalencia del orden externo y no tutelar moralmente a los integrantes del colectivo social.

B) INTERVENCIÓN MÍNIMA Y CARÁCTER FRAGMENTARIO.

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, lo que quiere decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; las lesiones menos intensas o más leves del orden jurídico pueden ser objeto de atención y protección de otras ramas del Derecho (civil o administrativo, por ejemplo).⁵ Una consecuencia de este principio es la que asigna al Derecho penal un carácter subsidiario respecto de otras ramas del Ordenamiento jurídico, de modo que, si bien cumple la función eminentemente protectora de bienes jurídicos, también es cierto que esa función le corresponde sólo en una parte, ciertamente la última, ya que su intervención se hace indispensable cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico pertenecientes a otras ramas del Derecho. Por esto se dice que el Derecho penal tiene un carácter subsidiario.

Se admite por nuestra parte que el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni penar toda acción u omisión que los vulnere gravemente, y de esta manera afirmando el carácter **fragmentario** del Derecho penal, lo dicho significa que, de todas las acciones prohibidas por el ordenamiento jurídico general, el Derecho penal se ocupa única y exclusivamente de una parte, es decir, de un **fragmento**, constituido por conductas que revisten una importancia mayor.

En las legislaciones penales contemporáneas se evidencia la asunción del carácter fragmentario, lo que se nota en tres aspectos concretos: i) al defender el bien jurídico frente a los ataques graves (poniendo especial atención en los delitos dolosos, y en algunos casos excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos supuestos, etc.; ii) tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y iii) dejando fuera de su consideración acciones de naturaleza puramente inmorales (sin relevancia jurídica, se entiende).

Por otra parte, al hacer referencia a característica deseada de un Derecho penal como expresivo de la última ratio, se hace al mismo tiempo una

5 Véase lo dispuesto por el Artículo 3 del Código Penal de la República de Panamá, donde se prescribe que: “La legislación penal solo debe intervenir cuando no es posible utilizar otros mecanismos de control social. Se instituye el principio de su mínima aplicación”.

conexión con el ya comentado carácter subsidiario y fragmentario. Es correcto sostener que el Derecho penal debe ser el último recurso al que debe acudir el Estado para cumplir con su función protectora de intereses sociales, lo que debe asegurarse por todos los medios posibles. No obstante, la doctrina garantista recomienda que antes de acudir al Derecho penal, sean utilizados los medios menos lesivos de que disponga.

En la lógica de una intervención estatal progresiva se sugiere, en primer término, la utilización de medidas desprovistas del carácter de sanción y, en su lugar, valerse medidas de política social. Si las anteriores acciones no resultan suficientes podrían aplicarse sanciones no penales, como las derivadas del Derecho civil o del administrativo; y, por último, las mencionadas medidas no funcionan, se justifica en definitiva el uso del instrumental jurídico-penal.

C) EFECTIVIDAD Y EFICACIA

Comprende el legislador que el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea, aparte de eficaz, adecuado para la prevención del delito. Lo señalado consiste a sostener que su uso debe evitarse cuando sea inoperante, ineficaz o contraproducente, desde el punto de vista político-criminal. Téngase en cuenta que la característica negativa de inoperancia, ineficacia o inconveniencia del Derecho penal puede aportarla la investigación criminológica. Si fuera el caso, el legislador penal cuenta con la posibilidad de utilizar otras medidas, jurídicas o no, más adecuadas con los que reaccionar ante el delito.

D) DE PROPORCIONALIDAD

Con base en este principio se limita también al *ius puniendi*.⁶ Según este principio, la intensidad de una sanción penal debe expresar una relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho antijurídico perpetrado. Es lógico decir que si un hecho denota poca gravedad no puede castigarse del mismo modo que otro que sea expresivo de algo más grave, en medio de este se advierte un ejercicio valorativo.

Es interesante la doble proyección de este principio: en un sentido, hacia el legislador a quien toca definir las penas o medidas de seguridad, cuya

6 Dispuesto en el Artículo 6 del Código Penal de la República de Panamá, donde se precisa que: “La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderá a los postulados básicos consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

intensidad deberá resultar proporcional con la gravedad del ilícito cometido; por otro lado, se proyecta sobre la actividad jurisdiccional, desde la cual habrán de imponerse las consecuencias jurídicas correspondan, por su gravedad, al delito cometido. La acción legislativa de base democrática tiene claro que no hay pena más efectiva que la pena justa y proporcionada.

E) DE CULPABILIDAD

La categoría conceptual de culpabilidad alude al conjunto de presupuestos indispensables para atribuir a alguien el hecho típico y antijurídico cometido y sirve para fundamentar la imposición de la consecuencia jurídica indicada. Hablar de la culpabilidad significa responsabilidad subjetiva que se contrapone con el de inocencia. Sin embargo, la referencia al principio de culpabilidad tiene que ver directamente con una de las principales categorías dogmática del Derecho penal contemporáneo.

Ahora bien, ¿para qué sirve este principio? Pues no son pocas sus aportaciones al trabajo legislativo, por ejemplo: impide castigar a alguien por un hecho ajeno; indica que sólo es posible sancionar al responsable por el hecho realizado y no por lo que es el autor del hecho; impidiendo también que al autor de un hecho antijurídico que no posea condiciones psíquicas suficientes -los inimputables por causa de enfermedad mental o trastorno mental transitorio o menores de edad, por ejemplo-, se les aplique una pena; determinando, en definitiva, que la pena sea proporcionada al grado de culpabilidad del autor del hecho ilícito. No olvidar, por último, que este principio se encadena con el de presunción de inocencia, lo que no es poca cosa.

F) DE HUMANIDAD DE LAS PENAS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

Se trata de uno de los principios que caracterizan a los actuales Estados democráticos de Derecho que aparte de prohibir el establecimiento y la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes por su absoluta incompatibilidad con la noción de dignidad de las personas, además busca compatibilizar esta dignidad con una de las finalidades perseguidas por la pena: la reinserción social.⁷

7 En el Código Penal de la República de Panamá se determina que: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado (artículo 7) y en el siguiente artículo se establece que: “A los inimputables solo se les aplicarán medidas de seguridad. Las me-

VI. El poder de legislar: dos reflexiones básicas

A) ACERCA DEL LEGISLADOR RESPONSABLE

Se asume en este documento la existencia de un legislador ideal, es decir, aquél que se muestra consciente de la trascendencia de sus decisiones, las mismas que son portadoras de restricciones a las libertades de los individuos y que, por medio de la sanción penal, se traducen en limitaciones a derechos y libertades, según la gravedad de la conducta que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico.

Suponemos, también desde la perspectiva ajustada a la idoneidad, que quien legisla cuida de no hacerlo partiendo de prejuicios, o bajo la influencia de los medios de comunicación y, menos aun, de consignas o instrucciones políticas que atienden a intereses egoístas de grupo.

El responsable del acto legislativo es -debe ser- el auténtico representante de las necesidades sociales. En tal caso, confiamos en que el legislador penal conoce y observa los enunciados teóricos que la ciencia penal ha configurado y sistematizado, pero también desde el plano de una política criminal respetuosa de la idea de dignidad de la persona. Quien legisla en la materia penal es consciente que sus determinaciones expresan una determinada línea político criminal, y aunque surgidas en la etapa creadora de la norma, tienen repercusión al momento de su aplicación jurisdiccional.

Los límites al *ius puniendi* no deben ser contemplados como obstáculos a la labor legislativa pues son, por el contrario, valiosas herramientas correctivas y de control frente a los probables excesos o desvíos en los que pudiera incurrirse. En cierto modo, referirse a estos principios equivale a pronunciarse por la necesaria legitimidad del Derecho penal que es, al mismo tiempo, la del propio Estado.

B) EL DISCURSO LEGISLATIVO

Podrá resultar reiterativo, pero creemos que la legitimación del Derecho penal deriva del modelo fijado en la Constitución y en los instrumentos internacionales, adoptados constitucionalmente. Sin duda alguna, el discurso legislativo -sobre todo en materia jurídico penal- versa sobre la dignidad, libertad, tolerancia y la solidaridad humana. Igual que se hace cargo

didadas de seguridad tienen como fundamento la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación de la persona” (artículo 8).

de las necesidades de protección del individuo frente a ataques indeseados o ilegítimos de que sea objeto, emite un poderoso mensaje en favor de los derechos, facultades y prerrogativas del ciudadano.

Claramente, el discurso penal del legislador es una expresión formal del discurso político en materia de criminalidad. En su formulación legal, la propuesta discursiva busca enfrentar una compleja y problemática realidad social, expresada en comportamientos delictivos de variada gravedad. Esto no justifica, sin embargo, que su planteamiento deba construirse a partir de ocurrencias o desplantes autoritarios (irracionales), por más bien intencionado que sea, sino que, por el contrario, deberá surgir de una meticulosa articulación entre los componentes teórico-políticos que se desprenden de los tan mencionados principios informadores del poder penal y los planteamientos derivados de la doctrina científica en la materia.

Compaginar los reclamos sociales frente al clima de inseguridad y violencia que se experimenta en el momento actual, implica poner en práctica una serie de medidas y acciones que no pueden menos que ajustarse a las prescripciones constitucionales y a las contenidas en tratados y convenciones de los que nuestro país sea parte. El suyo pues, es un discurso legal, aunque no solamente, pues también deberá ser un discurso técnico, tributario de las más consistentes aportaciones de la actividad científica.

Al necesario análisis de los detalles dogmáticos inherentes a la norma jurídica en construcción, el discurso legislativo podría enriquecerse aún más con la integración de conocimientos criminológicos que aportaran la evidencia empírica indispensable para tomar la decisión mas adecuada, esto es, para definir con precisión la política criminal a seguir.

VII. A modo de conclusión

Las ideas expuestas a modo de ensayo en este texto pretenden abonar conceptualmente a la actividad legisladora. En su redacción se ha tenido en cuenta que la tarea creativa del orden legal involucra conocimiento técnico, compromiso social y sentido de la oportunidad y pertinencia. La creación de la ley es una actividad dinámica que se compone de tres fases (prelegislativa, legislativa y postlegislativa) que se vinculan entre sí, cada una a cuál más de importantes. La racionalidad de las leyes depende, pues, en buena medida de la atención brindada a la necesidad sentida, la respuesta dada y el seguimiento oportuno dado a la norma concebida.

En la **fase prelegislativa**, el conocimiento criminológico juega un rol destacado. Su capacidad de analizar una realidad determinada, generar ex-

plicaciones y sugerir acciones concretas, convierten a la Criminología en una disciplina imprescindible. La **fase legislativa**, que es la creadora de la norma propiamente dicha, se caracteriza por su inmersión en el debate político, que es -debería serlo- el debate por la racionalidad, que a su vez debería ser también el escenario para la racionalidad técnico-política, y, finalmente, la **fase postlegislativa**, portadora de los mecanismos de evaluación de los resultados conseguidos.

Al momento actual, se advierte por parte de los órganos legislativos una tendencia -conveniente, ciertamente- hacia la adopción de un modelo legislativo enmarcado en las perspectivas *ex ante* y *ex post*, donde lo primero refiere la verificación de un concienzudo análisis previo de la situación requerida de intervención legislativa, y lo segundo apunta a la evaluación de los resultados alcanzados y, en su caso, la realización de los ajustes normativos indispensables.

La racionalidad legislativa depende, claramente, de que en la formación de la ley se consideren las aportaciones de las disciplinas que conforman la moderna ciencia penal, de las que ya se ha dicho algo en este opúsculo. Pero, además, la racionalidad implicaría reconocimiento a la dignidad de la persona humana, como punto de partida, a lo que habría de agregarse la adjudicación de una finalidad realista de la pena y la definición precisa del bien jurídico requerido de protección.

Del mismo modo, para poder afirmar la racionalidad de la legislación se impone confirmar que la respuesta penal no obedece a demandas minoritarias, cuya fortaleza radica en el ejercicio abusivo del poder político. Se trata, al fin, de que la legislación penal represente los intereses mayoritarios, y que al sancionar una determinada conducta lo sea porque la misma lesiona seriamente la convivencia social. Derecho penal de última ratio significa que otras opciones jurídicas han sido descalificadas en virtud de que su aplicación no resulta idónea.

Apostar por una racionalidad penal tiene que ver, en definitiva, con la decisión político-criminal de utilizar el Derecho penal solo para aquellos casos que lo requieren por la gravedad de su incidencia. El principio de mínima intervención promueve el uso racional (limitado) del Derecho penal, en virtud de que su existencia y eficacia ocupa un lugar secundario o subsidiario, que aparece cuando otras expresiones de la ciencia jurídica no han podido regular el problema específico. No cabe el uso (o abuso) del Derecho penal pues no sirve para todo ni puede resolverlo todo.

Finalmente, decir que la racionalidad de la ley penal deviene directamente de la impronta que impone a sus creadores la consideración de las

disposiciones vinculantes de los instrumentos de Derechos Humanos, cuyo respeto, garantía, promoción y defensa son responsabilidad de la autoridad, y por supuesto, eje rector de la actividad legislativa.

Bibliografía

- Arocena, Gustavo, Balcarce, Fabián, Y Cesano, José, *Metodología de las ciencias penales*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2016.
- Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 9ª edición facsimilar, México, Editorial Porrúa, 1999.
- Diéz Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Editorial Técnos, 1999.
- Hefendehl, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Hormazabal Malaree, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Editorial PPU, 1991.
- Martiñon Cano, Gilberto, *El fin del Derecho penal. Apuntamientos para la construcción de una teoría del restablecimiento del tejido social*, México, Ubijus, 2019.
- Mir Puig, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 1ª edición, Madrid, Editorial Iustel, 2011.
- *El Derecho penal en el Estado social, democrático y de Derecho*, 1ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- Schüneman, Bernd, *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2019.

LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTE EN CENTROAMÉRICA: MITOS Y REALIDADES¹

Sergio J. Cuarezma Terán² / Diego Cuarezma Zapata³

SUMARIO: I. Estatutos de ciudadanía. II. Fundamento de la justicia penal especializada de adolescentes. III. Mitos y realidades. IV. Vientos de contrarreformas de mano dura y riesgos de involución. V. Conclusión: Un proceso de marcha y contramarcha. Bibliografía.

Resumen: El trabajo presenta un estudio sobre los avances de la adecuación legislativa de las diferentes legislaciones interna de los países de Centroamérica a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, reformas, contramarchas y riesgos regionales en esta materia. El trabajo además presenta, en la medida de lo posible, un análisis sociológico de la criminalidad y la violencia juvenil, sus características, extensiones, mitos y realidades y las reacciones punitivas.

- 1 El presente trabajo de investigación se fundamenta en la investigación *La Justicia Penal Juvenil en Centroamérica. Reformas, contrarreformas y riesgos de involución* desarrollada en el marco de la “Justiça Juvenil. Paradigmas e experiências comparadas”, bajo la dirección científica de Anderson Pereira de Andrade y Bruno Amaral Machado, publicada en la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios y la Marcial Pons, Brasil, 2017.
- 2 Profesor de Derecho penal e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.
- 3 Profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Palabras Claves: Garantía – Niñez – Delincuencia – Adolescencia – Justicia Penal Especializada – ILANUD – Juvenil – Delito – Protección integral – Centroamérica – Estatuto.

I. Estatutos de ciudadanía

La aprobación y aplicación de las leyes de adolescentes en Centroamérica (integrales o especiales), armonizadas y adecuadas a la Convención, representan un presupuesto invaluable en el fortalecimiento del Estado democrático y social de derecho de cada uno de los países, son auténticos *estatutos de ciudadanía*. En esta línea de pensamiento, la legislación aprobada por los países responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Este modelo de legislación se caracteriza por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentada en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana y actualizando al resto del ordenamiento jurídico con la finalidad de que se haga efectiva la igualdad convencional y constitucional.

La legislación regional centroamericana unificó la mayoría de edad a los 18 años, e instituyó el principio de *interés superior* y protección integral, que establece que las medidas concernientes a las niñas y niños y los adolescentes que tomen las instituciones públicas y privadas, los tribunales (civiles o penales), las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deben considerar su desarrollo integral y su bienestar, y eliminó el fundamento de la ideología tutelar, separar las niñas o niños de su familia por pobreza, a tal punto que muchos de los países acogieron el mandato de la Convención respecto a que “*en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres, o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela*” (Código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua, 1998, art. 22). Con toda razón, el profesor chileno Cillero Bruñol (2007) expresa que existe una absoluta equivalencia entre el contenido del *interés superior* del niño y la niña expuesto en la Convención y los derechos fundamentales de niño y la niña reconocidos en los países de la región. Expresa, además, que la formulación del principio *Interés Superior* (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, arto. 3) permite desprender las siguientes características:

- Es una *garantía*, que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es de una *gran amplitud* ya que no sólo obliga al legislador sino también e instituciones públicas y privadas y a las madres y padres;

- Es una norma de *interpretación* o de *resolución* de conflictos jurídicos;
- Es una *orientación* o *directriz* política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

II. Fundamento de la justicia penal especializada de adolescentes

El fundamento de la justicia penal (especializada) de adolescentes adoptadas por las legislaciones de la región, como conjuntos de normas o instituciones creadas exprefeso para dar respuesta a la situación de las personas menores de edad o imputadas o encontradas responsables de la comisión de delitos (Vasconcelos, 2009, p. 7).

Sus características y principios son resultado de una investigación científica que se llevó a cabo a inicios de la década de los 90', tanto en el aspecto jurídico como en el sociológico del sistema de justicia penal juvenil. Esta investigación se desarrolló dentro del Proyecto de Investigación "Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina" que contó con la colaboración de las Comunidades Europeas, y se ejecutó por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ILANUD, bajo la dirección científica de su director, Elías Carranza, con actividades en diez países, a saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador. La investigación sociológica contiene importante información sobre el sistema de justicia juvenil y sobre los niños, niñas y adolescentes infractores que con motivo de su accionar.

La investigación arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos sin excepción, que la justicia penal juvenil (como toda la justicia penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres (empobrecidos). En sociedades con muy desigual distribución de la riqueza y el bienestar, también la justicia penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales. De la investigación jurídica se desprende – al igual que de las investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto – que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la justicia penal reconocidas ahora explícitamente por el Derecho internacional para la protección de los Derechos hu-

manos en materia de los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En la doctrina de la situación irregular los niños, niñas y adolescentes no eran considerados responsables de los delitos que cometen y, por el contrario, se trata de sustraerlos del Derecho penal. En esta situación el adolescente es considerado un *objeto* de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos. Contraria a esta doctrina la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal en el caso de los adolescentes que cometen un delito, pero atenuada.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una diferencia de grado que se manifiesta las diferenciaciones de las medidas o sanciones que según su naturaleza tienen sus particulares fines. Sin embargo, aunque su finalidad sea la de reeducar, comportan siempre una cierta restricción de derechos y son productos de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la Ley penal. Los países de la región por medio de sus legislaciones de Derecho penal especial de adolescentes, la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no solo una visión de naturaleza asistencial (hipócrita) como la que promueve la doctrina de la situación irregular.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del Derecho penal especial de adolescentes, los países han tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas, por lo general no privativas de libertad. Se trata de principios como el de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, el de determinación de las clases de medidas, la duración y ejecución de estas. Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual, el juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista, reconoce que, aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o protección no puede negarles sus derechos y libertades fundamentales. Por esta razón, aunque sea condenado con medida de privación de libertad, el juez está obligado constantemente a revisarla por otra más adecuada.

La creación del sistema de justicia penal especializada, por los países de la región centroamericana, plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de “responsabilidad con garantías” (Cuarezma Terán, 2014, p. 103). Cuyas características serían las siguientes:

1. Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales;
2. refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad;
3. una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad;
4. las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación;
5. a la víctima u ofendido del delito se le integra como una parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo; y
6. en general se encuentran todas las garantías y principios que integran el debido proceso constitucional.

Los países con la creación de este sistema de justicia penal especializada para adolescentes no sólo constituyen un nuevo sistema de valores, ni constituyen únicamente un sistema de derechos, garantías y deberes para los adolescentes en conflicto con la Ley penal, sino que crearon una novedosa respuesta del Derecho acorde a la naturaleza compleja de la delincuencia o desviación de los menores de edad, para enfrentar el problema con nuevos contenidos de prevención y control para el Derecho penal de adolescentes. Esta justicia especializada trata de crear una nueva cultura de la responsabilidad institucional y ciudadana, que rompa el círculo de violencia y recupere en consecuencia la importancia del Derecho, en la prevención y el tratamiento de la delincuencia de los adolescentes.

El tema de la justicia penal de adolescentes más que un problema social, se ocupa (o debería ocupar) de un problema humano. De ahí que su filosofía, medidas y procedimientos que desarrolla y utiliza están acordes a la naturaleza humana del problema social del adolescente infractor. El sistema propone propiciar la participación del adolescente, de la familia, de la escuela, de la comunidad, de la víctima, de las instancias judiciales y de la administración pública en materia de los servicios sociales, y por estimular un proceso que permita avanzar tanto en la construcción e individualización de los elementos que hagan más eficaz el deber de protección social como el desarrollo de la teoría de la responsabilidad penal del

menor de edad. En palabras del jurista italiano Palomba F., “La responsabilidad, es un valor irrenunciable de nuestra vida jurídica y social.” (Cuarezma Terán, 2015, p.104).

La respuesta de este problema tiene que ir dirigida al adolescente y a la sociedad, el adolescente por su conducta y la de las personas adultas por faltar a sus deberes. Aquí, como dice Palomba “es donde cobra mayor importancia el llamado Derecho de adolescentes. Pues detrás de un menor de edad que comete un delito siempre hay un adulto que ha fallado en sus deberes.” (Ibid.) El juicio de responsabilidades por tanto es el resultado de la relación conducta del adolescente y deberes de los adultos. Por tal razón, la justicia no puede solo enfrentar el problema llamado adolescente infractor solo con instrumentos represivos y judiciales, es necesario mantener un estrecho y continuo enlace con el sistema de prevención y protección social. Hay que evitar, por el contrario, que la justicia penal, se vuelva punto de referencia esencial en este tema, para romper el círculo de violencia e impedir que los problemas sociales devengan en problemas penales, hay que evitar la aparición del *Estado penal excluyente*, como expresa Elías Carranza (2013).

III. Mitos y realidades

Los medios de comunicación informan, como expresa la penalista española de Castilla-La Mancha, Martín López M. (2000, p. 101), una aparente elevación de los delitos cometidos por adolescentes menores, resaltan particularmente la violencia de éstos: peleas colectivas, vandalismo y pandillas. La delincuencia de los adolescentes es uno de los problemas sociales más sentidos de nuestras sociedades. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a ésta última en nuestros días. Esta alarma, por lo general artificial, los operadores políticos traducen en propuesta de reforma de la legislación con tendencia de endurecimiento al castigo y menos inversión en el gasto público. Hay que destacar, sin embargo, que los adolescentes no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más graves que los que cometen los adultos. Ni causan proporcionalmente un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos.

Los menores de diez y ocho años no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más grave que los que cometen los adultos. Ni causan en proporción un mayor perjuicio económi-

co. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos (López M., 2000, p. 101).

Existe la impresión, en la opinión pública, tal fue el caso de Nicaragua, que la aprobación del modelo de justicia especial especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes, nada más alejado a la realidad. Esta percepción es un mito, y es injustificada. Veamos. En Nicaragua, por ejemplo, después de la aprobación del Código, en el periodo 1997 y 2002, según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional, se detuvieron 229, 034 personas por la supuesta comisión de delitos. De esta cantidad, 205,046 eran adultos, 89.5% del total, y 23,988 adolescentes entre quince y dieciocho años no cumplidos, el 10.5%. Entre el periodo 2010 a 2015 (no se dispone de datos del 2013) los infractores adolescentes de la ley penal no superan el 6.1% del total de la población a nivel nacional que delinque, a saber: 6.1% (2010), 5.8% (2011), 4.5% (2012), 5.5% (2014) y 5.5% (2015), conforme a las estadísticas oficiales de la Policía Nacional. Con base al porcentaje más alto de adolescentes que infringen la ley penal, 6.1%, el 93,9% de personas que delinquen son mayores de 18 años, mujeres y hombre adultos.

Si realizamos un análisis comparativo entre los períodos indicados versus los últimos seis años (2016-2021) observaremos un patrón estadístico similar y con cifras en descenso. Según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional obtenidos de los anuarios estadísticos de esta institución, reflejan que del año 2016 al 2021 se efectuaron 339,168 detenciones por supuesta comisión de delitos, de esta cantidad 21,724 eran adolescentes de edades entre los 15-18 años no cumplidos es decir el 6.4% del total y 317,444 eran adultos mayores de 18 años (mujeres y hombres) equivalente al 93.6% del total. El porcentaje equivalente de detención en adolescentes por año se detalla de la manera siguiente: 6 % (2016), 7.8% (2017), 8.3% (2018), 6.7% (2019), 5.2% (2020) y 4.2% (2021).

Tabla.1

<i>Año</i>	<i>Detenciones</i>	<i>Adolescentes</i>	<i>Porcentaje</i>
2016	57,741	3,493	6%
2017	67,773	5,263	7.8%
2018	50,531	4,036	8.0%
2019	59,436	4,020	6.7%
2020	54,406	2,845	5.2%
2021	49,281	2,067	4.2%

Gráfica.1



En Costa Rica se observa un fenómeno similar, la cantidad de denuncias recibidas por la Sección Penal Juvenil en los últimos 5 años, son en comparación de los distintos actos delictivos realizados por los adultos, una minoría, la incidencia de los adolescentes infractores de la ley penal se encuentran dentro del porcentaje más bajos. Hay que destacar que la referida información se dio entre los años del 2012 al 2015, mientras que para el 2016 se tomaron los primeros ocho meses.

No obstante este rotulamiento (*labeling*) que se hace de la población joven y menor de edad, el ILANUD analizando homicidios y homicidas en un país de la región verificó que las tasas de homicidas se distribuían proporcionalmente entre los diversos grupos etarios, y que la interpretación correcta sería no que estamos en presencia de jóvenes generaciones vio-

lentas, sino que estamos en presencia de sociedades violentas que socializan a las personas menores de edad y jóvenes en la violencia (Carranza & Solana, 1997, p. 8).

Para Martín López (2000, p. 105), la sociedad por lo general, con ayuda de los medios de comunicación, crean una imagen estereotipada del adolescente delincuente que funciona a modo de *chivo expiatorio* sobre el que descarga miedos y frustraciones, cegada la sociedad por la incompreensión y el impulso de negar la propia responsabilidad (o fracaso) en sus hechos. El Estado y la sociedad son contradictorios. Como dice la autora, se promete a las niñas, niños y adolescentes grandes cosas, sin embargo, la realidad es bien distinta. Las universidades se abren a los adolescentes, pero no todos tienen acceso a ellas y cuando lo logran no siempre el título le sirve o le será de utilidad; se ofertan cines, literatura, automóviles, ropa de moda, deportes, Internet, viajes, pero el adolescente no dispone de recursos económicos y cada vez tarda más en incorporarse al mundo laboral, cuando llega, y en muchas ocasiones en no muy buena situación laboral o en trabajos muy debajo de su formación y se potencian los valores de independencia y libertad, pero sin vivienda propia han de permanecer en la casa materna y paterna toda la vida. La enseñanza, la salud, el empleo y la vivienda son oportunidades vitales para cada adolescente de cara a su inserción social adulta. Cuando estos medios se bloquean, surge un desajuste individual y social en la adolescencia que puede llevar a la infracción de normas y a la violencia como respuesta reactiva; surgen auténticos caldos de cultivo de frustración, agresividad y violencia.

Por otra parte, la fuerza represiva del Estado configura un mecanismo de control social sobre los adolescentes acrecentando la posibilidad de delinquir más o con mayor gravedad. Los adolescentes reprimidos pertenecen mayoritariamente a las capas sociales inferiores, aquellas que encuentran más dificultades para la reinserción social por las escasas posibilidades laborales, bajo rendimiento escolar, conflictos familiares y emocionales, en definitiva, pertenecen al grupo social que más sufre todas las crisis económicas.

Por esta razón, la justicia penal juvenil debe dejar de ser vista como un asunto de carácter exclusivamente policial y judicial, parar trascender a la concepción amplia que demandan los estándares internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, resolución 40/33, 1985, orientaciones fundamentales 1.4):

¹⁴“1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país

y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.”

La investigación científica arriba referida del ILANUD sobre los “Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina”, arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción: «Que la justicia penal juvenil criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres»

Por ejemplo, en el caso de uno de los países de la región, Nicaragua, la investigación reveló que la clientela de la justicia penal estaba constituida por niñas, niños y adolescentes pertenecientes a los sectores de menores recursos de la sociedad y que practican conductas propias de estrategia de sobrevivencia. La justicia penal les aplicaba la medida de privación de libertad en casos en que otras medidas serían posibles y apropiadas. Los perfiles psicosociales y sociológicos que la investigación pudo establecer del “transgresor tipo” reflejaban que estas niñas, niños y adolescentes se encontraban en una situación de extrema pobreza, tenían baja o nula instrucción escolar, provenían de hogares desintegrados y, en aquellos casos que la tuvieran, hacía falta la figura paterna responsable. La investigación además arrojó un dato escalofriante: El costo por niña, niño o adolescente privado de libertad era alto: doscientos dólares por mes (USD\$ 200.00), frente al ingreso familiar de los mismos que era muy bajo: cincuenta dólares (USD\$ 50.00). Esta conclusión puso de manifiesto una dura realidad: que el Estado y la sociedad invertían cinco veces más en el internamiento o encierro de las niñas, niños y adolescentes respecto del ingreso de las familias originarias que apenas les alcanza para comer.

Para el exdirector del ILANUD, Elías Carranza (1994, p. 118), los muchachos de la calle, de clase pobre o marginal, suelen ser condenados a prisión o «internados» por el hecho de no tener familia. La misma conducta practicada por un niño de otra extracción social (media o alta), con una familia, es normalmente resuelta de otra manera. A los de sectores vulnerables les exigimos más que a otros y, sin quererlo, «castigamos su pobreza». Si un adolescente de clase pobre comete un delito, decimos que es un «delincuente», que merece castigo, lo perseguimos y lo etiquetamos. Si es un adolescente que pertenece a otro tipo de clase económica, que comete un delito, somos indulgentes, decimos que fue «un episodio accidental» o una «travesura», y procuramos que no se le castigue. Estos personajes, los de clase pobre, son seres libres, lleno de necesidades insatisfechas, que su-

fren agresiones; a quien debemos ayudar con su consentimiento, pero sin agregar la agresión del encierro a las agresiones que ya sufren.

La información empírica autorizada (Carranza, 2013) nos permite advertir que las personas menores de edad privadas de libertad por la justicia penal juvenil de Centroamérica, casi la totalidad, pertenece a los estratos sociales bajo o marginal; que las altas tasas de delito y de personas privadas de libertad de la región tienen correlación con sus altos índices de inequidad en la distribución del ingreso, que son los más altos del mundo según las mediciones de CEPAL y el Banco Mundial; que la respuesta al delito no puede ser solo justicia penal y cárcel. Los países necesitan por sobre todo más justicia social, concretamente políticas que reduzcan la inequidad de la distribución del ingreso; que el lugar o espacio natural de los niños, niñas y adolescentes no es la cárcel, sino la familia y la escuela, como lo establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que la justicia penal debe utilizarse exclusivamente como último recurso (*ultima ratio*). Se debe procurar resolver esos conflictos por medio de la justicia restaurativa, haciendo uso de alternativas al juicio y a la prisión, y en los casos en que la justicia penal sea inevitable ésta debe ser especializada y las personas menores de edad contar con las garantías penales, procesales y de ejecución de las sanciones con que cuentan las personas adultas, más las garantías específicas que les corresponden por su condición de menores de edad.

IV. Vientos de contrarreformas de mano dura y riesgos de involución

En el año 2009 el ILANUD, en el marco de la colaboración entre la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Escuela Judicial de Costa Rica, se inició un proyecto que permitiera, mediante acciones especialmente de capacitación, impulsar la mejora de los sistemas penales juveniles de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. El proyecto de investigación se denominaba “Prevención de la violencia y acceso a la justicia en condiciones de igualdad para la mujer, la niñez y la adolescencia en Centroamérica” bajo la dirección científica de Douglas Durán Chavarría, experto (y actual director) del ILANUD. La investigación fue publicada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (2012).

La investigación pone de relieve que las corrientes de mano dura para la región significan un riesgo de involución como los procesos de contrarreforma en América Central. Los procesos de reforma realizados de con-

formidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño supusieron un avance de grandes dimensiones en lo que a la reacción penal a las conductas desviadas de las personas menores de edad concierne, sin embargo, la investigación advierte que hay problemas serios que amenazan el progreso logrado. Este proceso de contrarreformas se desarrolla dentro de una tendencia general -y, además, global- hacia un endurecimiento del sistema penal en su totalidad, la cual responde a una concepción eficientista del Derecho penal, según la cual la respuesta a las conductas desviadas debe darse primordialmente a través de la represión, la punición y, especialmente, la prisión. Este tipo de concepción expresa la investigación, se arraigan inicialmente en la proliferación de un sentimiento de inseguridad acrecido y que, en muchas ocasiones, no se corresponde con la victimización y, a veces, ni siquiera, de lejos, con la criminalidad registrada. Al respecto de este fenómeno, vale citar como ejemplo el caso de Costa Rica, paradigmático en el área, toda vez que siendo el país con la tasa de homicidio más baja de Centroamérica, es la nación con mayor sentimiento de inseguridad de Latinoamérica, circunstancia que se verificó mediante un estudio realizado por FLACSO con la cooperación de AECID en 2009.

Como expresión de este proceso de contrarreformas, El Salvador modificó la Ley del Menor Infractor con una Ley para combatir las actividades delincuenciales, (Decreto 305, 2004). La reforma expresa que la ley es aplicable a toda persona mayor de 12 años por el solo hecho de pertenecer a la “mara o pandilla”. Para la ley, la “mara o pandilla” significa “grupos o asociaciones ilícitas especiales (...) agrupaciones de personas que en su accionar afectan la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana”. Además, que se agrupen o reúnan habitualmente; que señalen injustificadamente segmentos de territorio como exclusivo en relación con otras maras o pandillas; que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con la mara o pandilla; que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices, como medio de identificación o pertenencia a la misma. Incorpora el criterio de discernimiento al que llama “habilitación de edad” lo que significa que el menor de 18 años que posea “discernimiento de adulto” es juzgado como tal. Restringe o elimina garantías específicas de los derechos de los adolescentes infractores, entre otras, restricción de medidas cautelares distintas a la detención, declaración de improcedencia de la conciliación, eliminación de la posibilidad de renuncia de la acción penal por parte de la Fiscalía, elevación del máximo de la pena privativa de libertad de 7 a 20 años y solo modificable por cumplimiento de la mitad de la condena.

El Estado de Honduras reformó el 332 del Código Penal en materia de asociación ilícita, por medio de la “Ley De Maras”, (Decreto 117, 2003) (De-

creto 6, 2017) que reforma y adiciona al Código penal el articulado necesario para enfrentar las “maras” o “pandillas” de las extorsiones o amenazas que hacen a la población. Panamá, a través de la Ley 46 del 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales reformas que realiza son el aumento del máximo de la pena privativa de libertad de 5 a 12 años; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de 2 a 6 meses; ampliación de la lista de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad. La investigación de ILANUD expresa que una ley más reciente aumentó los mínimos de las penas de cárcel por aplicar a los adolescentes panameños, mecánica que implica, ya no por la vía del aumento de los máximos imponibles, un uso acrecido de la pena de cárcel en materia de niños y en el 2010 en Panamá la edad mínima a efectos de responsabilidad penal de los catorce a los doce años.

En el caso de Nicaragua, a pesar de los intentos para desarticularlo, el Código de la Niñez y Adolescencia no ha sufrido reformas después de 23 años de haber entrado en vigor.

En este proceso de marcha y contramarchas, observamos una ambigüedad. Por una parte, los países del área centroamericana adecuaron su normativa interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, con un espíritu esencialmente minimalista, pero, por otra parte, este proceso de adecuación en algunos casos, como los arriba apuntados, abandonan muchos de los principios fundamentales del Derecho, sobre todo la visión en el uso de la privación de libertad.

Sin embargo, y como un esfuerzo renovado, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe y de otros organismos conexos (FOPREL), el 14 de noviembre de 2014, resolvió aprobar por unanimidad “Ley Marco Regional Referente a la Prevención del Delito en Niñas, Niños Y Adolescentes “.

Esta Ley Marco, tiene la finalidad de generar iniciativas conjuntas para la emisión de normativas en cada país miembro, encaminadas a la prevención de los delitos en la niñez y la adolescencia. Es importante destacar que, sin perjuicio que aún no se han desarrollado impulsos internos para la aprobación o adecuación de este texto legislativo en los países que la han aprobado, la Ley Marco reconoce la necesidad de “elaborar políticas públicas o una política criminal para la prevención del delito en niñas, niños y adolescentes y para el interés general de la sociedad” y exhorta a sus Estados miembros que introduzcan dicha Ley Marco en cada Órgano Legislativo de acuerdo a las características de cada país, para su correspon-

diente discusión, consulta y aprobación. Hay que destacar que FOPREL, se compromete desde este texto legislativo regional “en no utilizar el Derecho penal y la privación de libertad como primer recurso para abordar el fenómeno de la criminalidad de la niñez y la adolescencia. Sólo deberá recurrir a los niños, niñas y adolescentes en instituciones como *último recurso* y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a sus propios intereses” (art. 24) y respecto del fenómeno de la violencia y la delincuencia juvenil denominada “maras”, se compromete a establecer o promover medidas propias de la llamada *justicia de transición o justicia transicional*. “El Estado para lograr el cese de la violencia de las pandillas y su incorporación plena a la sociedad de forma pacífica, buscará una salida a través del mecanismo de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR)” (art. 31)

V. Conclusión. Un proceso de marchas y contramarchas

La aprobación en los países de Centroamérica (Cuarezma, 2001, p. 457) de la Convención y los procesos de reformas con la finalidad de adecuación a ella, han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de éstos como sujetos de derechos y sujetos sociales. No obstante, en el istmo centroamericano, ha nacido una “paradoja” con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el Estado de la Región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala (el Estado legal) y lo que la realidad muestra (el Estado real), señala el referido estudio regional, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos sino, también, de vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, de una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia sólo a los relacionados con la infracción de la ley penal.

La hazaña de la implementación de este tipo de legislación es de marchas y contramarchas, no pudiendo anticiparse con exactitud, por lo tanto, la llegada a puntos predeterminados más bien establece un sendero es-

tratégico, cuya viabilidad es perfectamente autoreforzable, a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en prácticas.

Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido tan sólo como un texto legal más o menos sistemático y articulado de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la región centroamericana no son solamente un problema derivado de la calidad, vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad.

Por tanto, la aplicación legal debe de abordarse estratégicamente también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, se producen lamentablemente a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es (salvo excepciones) un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de Derecho constitucional como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de internalización de forma individual (educación y familia)

Continuar con la aplicación de la legislación y promover la necesaria transformación cultural para su efectividad, sigue siendo un gran desafío, que supone además en términos políticos un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas (1985) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores. "Reglas de Beijing"*. Resolución 40/33 de la Asamblea General de la ONU, del 28 de noviembre de 1985.

Asamblea Nacional de Nicaragua. (1998). Ley No. 287. *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Publicada en La Gaceta Diario No. 97 del 27 de mayo de 1998. Nicaragua. Recuperado de: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4B-DE?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4B-DE?OpenDocument)

- Armijo G. (1998). La tutela constitucional del interés difuso. En *Serie de Políticas Sociales*, UNICEF, Costa Rica.
- Bacigalupo E. (1983). Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela. *Revista ILANUD*, año 6, (#17-18) San José.
- Beloff M., Cillero Bruñol, M. & García Taengua E. (1998) *Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Prefacio de Luigi Ferrajoli. Temis, Desalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires.
- Bonner, K.; Carranza, E. & Steffens R. (1997). *Delito y Seguridad de los habitantes*. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD, Comisión Europea. San José. Costa Rica. [resultado del proyecto ILANUD, Comisión Europea “Reflexión científica sobre el delito y la seguridad de los habitantes”]
- Carranza E. (1994). *Criminalidad: ¿Prevención o promoción?* UNED. San José, Costa Rica.
- Carranza, E., & Maxera, R. (1995). El control social sobre niños, niñas y adolescentes en A. Baratta y Sneider Rivera (Ed.) *América Latina. La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal* (63-82). San Salvador,
- Carranza E. & Cuarezma Terán S. (1996). Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente. Managua: UCA.
- Carranza E. & Solana E. (1996) Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos. San José: ILANUD/COMISION EUROPEA.
- Carranza E (2000). Garantías básicas de carácter penal, procesal y ejecución en la justicia penal de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia en Nicaragua. *Doctrina. Revista penal*, (No. 5) PP. 3 – 21. La Mancha: PRAXIS, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad Castilla.
- Carranza, E. (2013, junio) *Menores de edad, delito y prisión en América Latina ¿Qué hacer?* Conferencia dictada en Estocolmo.
- Carranza, E. (2012) Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? En CDH. *Anuario de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view-File/20551/21723>

- Cillero Bruñol M. (1998). El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García Méndez (Comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*.
- Cillero Bruñol M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En UNICEF. *La Justicia y Derechos del Niño* (pp. 125 – 142). Santiago: UNICEF. Recuperado de http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf#page=125
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002, agosto). *Opinión Consultiva OC/2002 solicitada por la sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*
- Cuarezma Terán, S. (1997). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, Concordado y Actualizado*. Managua: Hispamer.
- Cuarezma Terán, S (1998). *Código Penal. Comentado, Revisado y Actualizado*. Managua: Hispamer.
- Cuarezma Terán S. (2001). La justicia penal de adolescente en Centroamérica. En José Martín Ostos (Dir). *Anuario de Justicia de Menores*, (No. 1) Sevilla.
- Cuarezma Terán, S. (2002). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, concordado y actualizado*. Managua: Hispamer
- Cuarezma Terán, S. (2015). Mitos y realidades sobre la legislación de niñas, niños y adolescentes de Nicaragua. En C. Tiffer (coord.) *Homenaje a Elías Carranza, Justicia penal, política criminal y Estado social de derecho en el siglo XXI*, (Tomo I) (pp. 95 – 131) Argentina: EDIAR. Recuperado de <http://www.sergiocuarezma.com/wp-content/uploads/2015/11/Mitos-y-realidades-de-ni-as-y-ni-os-y-adolescente-en-nicaragua.pdf>
- De Hoyo S., M. (2004). El detenido y sus derechos. *Breviarios Jurídicos* (No. 4), Managua: Hispamer.
- Durán, D. (2012). *Prevención de la violencia juvenil y fortalecimiento del sistema de justicia penal juvenil*. Managua: ILANUD, AECID, Escuela Judicial de Costa Rica. INEJ.
- Fernández Molina, Esther. (2002). La valoración del Interés Superior en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Anuario de Justicia de Menores* (Nº. II) Sevilla: Universidad de Sevilla.

- García Méndez, E. (1992, julio). La Convención de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos. *Revista Foro Penal*, (# 57).
- García Méndez, E. & Beloff M. (Comp). (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. TEMIS y Depalma.
- Giménez Salinas E. & González Zorrilla C. (1983, abril). Jóvenes y cuestión penal en España. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, (#3) Madrid.
- Gurdián Hamyn. (2004, 1 de febrero). Entrevista. *La Prensa*. Edición N° 23,349.
- Houed M; Sánchez C. & Fallas D. (1997). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. San José: Escuela del Poder Judicial.
- Houed, M. (Coord). (2000). *Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal*. (1 Ed.) Managua: Hispamer.
- Ibáñez A. (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza Editorial.
- IIDH/De palma. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)* Buenos Aires: IIDH
- Infancia y Derechos Humanos (1993). *Conferencia*, San José.
- ILANUD. (1997). *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*. Escuela Judicial y Unión Europea.
- Jaén Vallejo, M. (2004). *Principios y Garantías del Proceso Penal*. Managua: APICEP de la UPOLI.
- Jescheck, Jans H. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo I), Bosch.
- Llobet Rodríguez, J. (1997). *La Prisión Preventiva*. (Ed. 1) San José: UCI.
- Luzón Peña, D. (1995). *Iniciación a la Teoría General del Delito*. Managua: UCA.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitaria, S.A
- Martín López M. (2000). *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.
- Maxera, Rita. (1992). *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales, en Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Buenos Aires: Bolerna.

- Maxera R. & Carranza E. (1999). Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina. *Estudios de Derecho Judicial*. (No. 18)
- Maxera R. (2005, abril). *Mecanismos Restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles; Latinoamérica y España*. Informe presentado en el Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la justicia criminal. Bangkok.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General. (Fundamentos y Teoría del Delito)*. (3ra ed.). PPU.
- Mora Mora, L. & Navarro Solano S. (1995). *Constitución y Derecho Penal*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica.
- Pedraz Penalva, E. & Zaffaroni R. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Managua: Hispamer.
- Pedraz Penalva, E. & Zaffaroni R. (2004). *Documentos Penales y Criminológicos (DPC)*, (Vol. 2) Managua: Hispamer.
- Rivera, Sneider. (1998). *La nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia del El Salvador*. San Salvador.
- Trejo M; Serrano A; Rodríguez D & Campos Ventura J. (1994). En *Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Centro de Investigación y Capacitación*, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador.
- UNICRI. (1990). Prehistoria e Historia del Control socio-penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina. *Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos*. (42), Buenos Aires: Galerna
- Zapata López, R (1999). El artículo 71 de la Constitución Política y el Código de la Niñez y la Adolescencia. *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. Managua: Hispamer,
- Zaffaroni E. (1990). Los menores y la ley, en Pibes unidos y la ley. *Colección cuadernos* (#1) Buenos Aires.

Este libro homenaje, *El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, críticas y proyecciones*, es para consagrar la trayectoria profesional y académica de la querida y respetada profesora y maestra Aura E. Guerra de Villalaz, quien ha servido con nobleza y desinterés a la nación panameña y a la región latinoamericana por más de cincuenta años, no sólo como abogada, sino como docente e investigadora de las Ciencias Penales, que desborda con creces los méritos y atributos que la hacen ser considerada como la académica y jurista panameña de mayor autoridad para los miles de estudiantes y profesionales, que, hasta hoy, ha formado a lo largo de su vida dentro y fuera de su país.

El texto reúne trabajos de investigaciones realizados por destacados académicos e investigadores de Alemania, Argentina, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú, bajo el auspicio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José, Costa Rica, donde la profesora Guerra de Villalaz formó parte del cuerpo de expertos, y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, del cual es fundadora.

ISBN 978-99924-21-51-2



inej.net