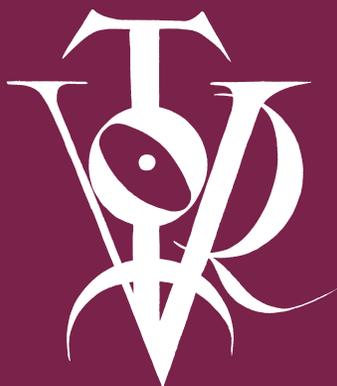


HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

LIBER DISCIPULORUM
SCHOLA IURIS CRIMINALIS
SALMANTICENSIS

TOMO I

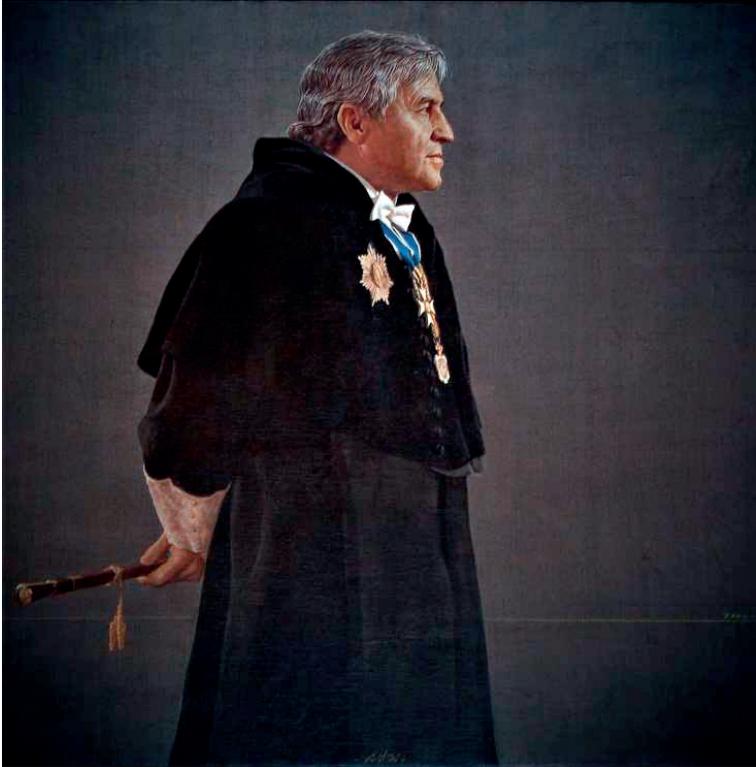


MAGISTER STUDII SALMANTICENSIS
(1978-2022)



Ediciones Universidad
Salamanca

HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE



Retrato de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Rector de la Universidad de Salamanca entre 1994 y 2003) pintado por Hernán Cortés Moreno (Cádiz, 1953) que se halla desde su presentación (30 de marzo de 2007) en la Sala de Retratos del Rectorado salmantino.

HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

LIBER DISCIPULORUM
SCHOLA IURIS CRIMINALIS
SALMANTICENSIS

TOMO I

EDITORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ
EDUARDO DEMETRIO CRESPO
ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
NIEVES SANZ MULAS

Ediciones Universidad
Salamanca

AQUILAFUENTE, 335

©

Ediciones Universidad de Salamanca
y los autores

1ª edición: septiembre, 2022

ISBN (O.C.): 978-84-1311-718-8 / Depósito legal: S 347-2022

ISBN (Tomo I): 978-84-1311-717-1

ISBN PDF (Tomo I): 978-84-1311-812-3

ISBN (Tomo II): 978-84-1311-716-4

ISBN PDF (Tomo II): 978-84-1311-813-0

Ediciones Universidad de Salamanca
Plaza San Benito s/n
E-37002 Salamanca (España)
<http://www.eusal.es>
eusal@usal.es

Maquetación: Intergraf

Impresión y encuadernación: Nueva Graficesa

Estuche: Centro Especial de Empleo INSOLAMIS

Hecho en UE-Made in EU

*Todos los derechos reservados.
Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse ni transmitirse sin permiso escrito de
Ediciones Universidad de Salamanca.*

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE
Unión de Editoriales Universitarias Españolas
www.une.es



LIBRO homenaje Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre / directores-
editores, Juan Carlos Ferré Olivé [y otros 6].— 1ª edición: septiembre, 2022.
— Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, [2022]

2 volúmenes.—(Aquilafuente ; 335)

Contiene: Tomo I. Liber discipulorum schola iuris criminalis Salmanticensis
— Tomo II. Liber amicorum derechos humanos y derecho penal

Artículos en español y uno en portugués

DL S 347-2022.— ISBN 978-84-1311-718-8 (o.c.).— ISBN 978-84-1311-717-1
(Tomo I).— ISBN 978-84-1311-716-4 (Tomo II)

1. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio—Discursos, ensayos, conferencias.
2. Derecho penal—Discursos, ensayos, conferencias. I. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, homenajeado. II. Ferré Olivé, Juan Carlos, editor.
343:082.2 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio

Discurso de investidura como Rector de la Universidad de Salamanca

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

DESEO INTERPRETAR esta presencia de autoridades, de tan distinguidas personalidades, de compañeros, de familiares y de amigos, como un mensaje de apoyo, de confianza y de estímulo. Por eso mis primeras palabras necesariamente han de ser de agradecimiento y, al mismo tiempo, de compromiso público.

Pero al agradecimiento a los aquí presentes debo añadir el agradecimiento a esa mayoría de claustrales que, en las pasadas elecciones, han visto en el programa que he presentado, en el equipo que me acompaña y, con la debida salvaguarda de la modestia, en mi propia persona, la opción adecuada para dirigir los destinos de esta Universidad de Salamanca en los años próximos.

Y precisamente porque ha sido una mayoría importante del Claustro y, en consecuencia, una mayoría importante del personal administrativo y de servicios, de los estudiantes y de los profesores de toda la Universidad quienes me han colocado en el puesto de Rector, es grande

el compromiso que, junto con mi equipo, he adquirido. Compromiso que proclamo y asumo públicamente. Compromiso de trabajar intensamente por el interés común, en el desarrollo de cuanto quedó expresado en el programa electoral. Compromiso de oír opiniones, iniciativas y sugerencias; de analizar los problemas y de proponer, en cada caso, las soluciones que individual o colegiadamente se estimen más oportunas para el desarrollo y progreso de la vida universitaria. Y compromiso, desde luego, de gobernar con todos y para todos, con independencia de la opción que, en su momento, cada uno haya entendido como mejor, y aun diría que con muy particular aprecio hacia aquellos que, en uso del normal derecho a la discrepancia, no han compartido inicialmente mis propuestas. Ojalá que, al acabar mi mandato, entre quienes aprueben la política y la gestión realizadas, esté también una buena parte de quienes no me secundaron en la línea de partida.

Hoy, autoridades, amigos, iniciamos una nueva etapa en la historia de esta universidad. La iniciamos con el objetivo de mejorar las respuestas que la Universidad debe dar a las demandas que la sociedad plantea a este servicio público de educación superior. La iniciamos con el propósito de que esa mejora se lleve a cabo a través de un proyecto colectivo en el que todos sin exclusiones nos impliquemos o podamos implicarnos. La iniciamos, sin duda, en la conciencia de que esta institución desde sus casi 800 años de historia quiere proyectarse hacia el futuro. Y, sobre todo, iniciamos esta nueva etapa con ilusión, con optimismo, con la esperanza de que entre todos lograremos crear las condiciones para que la evaluación que la sociedad haga de nosotros, certifique que nuestra actividad sea altamente positiva y refleje que hemos mejorado nuestras cuotas de calidad, pues ésta —la calidad— es título que en cualquier caso otorga la sociedad.

El que tengamos seguridad en el futuro y el que podamos verlo con optimismo, tiene su primer fundamento en el punto de partida de esta nueva etapa. La gestión de Julio Feroso, en efecto, ha marcado un antes y un después. Pues si es verdad que se ha correspondido con un período histórico de expansión generalizada del sistema educativo, de ampliación del catálogo de titulaciones, de aumento de las inversiones en infraestructura, de internacionalización del sistema de enseñanza, no es menos cierto que había que estar allí, en el momento adecuado, con los argumentos precisos, con las personas idóneas y con la capacidad de gestión contrastada para poder incidir sobre todos aquellos signos

plurales que exteriorizan la calidad de una institución de enseñanza superior. Había que estar allí y había que gestionar la incorporación de 32 nuevas titulaciones; había que estar allí y había que gestionar la captación de fondos nacionales e internacionales para construir nuevos edificios; había que estar allí y había que gestionar el aumento de nuestra presencia internacional.

El resultado es una Universidad cuyas cifras y datos la sitúan globalmente en los primeros puestos de entre las españolas y que en ningún caso ha perdido –y los últimos meses han sido muestra de ello– su capacidad de autocrítica y de reflexión colectiva, desde el reconocimiento activo de la autonomía universitaria reflexivamente ejercitada.

Este resultado, a todas luces positivo, Julio, es el resultado de tu gestión. Puedes sentirte plenamente satisfecho por ello; sin duda ha marcado una etapa clave y brillante de la historia de la Universidad de Salamanca. Permíteme, que mi primer acto como Rector sea tener la satisfacción de darte hoy la enhorabuena y las gracias.

La segunda razón que nos permite ser optimistas es la seguridad como universidad pública de contar con el apoyo de la Administración responsable en materia educativa, y con el apoyo de las instituciones públicas y privadas que integran nuestro entorno socioeconómico. Apoyo que es esperada respuesta al objetivo de esta Universidad de no encerrarse en sí misma, de no caer en la fácil tentación de recrearse en su historia, sino, al contrario, de proyectarse hacia el exterior, hacia otras instituciones públicas y privadas, pues sólo así y desde la salvaguardia de su autonomía, podrá constatar cuáles son las demandas reales que la sociedad espera de ella, y sólo así, por otra parte, podrá dar una mejor satisfacción a sus funciones docentes investigadoras o de gestión.

Así, y en este marco, también nos debe llevar a ser optimistas la próxima materialización de las transferencias en educación superior, no sólo por cuanto tiene de mayor proximidad la nueva administración responsable a los problemas de nuestra Universidad, sino también porque sirve de ocasión para concretar presupuestariamente las consecuencias aplazadas en dos ejercicios del modelo de financiación de las nuevas titulaciones que se han ido incorporando. Modelo presupuestario que, sin duda, puede no ser óptimo, pero que era el aplicable para financiar

nuevos estudios, y que esta Universidad en su caso, y en su momento, tiene la seguridad, ya confirmada por las autoridades autonómicas con responsabilidad en esta materia, de que será aplicado a la conclusión del proceso de transferencia para liquidar los ejercicios presupuestarios anteriores.

Sobre esta base económica, esta Universidad no puede sino valorar muy positivamente el ya iniciado debate sobre financiación. Debate en que ya he intervenido y habré de intervenir en el futuro pero, en la seguridad, Sr. Subsecretario, Sr. Director General, de que no puede en ningún caso, y el documento oficial del Consejo de Universidades lo subraya con claridad, limitarse este modelo a la aplicación de los viejos criterios presupuestarios en materia universitaria, del número de profesores y el número de alumnos, sino que debe fomentarse la financiación por programas, tener en cuenta la naturaleza y el número de las titulaciones ofrecidas, tener presentes las características del patrimonio que debe gestionar cada Universidad, y primar las consecuencias de la buena gestión.

En ésta y en cualquier otra actividad que nos relacione, la colaboración con la administración desde el diálogo firme y razonado creemos que constituye el instrumento que nos hace ver el futuro con optimismo.

Igual que quien les habla está seguro de esta colaboración de la Administración Central o Autonómica, en mayor medida lo estoy, si cabe, de contar con el apoyo de los ayuntamientos y diputaciones donde esta Universidad tiene centros. Pues sólo así podemos resolver problemas en los que la Administración Local y la Universidad deben necesariamente actuar en igual dirección y de forma coordinada. Sres. Alcaldes, Sres. Presidentes de las Diputaciones, sólo potenciando esa unidad de acción podremos dar satisfacción eficaz a las demandas que como representantes de ese medio social planteáis a la Universidad. La Universidad sin ese acicate o sin esa colaboración siempre tiene la tentación de encerrarse en sí misma, justamente lo contrario que este equipo de gobierno pretende hacer.

Esta relación con el exterior se completa con el objetivo de cooperar con los restantes integrantes del Consejo Social en su potenciación como instrumento que permita a nuestra Universidad abrirse hacia las

restantes instituciones de nuestro entorno. Con igual finalidad utilizará y potenciará todos los instrumentos de que en la actualidad ya dispone, sin perjuicio de crear otros, ajustados a nuevos planteamientos y ambiciones.

Esta voluntad de proyección hacia el exterior implica sin duda el fin de la autosuficiencia de las Universidades, e implica la necesidad, Sres. Rectores, de que actuemos coordinadamente, de que integremos nuestras instituciones en redes, cuando los objetivos así lo demanden. Esta Universidad competirá con las suyas, pero a la vez está abierta –y ocasiones ya ha habido para demostrarlo– a trabajar juntos, pues en último término el beneficiado será el sistema universitario en su conjunto.

Finalmente, la proyección internacional de esta Universidad, por su historia unas veces y en otras ocasiones, como resultado de la integración en la Unión Europea, ahonda las razones de nuestro optimismo, pues abre nuevas dimensiones a nuestros alumnos y a nuestros profesores.

Y esta verdad de la proyección internacional de nuestra Universidad, no debilita, sino que, en todo caso subraya el hecho incuestionable de que estamos hablando de la histórica Universidad del Reino de León, que es, por definición y en su esencia una universidad Castellano Leonesa. Sr. Director General, siempre desde nuestra autonomía, puede el gobierno autonómico, igual que hasta ahora el gobierno central, contar con nuestra colaboración, contar con nuestro trabajo, patrimonio de toda la comunidad; con nuestra proyección en España y con nuestra presencia y prestigio en Europa y América. Sr. Director General, ese prestigio de nuestra Universidad no puede sino redundar en el prestigio de toda la comunidad Castellano Leonesa.

La tercera razón que nos hace ver con optimismo el futuro son Vds., miembros de esta comunidad universitaria, que dieron su apoyo mayoritario a un programa asentado sobre la realidad, pero que no quiere renunciar hacia el horizonte de la utopía. El proyecto en el que aspiramos a implicarles a todos parte de considerar cómo las funciones que debe satisfacer hoy una universidad tienen mucha mayor amplitud y complejidad que las que tenía hace unas décadas, cómo la Universidad de Salamanca es diversa hoy en su realidad, en sus titulaciones, en sus Centros y en sus actividades, cómo a un equipo de gobierno hoy

se le puede exigir que genere las condiciones para que la docencia, la investigación y la gestión de la Universidad se realicen en las mejores condiciones.

Al haber obtenido, para las propuestas que en nuestro programa buscaban dar soluciones a nuestros problemas, el respaldo mayoritario del Claustro, no sólo me siento confortado y estimulado para el trabajo que ahora nos espera, sino que, paralelamente, confío en contar con la ilusión y el esfuerzo de la mayoría de los universitarios.

Como dije en mi presentación ante el Claustro, no he requerido antes el voto de los universitarios para a partir de hoy encontrarme con su apatía o su desinterés. Sólo trabajando juntos; sólo uniendo esfuerzos; sólo asegurando la calidad y la excelencia en el ámbito estricto de la actividad individual de cada uno de los universitarios, estaremos garantizando el éxito colectivo, estaremos granjeándonos el respeto de todos y estaremos justificando las ayudas, los apoyos, las inversiones que reclamamos para hacer posible nuestra andadura.

Que esta confianza mía en el esfuerzo de todos sea el principal mensaje de mis palabras al iniciar mi mandato. A cambio, ante los universitarios aquí presentes; ante los amigos y representantes de las distintas instituciones; ante las autoridades locales, autonómicas y nacionales, ofrezco y garantizo mi propia generosidad y la de mi equipo en el trabajo diario, nuestra entrega sin reservas al gobierno de la Universidad, y, en consecuencia, la seguridad de que estaremos intentando, día a día, situar y mantener a la Universidad de Salamanca en el puesto privilegiado que nos tiene destinado y nos exige nuestra propia historia.

En nombre de esa historia secular que no siento como peso, sino como estímulo, y comprometiéndome ilusionadamente a enriquecerla, añadiéndole nuevas páginas de éxitos, doy por iniciado este período rectoral.

Muchas gracias, he dicho.

Prólogo a Ignacio Berdugo

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho penal



CUANDO UN GRUPO DE DISCÍPULOS de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, me pidieron que escribiera un Prólogo o Introducción para el Libro que preparaban en su Homenaje, me sorprendió la unanimidad con la que habían adoptado esa decisión. Cualquiera de ellos tiene más vinculaciones con Ignacio que las que pueda tener yo y está, por tanto, legitimado para llevar a cabo esta tarea. Sin embargo, veo en esa decisión la constatación de una relación que desde hace ya más de cuarenta años me une con el homenajeado, en la que además de lo puramente académico, ha estado siempre presente la amistad, el compañerismo y la común vocación como profesores universitarios por el estudio y la enseñanza del Derecho penal.

I. LOS ORÍGENES

Conocí a Ignacio Berdugo hace ya muchos años, cuando él era un joven doctorando en la Universidad Complutense, y yo un joven profesor que acaba de obtener tras el correspondiente concurso oposición una plaza de Profesor agregado de Derecho penal en la Universidad de Sevilla. En aquel entonces a ambos nos unía, como a otros muchos jóvenes de nuestra generación, una aspiración común: la de cambiar el Derecho penal de la dictadura franquista, que en sus últimos estertores se había despedido con la condena y ejecución de varias penas de muerte y la aplicación de largas penas de prisión impuestas por tribunales militares o de excepción, como el tristemente famoso Tribunal de Orden Público a los opositores activos contra aquel régimen. Una cosa teníamos clara entonces: aquel Derecho penal que había no era desde luego el Derecho penal que queríamos. Pero también sabíamos que aquel cambio sólo podía venir con un cambio del

modelo de Estado que no podía ser otro que el Estado social y democrático de Derecho. Esta fue la tarea primordial de nuestra generación, en la que ocupa un lugar destacado Ignacio Berdugo, quien desde que inició su carrera académica hasta el momento presente ha dedicado todo su esfuerzo como penalista y como intelectual universitario al servicio de los valores democráticos y a construir un Derecho penal en consonancia con estos valores.

Si las personas no son sólo de donde nacen, sino también y sobre todo de donde se hacen, la trayectoria académica de Ignacio Berdugo, vallisoletano de nacimiento, no se entiende si no es en relación con la Universidad de Salamanca, en la que además de su labor como catedrático de Derecho penal, ha desempeñado, entre otros importantes puestos de gestión, durante varios años (1994/2003) el cargo de Rector, simultaneándolo también con el de Presidente de la Conferencia de Rectores españoles y latinoamericanos.

Tras la culminación de la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Valladolid, siguió, junto con sus condiscípulos, Luis Arroyo Zapatero y Juan Terradillos Basoco, a quien había sido su profesor y maestro, el Catedrático de Derecho penal Marino Barbero Santos, cuando éste se trasladó a la Universidad Complutense. Fue en esta Universidad, en los años turbulentos de la transición democrática, donde leyó en 1976 su tesis doctoral sobre «El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa. Su desarrollo hasta 1940», en la que se ocupaba de la que fue la primera Asociación Internacional de Derecho penal, con la que algunos penalistas de principios del siglo xx, entre otros, el prestigioso catedrático de Derecho penal de la Universidad de Berlín, Franz von Liszt, intentaron dar vida a un Derecho penal que trascendiera de los límites geográficos impuestos por la soberanía de los distintos países, dotándolo de una base común que pudiera ser compartida por los diferentes Estados miembros de la Comunidad internacional. Desgraciadamente, la Primera Guerra Mundial y los conflictos bélicos habidos durante toda la primera mitad del siglo xx, y sobre todo la Segunda Guerra Mundial y la posterior división del mundo en dos bloques férreamente separados, convirtió en vana ilusión aquel proyecto, que solo en la última parte del siglo xx volvió resurgir como una Asociación Internacional del Derecho penal plenamente renovada de cuya dirección formaba parte el Profesor Marino Barbero Santos. Gracias a él pudimos participar tanto Ignacio, como yo, junto con el Profesor de la Universidad de Barcelona Santiago Mir Puig, como miembros de la Delegación española en el Primer Congreso de Jóvenes Penalistas que tuvo lugar en junio de 1977 en la ciudad búlgara de Varna, a orillas del Mar Negro. Allí pudimos conocer de primera mano

las evidentes deficiencias del régimen socialista imperante en aquel país, pero también, lo que entonces era bastante difícil, compartir experiencias y amistades personales con otros jóvenes penalistas de las Repúblicas socialistas del Este europeo, con los que por encima de las diferencias ideológicas nos unía el mismo anhelo por un mejor Derecho penal al servicio de una sociedad más justa.

Tanto entonces como ahora la escasez de plazas suponían una dificultad adicional para los jóvenes doctorandos y doctores que en aquel entonces querían seguir una carrera académica y obtener un puesto que les permitiera dedicarse al estudio, la docencia y la investigación en sus respectivas materias. Afortunadamente, para un joven jurista dedicado al estudio del Derecho penal ya entonces se podía recurrir a la ayuda siempre generosa de instituciones como las del DAAD y la Fundación Alexander von Humboldt, que les permitían completar su formación en las prestigiosas Universidades alemanas. Y fue en la Universidad de Colonia, y bajo la dirección de uno de los más prestigiosos e importantes cultivadores de la Dogmática penal, el Profesor Hans Joachim Hirsch, donde Ignacio completó su formación como penalista, gracias a una beca de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt. Fruto de aquel periodo son dos excelentes monografías, una dedicada a los delitos contra el honor (*Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, 1985), y otra al delito de lesiones (*El delito de lesiones*, Salamanca, 1982). En ambas se revela las dotes de un jurista que además de acreditar un dominio de la más refinada técnica jurídica, se preocupaba por poner la Dogmática penal al servicio de los valores democráticos acogidos en la Constitución de 1978.

II. SU VINCULACIÓN CON LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Cuando, tras haber obtenido en reñidas oposiciones, como era entonces obligado, la plaza de Profesor Adjunto de Derecho penal, Ignacio tomó su maleta y se trasladó a su primer destino en la Universidad de Salamanca, en la que se integró plenamente desde el primer momento. Interesado por su historia, escribió una monografía excelente sobre la conflictiva relación que hubo a principios del siglo xx entre el obispo de la ciudad, el Obispo Cámara, y el catedrático de Derecho penal, Pedro Dorado Montero, denunciado por un grupo de alumnos por sus ideas revolucionarias (*Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero: un episodio de la Restauración salmantina*, Salamanca 1984). Ambos protagonistas del enfrentamiento representaban, por supuesto, concepciones ideológicas

diametralmente opuestas, no sólo sobre la función del Derecho penal, que para Dorado Montero debía ser un Derecho protector de los criminales, mientras que para el Obispo era el reflejo del castigo divino que merecían los malhechores; sino también sobre cuestiones más complejas como la libertad del ser humano y la misma existencia de Dios, que Dorado negaba rotundamente, y el Obispo, como era lógico, defendía a capa y espada. Nada extraño que la polémica terminara por parte del Obispo Cámara, hombre por lo demás de prestigio y de gran poder en los círculos más conservadores de la ciudad, con una propuesta de excomunión y de expulsión de la Universidad del ya famoso internacionalmente catedrático de Derecho penal, Pedro Dorado Montero, que finalmente no prosperó, aunque cuando falleció, años más tarde, sólo acudió en representación de la Universidad el ya entonces Rector de la misma Miguel de Unamuno, quien pronunció a modo de oración aquellas hermosas palabras «No te preocupes, Pedro, que allá arriba el cielo azul nos cubre a todos por igual».

Es en este ámbito académico salmantino donde Ignacio comenzó a desplegar toda su potencialidad no solo como docente e investigador del Derecho penal y como maestro de una pléyade de discípulos, nacionales y extranjeros, sino también, como más adelante se verá, como uno de los mejores Rectores que ha tenido esta Universidad. Una vez conseguida, tras el correspondiente concurso, la cátedra de Derecho penal, Ignacio desarrolló una actividad inusitada, rodeándose desde el primer momento de excelentes colaboradores, dirigiendo sus tesis doctorales, poniendo sobre todo el foco de atención en el mundo latinoamericano, teniendo en cuenta que ya, por tradición histórica, la Universidad de Salamanca había sido el punto de referencia obligado de buena parte de los universitarios procedentes del otro lado del Atlántico. Y para fomentar aún más esa relación con ese mundo, organizó cursos de especialización para juristas latinoamericanos en las más importantes ramas del Derecho, Privado, Público y Penal; cursos que han venido celebrándose dos veces cada año desde que comenzaron hace ya más de veinte años, solo interrumpidos el año pasado por la crisis provocada por el Covid 19. Por esos cursos han pasado cada año centenares de juristas de la práctica totalidad de los países latinoamericanos, incluyendo también, por supuesto, Brasil. Y dentro de los mismos han impartido clases, conferencias y cursos, los más prestigiosos profesores de las diversas especialidades jurídicas, no sólo españoles, sino también americanos, italianos, portugueses, franceses, alemanes, holandeses etc. Con ellos, junto con los cursos que se impartían en otros ámbitos del saber, literarios, lingüísticos, artísticos, científicos, la Universidad de Salamanca alcanzó un grado de internacionalización como nunca antes había llegado a tener. Y todo ello se produjo o se incrementó durante el

período en el que Ignacio fue Rector de esa Universidad, periodo, en el que también como Presidente de la Conferencia de Rectores, españoles y latinoamericanos, defendió con energía la independencia y autonomía universitarias frente a un poder político siempre dispuesto a cercenarla.

No menos importantes fueron los originales Congresos de Alumnos de Derecho penal que se organizaron bajo su mandato como Rector, que congregaban año tras año durante una semana a centenares de alumnos procedentes de diversas Facultades de Derecho de toda España. Con estos Congresos, la ciudad se convertía en un verdadero festival universitario de jóvenes aspirantes a juristas que, además de disfrutar del ambiente lúdico y festivo que solo una ciudad como Salamanca puede ofrecer, entusiasmados llenaban también las aulas para escuchar las clases y conferencias que impartían los profesores de la misma Universidad o venidos de otras Facultades de Derecho, con los que debatían abiertamente sobre los temas que cada año se proponían. Esa confraternización se prolongaba luego en los muchos locales y centros de esparcimientos que ofrece la Ciudad de Salamanca a sus visitantes, en una amalgama de estudiantes y profesores que le daban todo su sentido a una ciudad vinculada tanto en su pasado, como en el presente y continuará también en el futuro, a su más de ocho veces centenaria Universidad.

Todo esto fue posible gracias al talante tolerante, democrático y liberal que tanto el Rector como sus más estrechos colaboradores y responsables de la perfecta organización de tales Cursos y Congresos, mostraron en todo momento, dando siempre testimonio de un espíritu pluralista que permitía el debate y la exposición abierta de los temas más conflictivos, terrorismo, aborto, prisión perpetua, etc., que en otros ámbitos se trataban con más reservas o condicionados por la presión mediática o política partidista que sobre ellos se cernían.

No creo exagerado decir que en este ámbito de su vida universitaria, Ignacio ha sido también un buen Rector y un buen gestor de los asuntos más importantes surgidos en la Universidad de Salamanca durante su mandato. Ahí quedan además para demostrarlo hitos importantes como la recuperación del Colegio Mayor Fonseca, y su conversión en una magnífica residencia de Profesores visitantes, la creación de nuevos centros y edificios universitarios en el extrarradio de la ciudad, la promoción de Congresos científicos internacionales, los convenios celebrados con instituciones científicas de otros países, la expansión de los cursos de enseñanza de lengua española que atraen anualmente a estudiantes extranjeros, a otros países cuyas Universidades siguen el método de enseñanza de la Universidad salmantina, como, por ejemplo, Japón, cuyo Gobierno le concedió la Medalla *Orden del Sol Naciente. Estrella de oro y plata*, entre

otros muchos logros más de los que tanto la imagen de la ciudad, como la Universidad y sus miembros se han beneficiado de un modo u otro.

III. IGNACIO BERDUGO COMO PENALISTA Y MAESTRO DE PENALISTAS

Consciente de que los cargos y la gestión académica son solo una parte importante, pero no única de la vida universitaria, Ignacio Berdugo nunca ha dejado de ser ante todo y sobre todo un excelente profesor e investigador del Derecho penal. De ello son testimonio no sólo sus numerosas publicaciones plasmadas en diversos libros, artículos y monografías, sino también la dirección o codirección de más de treinta tesis doctorales de discípulos españoles y latinoamericanos, que hoy ocupan relevantes puestos docentes en diversas Universidades españolas y extranjeras, y cargos relevantes en la Administración de Justicia, o en la Política en sus respectivos países.

Por lo que se refiere a su actividad como investigador, Ignacio tras un pionero artículo en el que analizaba las sentencias de la jurisdicción militar durante el régimen franquista (*Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945)*, RFDUCM, 1980), en sus publicaciones ha ido siempre más allá de un planteamiento puramente dogmático de los temas más relevantes del Derecho penal, analizándolos también desde otras perspectivas político criminales y jurídicas, especialmente constitucionales. Así, por ejemplo, ya en una de sus primeras publicaciones se ocupó de los estados de alarma, excepción y sitio, comentando la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, que luego con motivo de la Pandemia ocasionada por el Corona 19, se ha mostrado como un tema especialmente importante en situaciones extremas, cuyo control a través del Estado de Alarma decretado por el Gobierno en marzo del 2020, suspendiendo o restringiendo la vigencia de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ha provocado polémicas y debates jurídicos que, tras la STC de 14 de julio del 2021, aún continúan y continuarán todavía por mucho tiempo.

Su interés por la Constitución como barrera infranqueable frente a los excesos del poder estatal, especialmente cuando éste se deriva del poder punitivo, le ha llevado en otras publicaciones a plantear y resolver problemas tradicionales del Derecho penal con argumentos extraídos del arsenal de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, por ejemplo, en su monografía sobre los delitos contra el honor (1987), frente a las concepciones clásicas, objetiva y subjetiva, del honor, entendido tradicionalmente, en el sentido calderoniano, como honra y patrimonio

del alma, Ignacio Berdugo considera que bien jurídico protegido en los delitos de injurias y calumnias, se debe construir a partir del concepto de «dignidad humana» reconocido en la Constitución como uno de los valores fundamentales de la persona, cuya defensa no sólo correspondía a la persona individualmente afectada, sino a toda la sociedad en su conjunto. Desde este punto de vista, considera que hay una parte del honor que, en cuanto deriva del componente dinámico de la dignidad, depende del nivel de participación del individuo en el sistema social y que, por tanto, es graduable, y diferente en cada uno; mientras que hay otra parte, emanación de la dignidad misma, que es igual para todos. De este modo, consigue, en otros trabajos dedicados al tema (1984, 1991), resolver con mayor precisión el siempre difícil balance entre el derecho al honor y los derechos, también fundamentales en un Estado democrático, a la libertad de expresión, de opinión y crítica, cuando, como suele ser frecuente hoy en día, entran en colisión.

En relación con el delito de lesiones, tema al que también ha dedicado varios trabajos y una monografía (1982), Ignacio defiende frente a una concepción de la integridad física y eventualmente psíquica, fundamentalmente biologicista, una concepción social más amplia del concepto de salud, sustrato material de los diferentes delitos de lesiones, entendiéndola como una posibilidad de participación en el sistema social, considerando que la disposición individual de la misma es un derecho derivado del «libre desarrollo de la personalidad» reconocido igualmente en la Constitución. Con este criterio se puede resolver el siempre problemático tema de la validez del consentimiento del lesionado en los casos de esterilización de adultos, cambio de sexo o trasplante de órganos, que han tenido acogida en las ulteriores reformas del Código penal (1983, 1989), y que, como demuestra la reciente discusión en torno a los límites que se pretenden imponer al cambio de sexo en las personas LGTBI, que aún no son mayores de edad, es y seguirá siendo siempre el problema de cuáles son los límites que el legislador puede imponer al «libre desarrollo de la personalidad».

Pero su curiosidad intelectual e investigadora no se ha fijado sólo en los temas clásicos del Derecho penal tradicional, al que podemos llamar «viejo» o venerable Derecho penal. Desde el primer momento, Ignacio ha sido consciente de la necesidad de actualizar el Derecho penal ante los retos que plantean a las sociedades más avanzadas las nuevas formas de criminalidad, en ámbitos que hace veinte o treinta años eran prácticamente desconocidos o ajenos a la intervención del Derecho penal. Así, por ejemplo, en una Primera Parte de su monografía «Viejo y nuevo Derecho penal» (2012), tras revisar las principales corrientes de pensamiento que, desde la Ilustración hasta las más recientes tendencias político criminales,

han ido modelando el Derecho penal durante los dos últimos siglos, Ignacio es consciente de que el Derecho penal se mueve actualmente hacia unas metas, en las que predomina la idea de seguridad sobre la libertad, y la de eficacia sobre el respeto a las garantías y los derechos fundamentales del ser humano. Pero se muestra también interesado en las tendencias actuales que pretenden acercar el Derecho penal a los nuevos problemas que aquejan a las sociedades modernas, reelaborando su arsenal teórico y técnico para convertirlo en un instrumento idóneo en la solución de estos problemas. Esta tendencia hacía un «nuevo Derecho penal», en el que ya no sólo son objeto de intervención jurídico penal los delitos contra la vida y la integridad física, la libertad, la libertad sexual o la propiedad, sino otros muchos ilícitos que se dan en sectores como la manipulación genética, el uso de las nuevas tecnologías, el medio ambiente, la actividad económica financiera, etc, encierra ciertamente el peligro, ya advertido por Winfried Hassemer, de que el Derecho penal pierda su identidad como *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico, pero es también, dice Ignacio, un acicate para que el penalista se enfrente a estos nuevos retos reformulando las tradicionales categorías, procurando que el Derecho penal sea un instrumento útil y apto para resolver los problemas que le incumban resolver dentro de su limitado ámbito de actuación.

Es un ejemplo de ello es la globalización económica que ha generado nuevas formas de criminalidad más allá de los límites fronterizos de cada Estado, Entre ellas se encuentra la criminalidad trasfronteriza, la corrupción internacional, el blanqueo de bienes en paraísos fiscales, el narcotráfico a gran escala, el crimen organizado, o el uso de las nuevas tecnologías, especialmente de la informática, para realizar, por ej. a través de Internet, actividades criminales masivas a las que Derecho penal nacional por si sólo es incapaz de combatir, lo que ha obligado a la creación de nuevas formas de intervención y al nacimiento de un Derecho penal trasfronterizo.

Consciente de esta nueva problemática, Ignacio se muestra decididamente partidario de la existencia de normas trasfronterizas, como puede ser un Derecho penal europeo, para evitar la impunidad en la que se mueven, por ejemplo, los causantes de las grandes catástrofes medioambientales y los principales responsables de la crisis económica y financiera que afecta a amplios sectores de la sociedad global, sin distinción de fronteras, ni nacionalidades. En esta nueva situación, asume, por ejemplo, como útil y necesario para luchar eficazmente contra este tipo de delincuencia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, en su opinión, es un instrumento valioso, siempre que se sepa manejar con cuidado y no suponga una regresión de los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, hacia formas siempre rechazables de responsabilidad colectiva

puramente objetiva. Del mismo modo, asume también la expansión del Derecho penal para proteger nuevos bienes jurídicos, fundamentalmente de carácter social o colectivo, y la utilización para ello de nuevas técnicas de protección como el delito de peligro, pero sin renunciar por ello al concepto de bien jurídico como fundamento y límite a la intervención del Derecho penal, que es la única forma de impedir que la mera infracción de una norma administrativa vacía de contenido pueda servir de fundamento a una sanción penal, ignorando su carácter de *ultima ratio*.

No todo en esta evolución es en su opinión igualmente valioso o asumible, pues, como manifiesta en muchos epígrafes de la Segunda Parte de esta monografía, existe también el peligro de una regresión hacia un entendimiento del Derecho penal cada vez más autoritario; o de que, como se refleja en las polémicas que siempre surgen en relación con temas ideológicamente candentes como son el aborto y la eutanasia, se introduzcan criterios puramente morales en las decisiones político criminales que deben estar en consonancia con la realidad de una sociedad pluralista y democrática y no con una determinada ideología o visión moral de estos problemas, por respetable que ésta sea. En estos momentos, dice, no se trata sólo de luchar o de criticar el Derecho penal del Estado autoritario, sino también de poner límites al Derecho penal autoritario de las sociedades democráticas, cuando pone en peligro los valores fundamentales sobre los que estas sociedades se asientan, entre los que se encuentran el respeto a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad. Advertencia que parece especialmente oportuna en unos momentos, en los que algunos propugnan o al menos toleran la creación de un Derecho penal «*sui generis*» para combatir los principales peligros, «enemigos», que amenazan a las sociedades modernas. Frente a ellos Ignacio defiende decididamente el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho; es decir, un Derecho penal basado en el principio de responsabilidad individual, que no renuncia a la necesaria protección de bienes jurídicos, y que al mismo tiempo que genera una sana prevención general mantiene la reinserción social del delincuente como fin primordial de la pena; un Derecho penal, en definitiva, que, a pesar de sus insuficiencias, sigue siendo, en su opinión, un instrumento idóneo e indispensable para asegurar una convivencia más justa, libre y democrática que la que actualmente tenemos.

Una mención aparte merece la atención que tanto en esta monografía como en otros trabajos posteriores dedica al Derecho penal internacional, vislumbrando un futuro para el mismo que hoy por hoy está aún muy lejos de alcanzar. La violación sistemática de los derechos humanos que siguen cometiéndose frecuentemente y en la más absoluta impunidad por algunos regímenes políticos en muchas partes del mundo, requiere,

sin duda, la existencia de un Derecho penal internacional, por encima del Derecho penal de cada país, no ya como una mera entelequia histórica puntual anclada en los pasados Juicios de Nuremberg para que los vencedores en una contienda puedan juzgar a los vencidos en la misma por las violaciones de los derechos humanos que hayan cometido, sino como una realidad jurídica que, basada en el Estatuto de Roma y a través de la Corte Penal Internacional creada por el mismo, pueda juzgar de un modo objetivo e imparcial delitos tales como el Genocidio, los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra que se cometan en cualquier parte del mundo.

La realidad actual es que, por diversas razones de carácter jurídico y político, estos «crímenes internacionales» y otros «*core crimes*» de similar gravedad, no son objeto de enjuiciamiento penal en los países en los que se cometen. Pero, salvo contadas excepciones, tampoco son juzgados y condenados por la Corte penal internacional. Un caso de esta impunidad absolutamente escandalosa, es el de «la guerrilla de Araguaia», que acació en Brasil en los años 70 del pasado siglo, en pleno apogeo de la dictadura militar que gobernó ese país durante un buen puñado de años. A este caso le ha dedicado Ignacio una monografía (La justicia transicional en Brasil, El caso de la guerrilla de Araguaia, 2017) especialmente reveladora de las insuficiencias de la llamada Justicia transicional, pero también de la impotencia que tienen hoy por hoy la Corte penal internacional para remediarlas.

Con abundante información basada en aportes documentales, fotos, testimonios de las víctimas, etc, describe Ignacio cómo durante un período que va de 1972 a 1974, la Dictadura militar brasileña desencadenó una brutal represión del movimiento insurreccional llamado «Guerrilla de Araguaia». Igual que en otros países del llamado Cono Sur de Latinoamérica, Chile, Argentina, Uruguay y Paraguay, regidos en aquella época por regímenes dictatoriales militares, en la represión llevada a cabo por el régimen militar de Brasil se cometieron todo tipo de brutales violaciones de derechos humanos, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, etc, sin que hasta el día de hoy haya sido juzgado o condenado ninguno de los responsables individuales de aquellos hechos. La razón de esta impunidad fue la aprobación de una Ley de Amnistía, que más bien podría calificarse de Autoamnistía, con la que el Gobierno dictatorial daba paso a una transición controlada a la democracia, a cambio de no investigar, juzgar y condenar tales atrocidades. Naturalmente, desde el primer momento hubo una reacción en contra de esta Ley de Amnistía por parte de las víctimas y de sus familiares así como de los grupos y asociaciones brasileñas empeñadas en la defensa de los derechos humanos, que tras adoptar varias

medidas en el ámbito interno político brasileño, ante el propio Gobierno ya democrático y la Suprema Corte brasileña, que resultaron infructuosas, decidieron, basándose en un documentado informe de la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil y el testimonio de centenares de personas, llevar el caso a la Corte Interamericana de Derecho Humanos de San José, de Costa Rica. Esta institución en una fundamentada sentencia de 24 de noviembre del 2014, declaró por unanimidad que las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana y carecen de efectos jurídicos; declarando que al Estado brasileño como responsable último y disponiendo, en consecuencia, también por unanimidad, que a través de la Justicia ordinaria inicie los procedimientos penales para el esclarecimiento de la responsabilidad individual y, en su caso, castigo, de los autores que cometieron tales hechos, decretando, al mismo tiempo, las consiguientes indemnizaciones y reparaciones a las víctimas de los mismos.

Sin embargo, y a pesar de la contundencia de la decisión de la Corte Interamericana, aunque el Estado brasileño ha reconocido oficialmente la realidad de los hechos que motivan su condena, aún no ha llevado a cabo hasta el momento presente ninguna actuación que permita investigar y, en su caso, sancionar, a los responsables individuales. En su monografía sobre este caso, Ignacio Berdugo describe, con información de primera mano que muestra un acabado conocimiento de la realidad social, política y jurídica de Brasil, que le permite también su cargo de Director del Centro de Estudios brasileños de la Universidad de Salamanca, la insuficiente elaboración que a partir de la sentencia de la Corte de Costa Rica se ha hecho de este caso por la Justicia brasileña.

Ello demuestra las insuficiencias de la llamada Justicia transicional condicionada siempre por las particularidades de la realidad política y social en los países en los que de un modo otro se ha pasado de un régimen dictatorial a uno democrático. Cuando en febrero del 2008, se celebró bajo mi dirección y con el patrocinio de la Fundación Alexander von Humboldt un Humboldt Kolleg en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, los ponentes en dicho Acto representando a diversos países donde la Justicia transicional había tenido especial relevancia (Vormbaum, Hassemer y Werle, de Alemania; Hormazabal y Couso, de Chile; Bergalli y Malamud, de Argentina; Foffani y Donini, de Italia; Berdugo, Arroyo, Terradillos y Ferré, de España) pusieron de relieve la imposibilidad de dar un tratamiento homogéneo a la Justicia transicional, si no se tenían en cuenta las circunstancias en las que se produjo la transición de los regímenes dictatoriales a otros democráticos. El caso de Brasil no es, por supuesto, el único

entre los muchos que se han dado en los distintos países latinoamericanos. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos de Costa Rica, como la relativa a Brasil, se han pronunciado también en relación con Perú, Colombia o Méjico, y en todas ellas se han puesto en evidencia las insuficiencias de la Justicia transicional. El problema se agudiza, cuando, dada la falta de competencia de esta Corte para juzgar penalmente a los responsables de los crímenes cometidos en las dictaduras, son los tribunales de la justicia ordinaria de cada país los que, en definitiva, tienen que llevar a cabo esta tarea. La Corte penal internacional, creada por el Estatuto de Roma, para juzgar penalmente los crímenes internacionales que no son o no pueden ser juzgados en los países donde se cometieron, tiene una competencia puramente subsidiaria y sólo en lo que se refiere al Genocidio, los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, y no respecto a otros crímenes de similar gravedad, *core crimes*, que no contienen los elementos característicos de los mencionados crímenes internacionales. Un *Referral* o recurso directo de los Estados al Fiscal de la Corte Penal Internacional para que juzguen esos delitos, cuando, por las razones que sean, no han sido objeto de enjuiciamiento por los tribunales nacionales, tal como reconoce el art.14 del Estatuto de Roma, no ha sido utilizado prácticamente nunca y no parece que vaya serlo en el futuro.

Por este y otros importantes trabajos de investigación, entre los que además de los mencionados anteriormente destacan otros dedicados a la corrupción transnacional y en Brasil (2013, 2016), que demuestran su buen conocimiento de la realidad latinoamericana y especialmente de Brasil, Ignacio Berdugo se ha hecho acreedor del reconocimiento fuera y dentro de España; es doctor *honoris casusa* por varias Universidades y ha sido miembro de comisiones de reforma del Derecho penal y consultor internacional en diversos países latinoamericanos.

Naturalmente en su actividad universitaria no ha faltado tampoco la que quizás sea la tarea más importante para un profesor que se precie de serlo, la labor docente. En este sentido, Ignacio siempre ha dedicado una parte importante de su tiempo, incluso en su etapa como Rector de la Universidad, a impartir sus clases en los distintos niveles del Grado, de la antigua Licenciatura, de la Maestría y del Doctorado en Derecho, fruto de lo cual son también las Lecciones y el Curso de Derecho penal, bajo cuya dirección y de la de su colega, amigo y condiscípulo desde los tiempos de Valladolid, Luis Arroyo Zapatero, colaboran también con unidad de criterio y propósito docente los discípulos de ambos. Igualmente, ha dirigido las tesis doctorales de un gran número de discípulos que luego han sido profesores, titulares y catedráticos, en diversas Universidades españolas y de otros países, formando un compacto grupo en torno a la figura de su

maestro, con el que siguen manteniendo, y de eso puedo dar fe, una excelente relación académica y personal. Entre los que han llegado a culminar su carrera académica como catedráticos de Derecho penal en diversas Universidades españolas cabe citar a Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano y Piedecabras, Eduardo Demetrio, Ana Pérez Cepeda, Laura Zúñiga Rodríguez, Miguel Ángel Núñez Paz y Nieves Sanz Mulas. Son ellos los que me han pedido que escriba esta Introducción al Homenaje a su maestro que coordinan y al que también contribuyen otros muchos discípulos y compañeros de Ignacio. A ello he querido contribuir recordando en esta apretada síntesis los hitos más relevantes de su vida y su obra como universitario integral y como profesor y maestro de Derecho penal, a lo que también hay que añadir su excelente categoría como persona y, particularmente, en mi caso, el que haya sido durante más de cuarenta años un colega y amigo fiel con cuya ayuda, comprensión y afecto siempre he podido contar.

Sevilla, septiembre 2021

CAPÍTULO I.
EL LEGADO DE UN MAESTRO

Los delitos contra la Hacienda Pública, 35 años después

Juan Carlos Ferré Olivé
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva



—I—

RECIÉN LLEGADO DE ARGENTINA, con el título en Derecho aún humeante, sin estrenar, aparqué en la plaza de Colón y fui andando hacia la plaza de Anaya, donde luce la histórica frase cervantina del Licenciado Vidriera: «Salamanca, que enhechiza la voluntad de volver a ella a todos los que de la apacibilidad de su vivienda han gustado» ... No venía de paseo, ni de fiesta, sino a la Facultad de Derecho, a completar mis estudios universitarios, pues los doctorados habían sido desarticulados en Argentina desde el comienzo de la dictadura militar. La oportunidad era inmejorable. Portaba cartas de recomendación para el profesor Marino Barbero Santos, a quien no pude contactar en Madrid, y la suerte me sonrió, pues me puso delante de su primer discípulo, el motor incansable de su escuela, el luchador.

Llegó sonriente y como un torbellino. Desorden, papeles, muchos. Conceptos, ideas, iniciativas, también. Acababa de regresar de Alemania, de una estancia con el Profesor Hirsch. Tenía ante mis ojos a un jugador de rugby en sentido estricto: fuerte, habilidoso tanto con el balón como con la compleja dogmática jurídico penal alemana, con los delitos y con las penas, con Von Liszt, Welzel y Roxin, con Barbero Santos, Gimbernat y Muñoz Conde. No puedo dejar de agradecer su apoyo y el de Pepa, que en esos días permitieron encauzar mi futuro como penalista. Y también, el saber disfrutar del tercer tiempo.

-II-

Mi primer contacto con los delitos contra la Hacienda Pública también vino de la mano de Ignacio Berdugo. Mi maestro me sugirió que hiciera la tesis sobre estos temas tan áridos y espinosos, por lo que sospeché que ansiaba mi regreso anticipado a la tierra del tango, sin tesis. Bromas aparte, fue un consejo que me permitió superar los fantasmas que planean sobre estos delitos, y entender la necesidad de abordarlos científicamente, de entrar de lleno en las enormes dificultades interpretativas que generan, de las que considero he salido bastante airoso. Comencé así el estudio del delito fiscal, intentando indagar cómo conciliar impuestos como el IVA, IRPF y Sociedades con la prevención general y especial, con los fines de la pena. El segundo momento crucial en esta evolución formativa fue fruto de una coautoría dolosa entre mi querido maestro y el brillante y humano catedrático hispano chileno Juan Bustos Ramírez, en 1986. Juan Bustos dirigía una colección penal para una editorial catalana, y necesitaba con urgencia un libro sobre el delito contable-tributario, que acababa de incorporarse al Código Penal para perplejidad de miles de operadores jurídicos. Materia desconocida para penalistas y profanos, tal era el apremio que el libro debía estar en los escaparates de las librerías en seis meses, con compromiso contractual firmado y rubricado. Recuerdo perfectamente el momento en el que Ignacio me transmitió la propuesta, diciéndome «me parece una locura, tienes que variar un poco el objeto de la tesis, pero si lo aceptas cuenta con todo mi apoyo». De allí vino la primera tesis de Derecho penal que se leería en Salamanca después de diez años, a la que siguieron con imparable éxito y gran calidad muchísimas más.

-III-

Lo que se sancionaba en 1987 como delito fiscal hoy puede parecer lo mismo, ya que en esencia todo sigue girando en torno al fraude y a la ocultación de impuestos a la Hacienda Pública. Esto ocurre al menos con la que se considera como conducta más grave. Sin embargo, en la actualidad nos encontramos ante una compleja y extensa serie de delitos (defraudación tributaria, delito contable, fraude contra los intereses de la Unión Europea, fraude de subvenciones) –incluso algunos de ellos ya cuentan con fórmulas agravadas–, a los que se añaden los delitos contra la Seguridad Social (defraudación, fraude de prestaciones, etc.), todos ellos en consonancia con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Actualmente se emplean diez preceptos, todos ellos de gran complejidad técnica, que

requieren un importante esfuerzo interpretativo y que habilitan, a su vez, la eventual apreciación de situaciones de error de tipo o de prohibición.

Estando vigente la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, la regulación del delito fiscal estaba claramente condenada al fracaso, ya que se había estructurado un mecanismo previo, la *prejudicialidad administrativa*, determinándose que «los delitos fiscales sólo son perseguibles a instancia de la Administración», requiriéndose con carácter anterior que «haya recaído resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central». Se advierte, por lo tanto, que más que un delito en sentido estricto se había creado una infracción administrativa a la que se asociaba una pena, lo que resultaría incompatible con el texto constitucional que llegaría, justamente, al año siguiente. En cualquier caso, la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, resolvería este problema haciendo desaparecer por completo la *prejudicialidad administrativa* e introduciendo importantes cambios sistemáticos, como el abandono del espacio de las falsedades y la creación de un Título independiente en el Libro II del Código Penal, que llevaba por rúbrica la de «Delitos contra la Hacienda Pública». Justamente fue la regulación prevista en la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, con la modificación operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, la que sería objeto del libro que escribimos junto a nuestro homenajeado, que lleva por título «Todo sobre el fraude tributario» y que apareció en Barcelona en el año 1994. También otro éxito editorial, pues se agotó de inmediato. En él se analizaban en profundidad, conforme a la regulación jurídica vigente en ese momento, el delito de defraudación tributaria, el delito de fraude de subvenciones y el delito contable.

Al poco tiempo salió adelante casi por sorpresa el Código Penal que ahora nos rige, incorporado a nuestro acervo legislativo a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. A partir de allí los delitos que aquí nos ocupan se integraron en su posición definitiva, dentro del Título XIV del Libro II del Código Penal, denominado «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social». La renovada redacción no sirvió para dotar de estabilidad a estas normas, una y otra vez azotadas por los vaivenes de un legislador cambiante, pero constante en su afán de utilizar la amenaza penal con fines recaudatorios. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, elevó las cuantías que determinan la punibilidad de los distintos delitos, fijándolas en euros. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito penal tributario e introdujo un nuevo apartado en el art. 305.5 CP (actualmente art. 305.7 CP), dedicado a determinar la *forma de ejecución* de las penas de multa y de la responsabilidad civil, con la intención de reforzar el papel de la Administración Tributaria en dicha ejecución, desplazando

así a los órganos jurisdiccionales tradicionalmente competentes para esas tareas. En todo caso, se trata de una disposición de naturaleza claramente procesal y, por lo tanto, ajena al texto normativo sustantivo. Todo ello pone de manifiesto una regulación excepcional, fundamentada en lo que se conoce como *particularismo tributario*, que impone sus peculiares criterios incluso en el marco jurídico-penal.

La siguiente y relevante reforma fue operada en esta materia a través de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, y supuso cambios importantes en las relaciones entre el Código Penal y la Ley General Tributaria. El propio *Preámbulo* puso de manifiesto una clara voluntad recaudatoria, pues la reforma se realizó para «incrementar la posibilidad de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal». La modificación legislativa se generó ante las escasísimas cantidades recuperadas por la Administración tras la finalización de los juicios condenatorios por defraudación tributaria que se constataban en aquel momento. Las cifras eran ridículas ante las enormes posibilidades de evadir el pago final de las sumas defraudadas, por una maquinaria penal lenta e ineficaz ante operaciones de ocultamiento, vaciado de empresas, fuga de capitales, etc. Pero la audacia del legislador que aprobó la mencionada LO 7/2012, de 27 de diciembre, provocó el unánime asombro de la doctrina penalista, ya que intentó torpemente modificar la *naturaleza jurídica* de la regularización tributaria, entendida hasta entonces como una excusa absolutoria, para considerarla un supuesto de «*atipicidad sobrevenida*» (sic). Semejante atrocidad dogmática perseguía que los bienes objeto de defraudaciones tributarias consumadas y posteriormente regularizadas no pudieran ser considerados como *bienes corruptos* a los efectos del delito de blanqueo de capitales, hipótesis que nunca se habría planteado respecto a las regularizaciones ordinarias (cuando el sujeto paga completamente la deuda tributaria y sus recargos), pero que tendrían difícil encaje en el caso de las regularizaciones extraordinarias o *amnistías fiscales*, potenciadas políticamente por el gobierno de turno, en las que se pagaba una pequeña parte del tributo defraudado, sin recargos. La caracterización de este «elemento negativo sobrevenido del tipo penal» fue, en síntesis, rechazada abiertamente por la jurisprudencia y la doctrina dominante en estas materias, que siguen considerando la regularización como un claro supuesto de excusa absolutoria dentro del ámbito de la punibilidad.

Se produjeron posteriores reformas, como la resultante de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que realizó cambios menores en orden a los delitos contra la Hacienda Pública europea (art. 306 CP) y a la suspensión de la ejecución de la pena (art. 308 bis CP). Y también la que, por el momento,

parece culminar esta ingente labor legislativa, reforma realizada a través de la LO 1/2019, de 20 de febrero, que modifica las cuantías aplicables al delito de fraude a los intereses financieros europeos (art. 305.3 CP) y al delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP) generando, en este último supuesto, importantes, renovados y previsibles conflictos interpretativos.

–IV–

La figura estrella en este firmamento penal tributario sigue siendo, sin duda alguna, el delito de defraudación tributaria o fiscal, previsto en el art. 305 del Código Penal. Como ha destacado con acierto el Catedrático de Roma Enzo Musco, los motivos del auge de esta figura delictiva se encuentran en el tránsito de la década de los '70 a los '80 del siglo pasado, cuando el paso del Estado de Derecho al Estado *social* de Derecho generó la imperiosa necesidad de contar con mayores recursos públicos para atender a las nuevas necesidades y objetivos sociales y económicos. En este nuevo escenario, la lucha contra la evasión fiscal se priorizó de múltiples formas, siendo ineludible el recurso a la vía penal. Aunque el Estado social y su financiación están hoy en crisis, subsiste el afán recaudatorio de los Estados, que se enfrentan a nuevas necesidades políticas, tecnológicas, comerciales, de defensa, etc. que exigen una ingente búsqueda de recursos económicos a través de la tributación. Por ese motivo no es de extrañar que la «política-criminal-tributaria-recaudatoria» viva sus días más gloriosos, con un arsenal punitivo contundente y completo, a través de la persecución penal permanente de algunos empresarios, de figuras públicas –futbolistas, artistas de cine, teatro o televisión, escritores de *best sellers*, cantantes y grupos musicales– pero no tanto de representantes del sector público sospechoso de corrupción –presidentes y expresidentes, ministros, exministros, autoridades de Comunidades Autónomas, alcaldes y exalcaldes, diputados y senadores, entre otros–. Como destacan distintos medios periodísticos (5 y 6 de abril de 2021) «Hacienda pagará 100 millones de euros en bonus a sus funcionarios para espolear las inspecciones» con lo que se consagra un mecanismo de recompensas, de reparto del botín, que mucho recuerda al «*Reward-Wanted Dead or Alive*» de los carteles del «Salvaje Oeste» norteamericano. Hoy vivimos en el «Salvaje Sur» europeo.

El art. 305 del Código Penal se estructura en 7 apartados. El primero de ellos, el más importante, sanciona la defraudación tributaria activa u omisiva, siempre que la cuota o importe no ingresado exceda de ciento veinte mil euros, previendo la pena de uno a cinco años de prisión y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, a lo que se añaden otras

consecuencias jurídicas como «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años». Sin duda, para incrementar un poco la emoción y hacer menos aburrida su lectura, el *brillante* legislador que tuvo a su cargo la reforma operada por la LO 7/2012 de 27 de diciembre, incorporó la siguiente frase «La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos». Para interpretar mejor esta asombrosa y obvia afirmación, se dedicó también un párrafo explicativo en el Preámbulo de la ley: «El inciso se ha incluido también en el artículo 305 referido al delito contra la Hacienda Pública para evitar que su ausencia pudiera interpretarse en el sentido de que la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones excluye en todo caso la defraudación». Efectivamente, la ausencia de declaración no excluye la defraudación siempre que la generosamente bien pagada Agencia Tributaria y la aplicada Fiscalía aporten *otras pruebas* de la defraudación, situación tan obvia que genera vergüenza en el docente que intenta explicar a sus alumnos que estamos ante un marco jurídico racional y medianamente serio.

El segundo apartado indica cómo se determina la cuantía defraudada. Se trata de conceptos jurídico-tributarios, pues hace referencia a «retenciones», «ingresos a cuenta», «período impositivo o de declaración», etc. que describen plenamente este precepto como una ley penal en blanco, y sobre el que puede tener particular incidencia el error de tipo y el de prohibición. El legislador que tuvo a su cargo la reforma operada por la LO 7/2012 de 27 de diciembre, consagró aquí una fórmula de *consumación anticipada*, al establecer que «en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en el que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1». Esta posibilidad había sido apuntada por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/2007, de 30 de marzo, con la declarada intención de evitar algunos supuestos de impunidad, pues el delito no sería perseguible hasta su consumación –como es lógico– y para ello se debía conocer con exactitud la cuantía defraudada, lo que se determinaba en ese momento final consumativo: la tentativa se presentaba como irrealizable. Con esta regla procesal –se habla del comienzo de la persecución penal– se persiguen actuaciones previas a la consumación del delito y, por lo tanto, supuestos de tentativa punible de defraudación tributaria. Debe superarse la cuantía señalada (120.000 euros) antes de la consumación. No se permite una corrección desinriminatoria posterior, al excluirse una posible regularización

tributaria (art 305.4 CP) a la que en principio todos tienen derecho. Entiendo que la regulación es sumamente defectuosa y cuestionable, pues recibe mejor trato el autor de un delito consumado que el autor de la tentativa de delito. En síntesis, «de aquellos polvos vienen estos lodos».

El tercer apartado hace referencia a la defraudación tributaria contra la Hacienda de la Unión Europea, basándose en la realización de la misma conducta defraudatoria prevista en el primer apartado del artículo, pero modificando el titular del bien jurídico y el importe de las cuantías. A partir de la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, se añaden nuevas conductas punibles, concretamente se sanciona «a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente». También esta última reforma ha entrado en el ya clásico *baile de cuantías*, siendo punibles los fraudes del tipo básico cuando la cuantía supere los 100.000 euros defraudados (antes 50.000) y el tipo atenuado cuando la cuantía defraudada sea superior a 10.000 euros (antes 4.000) y no supere los 100.000 euros (antes 50.000). Desde la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, esta modalidad delictiva admite la regularización con efectos exonerantes de responsabilidad penal, de la misma forma que se establece para la defraudación de tributos estatales, autonómicos, locales o forales.

El cuarto apartado se dedica a la regularización tributaria. Esta institución, que proviene directamente del derecho tributario, apareció en sede penal por vez primera a través de la LO 6/1995, de 29 de junio, antes de la aprobación del actual Código Penal. Responde a intereses de política económica, como un estímulo para recuperar dinero oculto. Desde el Derecho Penal se la concibe como una iniciativa para incorporar al delito las modernas teorías de la reparación, el desistimiento y el arrepentimiento activo. Desde la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, para su plena eficacia se exige el completo reconocimiento y *pago efectivo* de la deuda tributaria. En cualquier caso, el pago debe ser espontáneo, para lo cual no debe haber operado ninguna de las causas de bloqueo previstas legalmente, es decir, «antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias». En muchos países iberoamericanos se utilizan cláusulas similares, pero que no exigen

espontaneidad, es decir, puede pagarse con efectos exonerantes hasta el mismo momento del juicio, con lo que se perfila como un instrumento descaradamente recaudatorio, completamente ineficaz de cara a los fines preventivos que debería perseguir toda amenaza penal.

El quinto apartado también fue incorporado por la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre. El Preámbulo de la Ley expone que «Se introduce un nuevo apartado que permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal». Efectivamente existía un problema grave, pues la dilación en el tiempo de los complejos procesos por defraudación tributaria convertía en incobrables las cuotas defraudadas en la ejecución de la sentencia condenatoria, lo que generaba sin duda un tratamiento desigual para el deudor que había pagado en tiempo y forma y el defraudador que finalmente podía llegar a conservar a buen recaudo su botín. Antes y después de la reforma la determinación de la cuota efectivamente defraudada era y sigue siendo una tarea que corresponde a la Justicia Penal. Sin embargo, con el texto aquí analizado se contempla una división previa del procedimiento en sede administrativa, de tal forma que las cuantías vinculadas a la defraudación se determinan en una liquidación vinculada a delito (LVD) regulada por el art. 253 de la Ley General Tributaria y que habilita el cobro de la deuda asimilándola a cualquier otra deuda tributaria. La existencia de un procedimiento penal por los mismos hechos no paraliza la acción de cobro, «salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación». Se pueden destacar distintas circunstancias: a) Las cuentas se ajustarán finalmente de acuerdo con lo que se decida en el proceso penal. b) La LVD no admite recurso contencioso-administrativo (art. 254.1 Ley General Tributaria), por lo que solo puede ser limitadamente recurrida ante el Juez Penal, lo que ha generado reiteradas críticas doctrinales. c) Es fuente constante de debates interpretativos y reprobación por su regulación jurídica. En todo caso, no es una materia que deba consignarse a través de Ley Orgánica en el Código Penal.

El sexto número del art. 305 CP consagra una atenuante extraordinaria y facultativa por reparación del daño y confesión. Se contempla una importantísima rebaja de pena, una especie de *eximente incompleta específica* al reducir la sanción en uno o dos grados para el autor de la defraudación, «siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial

como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos». Se persiguen con claridad fines exclusivamente recaudatorios, porque no se exige espontaneidad, ya que se pueden pagar una vez descubierto el delito, por lo que ni se anula ni disminuye el mensaje intimidatorio de la pena, simplemente se lo desacredita. Adviértase que su apreciación es facultativa para Jueces y Tribunales, por lo que se da una excelente puerta de salida para todos aquellos que no hubieran regularizado a tiempo su situación y han sido fatalmente descubiertos. La decisión judicial favorable –que se presume segura– pone un tibio límite a lo que para algunos será un derecho adquirido tras el pago. Este mismo numeral consagra una atenuante premial, esta vez dirigida a beneficiar la delación por parte de los partícipes en los hechos: «Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito». Nada justifica esta específica fórmula premial, inusual en el Código Penal, sino que se trata de otra manifestación del desestabilizante *particularismo tributario*.

El séptimo y último apartado del art. 305 CP regula la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, concediendo a la Administración Tributaria el derecho a su ejecución directa por el procedimiento administrativo de apremio. La afeción al art. 117.3 de la Constitución es bastante clara, pues no parece compatible con esta delegación a la Administración Tributaria para que ejecute por sí misma una sentencia penal.

–V–

Cuando hace algunos años estudiábamos con el profesor Berdugo estos temas, existían fórmulas agravadas incorporadas en el propio precepto regulador del delito de defraudación tributaria. Dichas fórmulas, con el paso del tiempo, emigraron hacia un nuevo art. 305 bis CP que las castiga con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble a séxtuplo de la cuota defraudada. El incremento de cinco a seis años de la pena máxima cumple dos objetivos: aumentar lógicamente la entidad de pena amenazada, pero, con mucha más intencionalidad, elevar el plazo de prescripción hasta los diez años (art. 131.1 CP). Se aplica cuando la cuantía defraudada exceda de 600.000 euros (letra «a»), cuando el delito se cometa en el seno de una organización o grupo criminal (letra «b») y cuando «la utilización

de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito» (letra «c»).

–VI–

Tampoco existía en los años en los que comenzábamos a estudiar estos temas la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hoy plenamente aplicable al ámbito penal tributario en base al art. 310 bis CP. Lo que sí existía, y fue el objeto de mi tesis doctoral, es el delito contable– tributario del actual art. 310 CP. Debo advertir que es un precepto olvidado, no por mí sino por todo el mundo jurídico, pues en estos 35 años solo fue *retocado* por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que transformó la cuantía de 30.000.000 de pesetas en la de 240.000 euros. Operación matemática o mejor dicho *contable* forzada por la creación de la nueva moneda europea, pero todo un desprecio si se la valora en medio de esta alocada vorágine reformadora. Del precepto no se acuerda la jurisprudencia ni los operadores jurídicos, pero me acuerdo yo, porque fue la llave que me regaló Ignacio Berdugo para abrir la puerta de la ciencia penal. Espero agradecido no haberlo defraudado.

¿Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena?*

Eduardo Demetrio Crespo
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)



«La disputa sobre el sentido de la pena lleva ya varios siglos. Y los frentes de la misma apenas se han modificado durante todo este tiempo. La retribución se opone a la prevención, lo clásico se opone a lo moderno, las teorías absolutas se enfrentan con las relativas. Las preguntas son: ¿es suficiente con que la pena sea una respuesta retributiva, adecuada al delito, o debe también perseguir determinados efectos favorables: el mejoramiento del delincuente (resocialización) y la intimidación de los demás para que se abstengan en el futuro de cometer delitos (prevención general)? ¿Tiene la pena una medida y cómo se determinan los límites de la misma?» (W. HASSEMER)¹.

* Este trabajo se integra en los siguientes proyectos de investigación: 1.- *Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias* (SB-PLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [<https://blog.uclm.es/proyectocresta/>] y 2.- *Derecho penal y comportamiento humano* (RTI2018-097838-B-100) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad) [<https://blog.uclm.es/proyectodpch/>].

¹ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 101.

I. INTRODUCCIÓN

ESTE BREVE ARTÍCULO está dedicado con cariño y profundo agradecimiento a mi maestro, el *Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, quien un buen día de junio del año 1993 me recibió en el Rectorado de la Universidad de Salamanca, adonde fui a visitarle con varios trabajos bajo el brazo escritos durante la carrera. No por casualidad, dos de ellos versaban sobre problemas de teoría del derecho (el deber jurídico en el positivismo jurídico contemporáneo y la interpretación jurídica en el pensamiento de Hans Kelsen) y un tercero sobre los fines de la pena. Por otro lado, tanto la concreción del tema de mi tesis doctoral –que me permitía combinar mis dos almas, iusfilosófica y penal– como su preparación en Alemania, se deben a su consejo y orientación científica. Una de las primeras lecturas que me recomendó, que por motivos obvios no quisiera dejar de citar, fue el *Discurso de Apertura del curso académico 1944-1945 en la Universidad de Salamanca de D. José Antón Oneca*². Dado que un eje central de la argumentación contenida en aquella primera monografía³ se refiere a las razones de la posible inconstitucionalidad de agravaciones de la pena en el marco de la individualización judicial de la pena⁴ (en adelante, IJP) por motivos de prevención general⁵ y que no he dedicado ningún otro trabajo particular a esta cuestión⁶,

² ANTÓN ONECA, J., *La Prevención General y la Prevención Especial en la Teoría de la pena*, Salamanca: Imprenta Cervantes, 1944.

³ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1.ª ed., Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999 (Prólogos de I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y H. J. HIRSCH) [*Id.*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016 (Prólogos de F. VELÁSQUEZ, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y H. J. HIRSCH)].

⁴ Sobre el concepto IJP –que resulta decisivo para todo lo demás puesto que la argumentación ulterior se proyecta y tiene por objeto (solo) el campo que este abarca– y su diferenciación respecto a otros próximos–, cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 41 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 21 y ss.]; SCHNEIDER, U., «Vorbermerkungen zu den §§ 46 bis 50», en G. CIRENER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Band 4, 13. Aufl., Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, pp. 300 y ss.

⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 139 y ss. y 159 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 165 y ss. y 195 y ss.].

⁶ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal de 1995», *ADPCP*, Tomo 50, Fasc./Mes 1-3, 1997, pp. 323 y ss.; *Id.*, «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», *NDP*, 1998/A, pp. 19 y ss.; *Id.*, «Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena», en J. DE VICENTE REMESAL *et al.* (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid: Reus, 2020, pp. 1277 y ss. (y la bibliografía allí citada) [≥ *Revista Criminalia*. Número

volveré en estas pocas páginas sobre este círculo de problemas. Aunque entretanto han aparecido valiosas investigaciones⁷, el tema sigue siendo insuficientemente tratado por la doctrina a pesar de su enorme trascendencia práctica⁸.

especial 80 Aniversario, México: Academia Mexicana de Ciencias Penales / Ubijus Editorial, Año LXXXVII, diciembre 2020, pp. 371 y ss. (versión algo más amplia)].

⁷ Cfr., entre otras referencias, AMBOS, K. (Hg. / Ed.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights*, Göttingen: Göttingen University Press, 2020; BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid: Marcial Pons, 2019; BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; BORJA JIMÉNEZ, E., «Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena», *NFP*, vol. 12, n.º 87, 2016, pp. 120 y ss.; De la Mata Barranco, N., «Gravedad de la pena, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa», *RPM*, n.º 6, 2014, pp. 83 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret*, 1/2007, pp. 1 y ss.; FRISCH, W., «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung», *GA*, 9/2014, pp. 489 y ss.; *Id.*, «Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem», *GA*, 7/2017, pp. 364 y ss.; FRISCH, W., et al. (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2003; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., «Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo», *Foro FICP*, 2019-I, pp. 439 y ss.; *Id.*, «La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro», *Polít. Crim.*, Vol. 15, n.º 30 (Dic. 2020), pp. 583 y ss.; GROSSE-WILDE, T., *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017; *Id.*, «Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018», *ZIS*, 2/2019, pp. 130 y ss.; HÖRNLE, T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2014, pp. 779 y ss.; MILTON PERALTA, J., «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *DOXA*, 31, 2008, pp. 599 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, 2/2007, pp. 1 y ss.; VON HIRSCH / ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the principles*, Oxford: Oxford University Press, 2005; VON HIRSCH, A. et al. (Ed.), *Principled Sentencing*, Portland: Hart Publishing, 2009.

⁸ Sobre la posición defendida en mi tesis doctoral *vid.*, en sentido crítico, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Individualización de la pena», *Op.cit.*, pp. 11 y ss. (donde se dice de manera imprecisa que conduce siempre a la misma solución, la imposición de la pena mínima, con independencia de la gravedad del hecho); una descripción sintética correcta y valoración preliminar más ajustada, en cambio, en BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, pp. 129 y ss.; y, con gran detalle, BASSO, G. J., *Determinación judicial*, *Op.cit.*, pp. 208 y ss., quien sin llegar a rebatirlas discrepa sobre el alcance de las objeciones de tipo dogmático, constitucional y empírico frente a la prevención general negativa como factor final de la IJP fundamentador de agravaciones de pena. Este autor matiza de manera acertada la crítica antes mencionada de Feijoo en el sentido

La sobrevaloración de la prevención general por el régimen nazi trajo consigo la imposición de penas que conducían al terror penal, violaban el principio de prohibición de exceso y, por ende, la dignidad humana⁹. La prevención general en la IJP adquiere gran interés, no solo desde la perspectiva político-criminal, sino también dogmática. La «lucha de escuelas» sobre los fines de la pena en esta fase de la intervención penal se centra en el autor cuando se discute si a este le corresponde la pena que merece conforme a su culpabilidad («retribución»¹⁰) o bien la que necesita para su resocialización («prevención especial»¹¹). Ahora bien, la discusión sobre la prevención general se traslada a otra esfera en la medida en que lo que está en juego es la pena capaz de intimidar a terceros («prevención general negativa»), por lo que el comportamiento de estos cobra un papel central.

A este respecto resulta útil examinar algunas limitaciones marcadas por la jurisprudencia respecto al papel que este fin de la pena puede llegar a desempeñar¹². Entre estas, evitar una valoración unilateral o sobrepasar el límite de la pena adecuada a la culpabilidad, desatender el caso concreto¹³, configurar el criterio del «peligro de extensión o repetición» de modo que se pueda vincular a la estructura del injusto-culpable contándolo entre las consecuencias del hecho en sentido amplio¹⁴, su consideración como fin accesorio junto con otros fines de la pena, su exclusión ante la ausencia de las condiciones psicológicas necesarias, o distinciones en función

de que no debe prejuzgarse de manera negativa la aplicación de penas moderadas por parte del juez en el ejercicio de su margen de valoración (p. 215).

⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 133 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 157].

¹⁰ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., «Crítica a la retribución como fin de la pena», *acfs*, *Protocolo I*, 2021, pp. 107-129 (y la bibliografía allí citada).

¹¹ Sobre los problemas vinculados a la prevención especial y la «sentencia indeterminada», *Vid.*: I. Berdugo Gómez de la Torre, *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional del Derecho Penal*, Salamanca: Universidad Pontificia, 1982, pp. 59 y ss.

¹² Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 136 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 159 y ss.]; y SCHNEIDER, U., «Vorbemerkungen», *Op.cit.*, pp. 327 y ss., donde se señala que aunque según la jurisprudencia del BGH la idea de la intimidación de terceros en sentido agravatorio no está excluida, una agravación de la pena por motivos de prevención general negativa en el marco de la pena adecuada a la culpabilidad solo es considerada lícita bajo presupuestos angostos que muy extrañamente se cumplen en la práctica (marg. 32 *in fine*), reconociéndose asimismo que la imposición de una pena más elevada por motivos de prevención general negativa no está justificada por regla general (marg. 41).

¹³ Sobre el particularismo y los límites de la individualización, Cfr.: GROSSE-WILDE, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 149 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., «Fundamentos teóricos», *Op.cit.*, pp. 1280 y ss.

¹⁴ Cfr., por todos, GROSSE-WILDE, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 410 y ss., 443 y ss.

del tipo de delito de que se trate. Sin embargo, frente a un razonamiento de esta naturaleza y a falta de un precepto que declare la ilicitud de una agravación de la pena en el caso concreto con fundamento en consideraciones preventivo-generales¹⁵, sigue siendo posible esgrimir toda una serie de argumentos que ponen en tela de juicio las decisiones jurídicas que de ahí resultan. Ello no es óbice para admitir que la gravedad del hecho¹⁶ cometido por el autor influye de manera mediata en el efecto preventivo general negativo también de la concreta pena impuesta y que, en todo caso, no sería correcto entender que este fin de la pena conduce de manera necesaria a agravaciones de esta¹⁷.

II. OBJECIONES FRENTE A LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA COMO FACTOR FINAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. *Problemas dogmáticos*

Entre las objeciones frente a la prevención general negativa o intimidatoria como factor final de la IJP¹⁸ cabe referirse, en primer lugar, a las de carácter dogmático. En particular, la prohibición de doble valoración de elementos del tipo recogida normativamente por el § 46.3 StGB¹⁹, a pesar de la inexistencia de un precepto equivalente en el código penal español, no puede dejar de mencionarse. El sentido de esta regulación radica en la idea de que aquellos elementos que han guiado al legislador y, por tanto, ya han sido contemplados a la hora de fijar el marco penal abstracto, no son adecuados por este motivo para la determinación de la concreta pena a imponer²⁰. Por lo que aquí interesa, BRUNS advertía que no resultaría

¹⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 138 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 165].

¹⁶ Sobre el criterio de la «mayor o menor gravedad del hecho» mencionado por el legislador junto con el de las «circunstancias personales del delincuente» en el actual art. 66. 1. (6.ª) del CP, cfr., entre otras referencias, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 289 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 378 y ss.]; BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, pp. 297 y ss.

¹⁷ *Vid.*, p. ej., en este sentido y desde una visión favorable a tomar en cuenta consideraciones de esta índole en la IJP, KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 806.

¹⁸ Sobre el concepto de «factor de la I.J.P.» y sus tres significados como factor real, final y lógico, cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 44 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 26 y ss.].

¹⁹ § 46.3 StGB: «Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden».

²⁰ Cfr.: SCHNEIDER, U., «Vorbemerkungen», *Op.cit.*, pp. 399 y ss.

lícito, p. ej., que el juez utilizara el fin preventivo general con carácter agravatorio únicamente bajo la invocación de los elementos del tipo²¹, afirmando que la cantidad de pena justa depende de las peculiaridades del caso concreto y no puede ser influenciada por factores que no permiten diferenciar entre los distintos hechos punibles²².

2. Problemas de adecuación constitucional

Uno de los valedores clásicos en la doctrina alemana acerca de la inconstitucionalidad de la prevención general en la IJP es BADURA²³, quien partía de que incluso FEUERBACH²⁴, que concibió la prevención general negativa como justificación filosófico-jurídica de la pretensión penal del Estado, no la tomó en consideración como factor de la IJP por considerarla nociva²⁵, conclusión a la que también había llegado la doctrina italiana²⁶. Entre las razones de mayor peso en contra de agravaciones de la pena por motivos de prevención general se encuentra la posible inconstitucionalidad de estas por vulneración de la dignidad humana y ello sin perjuicio de que la concreta pena impuesta sin atender de manera específica a este factor pueda desplegar efectos preventivo-generales²⁷. La pregunta que cabía formular –cuya respuesta viene condicionada, a su vez, por las diferentes teorías sobre la IJP²⁸– es si la ilicitud era total o se limitaba a los supuestos en los que dicho punto de vista implicara sobrepasar el techo máximo de la

²¹ BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1974, p. 239.

²² BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht, Op.cit.*, p. 380.

²³ BADURA, P., «Generalprävention und Würde des Menschen», *JZ*, 1964, pp. 337-344.

²⁴ Sobre la teoría de la IJP en Feuerbach, *vid.*: GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pp. 65 y ss.

²⁵ BADURA, P., «Generalprävention», *Op.cit.*, p. 338 [«Die Abschreckung als Strafzumessungsgrund des konkreten Strafausspruchs liegt nicht nur außerhalb seiner theoretischen Absicht, sondern wird von ihm sogar als schädlich zurückgewiesen»].

²⁶ DOLCINI, E., «Probleme der Strafzumessung in Italien», *ZStW*, 94 (1982), pp. 379-380.

²⁷ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general, Op.cit.*, p. 142 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 170]; BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales, Op.cit.*, pp. 150 y ss.

²⁸ Cfr., entre otras referencias, BASSO, G. J., *Determinación judicial, Op.cit.*, pp. 81 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general, Op.cit.*, pp. 187 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 234 y ss.]; GROSSE-WILDE, T., *Erfolgszurechnung, Op.cit.*, pp. 9 y ss., 65 y ss.; KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit, Op.cit.*, pp. 784 y ss.; y SCHNEIDER, U., «Vorbermerkungen», *Op.cit.*, pp. 330 y ss.

«pena adecuada a la culpabilidad»²⁹. Dado que considerábamos este límite una suerte de «barrera imaginaria» y que no conferíamos a la culpabilidad la capacidad de fundamentar (con carácter constitutivo) una determinada cantidad de pena³⁰, respondíamos que se trataba de una ilicitud plena debido a la *limitación teleológica* de la prevención general a la fase de la conminación legal de la pena. Esta limitación teleológica conlleva, a su vez, la defensa de una «prevención general negativa proporcional» que se mantiene de manera natural dentro de los límites inmanentes que le son propios, evitando con ello efectos indeseables como p. ej. una penalización más dura de criminalidad de bagatela masiva³¹. Por otro lado, se opone de manera frontal a la concepción –sostenida entre otros por KASPAR al objeto de contrarrestar parcialmente el argumento de la falta de conocimientos empíricos– según la cual en lo que concierne al efecto preventivo general negativo se trata siempre de un punto de vista cumulativo³².

Pero no solo la dignidad humana, sino también el principio de igualdad se puede ver afectado con relación a otro caso en el que el juez considere que la prevención general no tiene nada que decir como fundamento de la individualización³³. Adicionalmente cabe preguntarse si en el caso español la consideración de la prevención general como factor final de la individualización no contribuye a un vaciamiento indirecto de la resocialización como fin de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad expresamente previsto en el Art. 25.2 CE³⁴. Por último, las dudas sobre la legitimidad se ven incrementadas debido a la indemostrabilidad desde el punto de vista empírico de este tipo de agravaciones, que carecerían de sentido sin saber siquiera si se muestran eficaces para el fin

²⁹ Sobre el concepto de «culpabilidad en la IJP» («Strafzumessungsschuld»), *vid.*, p. ej., SCHNEIDER, U., «Vorbemerkungen», *Op.cit.*, pp. 319-320.

³⁰ Sobre la relación entre concepto, estructura y función de la «culpabilidad en la IJP», *vid.*: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 215 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 273 y ss.]; *Id.*, «Schuld und Strafzwecke», en M. HEINRICH *et al.* (Hg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2011, pp. 689-703; GROSSE-WILDE, T., *Erfolgszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 95 y ss.

³¹ KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 802.

³² KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 804 [«Jede Straftat trägt zu einem potenziellen gesamtgesellschaftlichen «Kumulationsschaden», also der Gefahr weiterer Straftaten bei flächendeckender Strafflosigkeit bei»].

³³ WARDA, G., *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1962, pp. 155 y ss.

³⁴ GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, p. 186; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 143 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 171].

pretendido³⁵ y que, por lo tanto, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, deberían desecharse. Los resultados de las investigaciones empíricas niegan más bien la hipótesis de que una pena más dura produce un mayor efecto preventivo general, por lo que la imposición de una agravación de la pena por motivos preventivo generales –bien para intimidar a otros potenciales autores de la comisión de hechos parecidos, bien para fortalecer la confianza jurídica de la población en la vigencia y capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico– sería político-criminalmente inútil y jurídicamente ilícita³⁶.

III. OBJECIONES FRENTE A LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO FACTOR FINAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. *Problemas dogmáticos*

Cuando se trata de la prevención general positiva la argumentación se vuelve aún más compleja puesto que implica tomar como punto de partida sus diferentes formulaciones o modelos de pensamiento en torno a ella³⁷, seleccionar aquellos que se muestran capaces de suministrar criterios aplicables en la medición de la pena, y analizar su relevancia específica en la IJP³⁸. Ya CALLIES partía de la idea de que las sanciones penales, más allá de su función de carácter individual, desempeñan asimismo una función

³⁵ KÖBERER, W., «Lässt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe –am Beispiel der Todesstrafe in den USA–», *MschKrim*, 65, Heft 4, 1982, pp. 200-218.

³⁶ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 145 y nota 64 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 175 y nota 64] y, recientemente, KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 811, quien –a pesar de defender una «IJP proporcional»– reconoce abiertamente que la tendencia atenuante observable a largo plazo no solo es político-criminalmente correcta, sino también constitucionalmente exigible, al tiempo que se hace posible de este modo prevenir el peligro de una recaída en estrategias punitivas meramente retributivas.

³⁷ Cfr., entre otras referencias, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 109 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 123 y ss.]; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, pp. 261 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 129 y ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 62 y ss.

³⁸ *Vid.*: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 146 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 175 y ss.] (y la bibliografía allí citada).

social definida como una suerte de conexión normativa intersubjetiva³⁹. Se argumenta que el juez no solo tiene un deber frente al autor, sino también frente a la generalidad, indicando que la función de la prevención general en la IJP debería consistir en compensar los efectos nocivos de la eventual relajación en la intensidad de la persecución jurídico-penal del Estado al objeto de evitar que la amenaza penal pudiera no ser tomada en serio. Implícitamente se otorga a la culpabilidad en la IJP una función constitutiva, según la cual no solo estaría prohibido sobrepasar el límite máximo de la supuesta pena adecuada a la culpabilidad, sino que tampoco sería posible ir por debajo del límite mínimo, de acuerdo con una formulación que termina por identificar las necesidades preventivo-generales con la retribución justa⁴⁰.

De este modo, la problemática dogmática a este respecto puede resumirse concluyendo que del reconocimiento de una prohibición de superación del marco de pena adecuada a la culpabilidad, algo sobre lo que no existe controversia, resultaría una doble consecuencia: mientras que respecto a la prevención general negativa cabría afirmar que esta solo puede consistir en un «efecto paralelo», pero en ningún caso puede buscarse expresamente, en lo que respecta a la prevención general positiva, según la opinión dominante, la colisión con el principio mencionado no sería posible al entender que la única pena que produce efectos preventivo generales positivos es aquella que se percibe como adecuada a la medida de la culpabilidad⁴¹. Sin embargo, el aspecto verdaderamente más revelador de hasta qué punto los fines de la pena y la teoría marco (retributiva o preventiva) que se mantenga tiene claras repercusiones de orden metodológico en el contexto de la IJP se presenta cuando se examinan las distintas posiciones acerca de la supuesta prohibición –que en nuestro ordenamiento jurídico

³⁹ CALLIES, R. P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch, 1974, pp. 191 y ss.

⁴⁰ SCHNELLE, Karl, *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, Göttingen, jur. diss., 1977, p. 158.

⁴¹ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 259 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 337], y SCHNEIDER, U., «Vorbemerkungen», *Op.cit.*, pp. 329-330, donde se señala que no hay razón alguna para subrayar especialmente el fin de la prevención general positiva en la medición de la pena, sin perjuicio de toda una serie de aspectos o elementos atenuantes, tales como el comportamiento posterior al hecho –p. ej. la reparación del daño– o la confesión por arrepentimiento, que confirman la pretensión de vigencia de la norma al margen de la imposición de una pena elevada (marg. 38).

carecería de base normativa alguna— de no ir por debajo del límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad⁴².

2. *Problemas de adecuación constitucional*

Pues bien, frente a la idea, cuando menos equívoca, de que la prevención general positiva o bien exige simplemente la pena justa o bien no desempeña ningún papel en la IJP, tratamos de argumentar en su momento que este fin de la pena puede jugar en contra de los intereses del reo, exigiendo la imposición de una pena más dura de la que se requeriría conforme a la prevención especial si ello se considera necesario para el fortalecimiento de la confianza jurídica de la población⁴³. En primer lugar, la afirmación de que la pena adecuada a la culpabilidad produce efectos preventivo-generales de carácter integrador depende de que la pena sea considerada socialmente justa, lo que implica poner al juez en la imposible situación de conocer la opinión pública y traducirla en un *quantum* de pena, con la consiguiente indeterminación de los criterios legales de determinación de la pena⁴⁴. Por otro lado, no resulta consecuente constatar la irracionalidad de que la cantidad de pena a imponer quede en manos de la percepción social en cada momento para a continuación legitimar dicha consecuencia bajo la consideración de que la prevención general de integración permite en todo caso un cierto grado de renuncia a la pena adecuada a la culpabilidad por razones de prevención especial.

Aunque se admita el carácter meramente limitativo y no constitutivo de la culpabilidad, el problema solo se traslada, pero no se resuelve, si al final se concede dicho estatus de manera tácita a la prevención general de integración. Tanto entonces como ahora cabe preguntarse, *¿cuándo y cómo se puede constatar que la sociedad está dispuesta a tolerar un determinado grado de «individualización» de la responsabilidad?, ¿por qué razón debe decidir la sociedad, que como sabemos por estudios de psicología social se mueve más bien por impulsos irracionales y se manipula por los medios de comunicación, si debe tolerarse un determinado grado de renuncia a*

⁴² Sobre las distintas posiciones a este respecto, *Vid.*: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 260 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 338 y ss.] (y la bibliografía allí citada).

⁴³ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 149 [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 180].

⁴⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 272 y ss.

la pena?⁴⁵ A parecidas consecuencias se llega tras el análisis crítico de la cláusula –no exenta de connotaciones retributivas⁴⁶– de la «defensa del ordenamiento jurídico» contemplada en los § 47, 56 y 59 StGB, que resulta inidónea como criterio limitativo de las necesidades de prevención especial, tanto por la vaguedad del concepto como por la falta de conocimientos empíricos al respecto⁴⁷.

En su día sostuve que en la medida en que con la prevención general positiva se persiga el mismo efecto intimidatorio propio de la prevención general negativa, aunque disfrazado en conceptos vagos e imprecisos susceptibles de inducir a confusión, se puede llegar a fundamentar una solución contraria a las garantías individuales⁴⁸. También el pensamiento preventivo general positivo subyacente a la teoría de la proporcionalidad con el hecho corre el riesgo de «incluir en la ecuación» elementos de culpabilidad de autor que conviene desechar a toda costa⁴⁹, lo que resulta evidente con relación al específico elemento de ponderación de la «gravedad del hecho» como factor real de la IJP «ánimo que se desprende del hecho» («die Gesinnung, die aus der Tat spricht») mencionado en el § 46 (2) StGB⁵⁰. En tanto que factor final de la IJP la prevención general positiva se vería afectada, por tanto, no solo por las críticas –tales como la incorrección de sus presupuestos axiológicos y la ausencia de legitimación empírica– que se han esgrimido en contra

⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 152 [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 184-185].

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, pp. 74-75.

⁴⁷ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 159 [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 194]; y, en sentido crítico sobre la concepción de Frisch, que combina una base preventiva con la adecuación a la culpabilidad interpretada con el criterio de la dimensión de la «perturbación del ordenamiento jurídico» a pesar de la ausencia de conocimiento empírico, KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 791 y ss.

⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 160. [≥ 2.ª ed. (nota 3), p. 196].

⁴⁹ KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 788 [«Eine gewisse Tatproportionalität als Mindestanforderung der «gerechten Strafe» ist unumgänglich, worauf schon *Jellinek* hingewiesen hat. Überzeugend ist auch das teilweise damit verbundene Anliegen, in ihrem Inhalt und ihrer straftheoretischen Legitimation unklare persönliche Schuldelemente wie die Gesinnung des Täters möglichst aus der Strafzumessungslehre zu verbannen»].

⁵⁰ KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 803 [«Nicht zu übersehen ist aber die Gefahr, dass es dabei um eine rein «moralisierende» Betrachtung geht, bei der verbal abgelehnte «Charakter» oder «Lebenführungsschuld» doch relevant sind»] y, con mayor detalle, sobre el riesgo de introducir de nuevo en la IJP una pura «retribución de la culpabilidad» –y, con ella, un «injusto del ánimo» («Gesinnungsunrecht») independiente– por la puerta de atrás de la prevención general positiva (p. 809).

de este fin de la pena con carácter general⁵¹, sino que le serían igualmente aplicables los problemas de constitucionalidad que ya han sido expuestos respecto a la prevención general negativa. Como ha advertido de manera clara KASPAR, criterios como la «perturbación del ordenamiento jurídico», aunque provienen del ámbito de la prevención general positiva, pueden remitirse por completo al efecto preventivo general negativo de eliminar el mal ejemplo e impedir el «efecto imitación»⁵². Por otro lado, las objeciones dogmáticas vinculadas a aquellos –tales como la doble valoración de elementos del tipo– también se mantienen, a lo que se añade su carácter asistémico y, finalmente, su incapacidad intrínseca como criterio de medición de la pena, algo reconocido por sus propios partidarios⁵³.

IV. REFLEXIÓN FINAL

No es posible en el marco de este breve artículo extenderse sobre las diferentes perspectivas teóricas acerca del complejo problema abordado⁵⁴, por lo que entiendo que lo más conveniente es limitarse a formular una valoración final de carácter global. Para ello me gustaría enlazar con una valiente reflexión de BERDUGO en la *Lección Inaugural del curso 2018-2019 pronunciada el 13 de septiembre de 2018 en la Universidad de Salamanca*:

«Legislar en función de la opinión pública, de los grupos de presión mediáticos y del protagonismo que en el corto plazo se da a las víctimas no es más democrático, al contrario, es un paso atrás, es ignorar el propio origen del Derecho penal, que nace como vía que asume el Estado frente a la venganza privada»⁵⁵.

Pues bien, lo mismo podría decirse de la aplicación del Derecho penal por jueces y tribunales, que debería ser lo más estricta/menos arbitraria y

⁵¹ Cfr.: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 126 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 148 y ss.] y la bibliografía allí citada, en particular, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, pp. 274-275.

⁵² KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 792.

⁵³ Con más detalle, *Vid.*: DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 159-161. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 195-198].

⁵⁴ Una clasificación de los principales puntos de vista expuestos por la doctrina tanto en función del grado de licitud o ilicitud otorgado a la prevención general en la IJP como atendiendo a visiones sistemáticas por autores puede verse en DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 161 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 198 y ss.].

⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, 2018, p. 52.

restringida posible, como corresponde al Derecho penal del Estado constitucional de Derecho⁵⁶, sin que se pueda afirmar que están legitimados por alguna razón a erigirse en portavoces de ninguna otra cosa⁵⁷. Por ello, todo esfuerzo será poco en el empeño por aclarar los fundamentos dogmáticos de la compleja y delicadísima labor que estos llevan a cabo, y sería un flagrante error pensar que este terreno se puede dejar al albur de la sana intuición o la propia ideología de cada uno de ellos. Es preciso no perder de vista en este sentido el *deber de motivación* que pesa sobre la decisión individualizadora de acuerdo con lo establecido en el art. 72 CP, que aparece asociado, a su vez, a la posibilidad de revisión por una instancia superior y la correspondiente garantía constitucional⁵⁸.

⁵⁶ Cfr., entre otras referencias, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: Iustel, 2012, pp. 103 y ss.; *Id.*, *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 15 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Madrid: Reus, 2020, pp. 109 y ss. (y la bibliografía allí citada); GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2015, pp. 9 y ss.; GRECO, L., «Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Sfrarechtswissenschaft», en B. BRUNHÖBER *et al.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden: Nomos, 2013, pp. 13 y ss.; KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 27 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / JAIRA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho penal constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de su dogmática*, Madrid: Reus / Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, pp. 45 y ss.; WILFERT, M. V., *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 10 y ss.; ZAFFARONI, E. R., *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, pp. 86 y 135.

⁵⁷ A este respecto, sobre la relación entre razonamiento jurídico y razonamiento moral en el plano de la teoría del derecho, cfr., entre otras referencias, GARCÍA FIGUEROA, A., «¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas», en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 191 y ss.; y sobre neutralidad e ideología de los jueces, GARGARELLA, R., «Jueces, mayoritarismo y castigo», en *Id.*, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 81 y ss.

⁵⁸ *Vid.*, llamando la atención sobre la diferencia entre *motivación* de la decisión y su *corrección* o conformidad a derecho, BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, p. 494.

No es baladí recordar, como bien ha subrayado BERDUGO⁵⁹, que el punto de partida del Derecho penal democrático^{60/61}, más allá de la multiplicidad de factores que puedan influir en su evolución, debe radicar en el pronunciamiento sobre el modelo de Estado y la irrenunciabilidad de los Derechos Humanos que se proyectan sobre las garantías penales. En el tema que nos ocupa esto podría significar decantarse por una «optimización de los Derechos Fundamentales» que se ven afectados en la IJP en lugar de por una «optimización de la compensación de la culpabilidad»⁶², lo que nos devuelve a la cuestión metodológica clave acerca del carácter prospectivo o/y retrospectivo de la medición de la pena⁶³ y las antinomias entre fines de la pena y culpabilidad que subyace a esta materia⁶⁴. En la medida en que se trataría de perseguir idealmente la mínima intervención posible para el reo sin merma del fin preventivo general, que quedaría ya preservado por el marco penal abstracto y las sucesivas concreciones de este en el proceso de determinación legal de la pena hasta llegar al margen que queda para la IJP tanto en sentido amplio como en sentido estricto, no hay razones para sustentar agravaciones de la pena adecuada a la culpabilidad y correspondiente al «injusto culpable» basadas en la intimidación de terceros.

⁵⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal*, *Op.cit.*, p. 114.

⁶⁰ En sentido crítico sobre la relación entre democracia y Derecho penal, cfr.: GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo*, *Op.cit.*, pp. 22 y ss, quien habla de «hostilidad hacia la democracia» e «indiferencia hacia la desigualdad» en los modos de respuesta penal actualmente existentes o dominantes [«: el derecho penal vigente parece llevarse muy mal con nuestras más elementales preocupaciones de tipo democrático. Este hecho conspicuo se advierte no solo en relación con los autores penales que –podíamos esperar– reaccionan agresivamente ante tales preocupaciones, dados los presupuestos conservadores o liberal-conservadores de los que parten para elaborar sus reflexiones. La hostilidad se advierte también –lo que resulta más curioso– en las mentes más atractivas y progresistas del derecho penal moderno, los autores que muchos de nosotros leemos y citamos con devoción» (p. 23)].

⁶¹ Sobre las implicaciones metodológicas tanto en el nivel político-científico como heurístico del concepto –más o menos deliberativo– de democracia subyacente: *Vid.*, entre otras referencias, SCHÜNEMANN, B., *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho*, *Op.cit.*, pp. 25 y ss., así como una cierta sistematización de los argumentos en la siguiente reseña de este libro, DEMETRIO CRESPO, E., «Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo», *RP*, n.º 49, 2022 (pp. 277 y ss.); y, por último, sobre la conexión entre teoría democrática y Derecho penal, por todos, DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press, 2001; *Id.*, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.

⁶² KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 818 y ss.

⁶³ KASPAR, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 811 y ss.

⁶⁴ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp.73 y ss. [≥ 2.ª ed. (nota 3), pp. 70 y ss.].

Viejo y nuevo Derecho penal: el pensamiento de Ignacio Berdugo ante los desafíos del Derecho penal de hoy

Ana Isabel Pérez Cepeda



CONOCÍ A IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en 1986, siendo vicedecano en la Facultad de Derecho. El contacto más estrecho surge cuando como alumna fundé el Congreso de Derecho penal en la Universidad de Salamanca. Finalizados mis estudios de licenciatura en 1991, fui en junio a hablar con él, poniendo de manifiesto mi interés por dedicarme a la Universidad, concretamente al Derecho penal. Inmediatamente me transmitió su apoyo y me recomendó dos libros, que aún conservo, para el verano, emplazándome a que en septiembre mantuviéramos una conversación sobre el tema de la tesis doctoral. Mucho he aprendido de él desde entonces, hemos impartido juntos muchas horas de docencia, compartiendo la idea común de que la Universidad es un lugar de debate y construcción del pensamiento crítico, lo que ha sido un privilegio para mí por su capacidad de transmisión, convicción y conocimiento. También enorme ha sido el respaldo recibido, por el cual siempre seré deudora, fue especialmente en la fase de elaboración de la obra del maestro Ignacio Berdugo, «Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy»¹, cuando percibo que ya no sólo me nutría de sus conocimientos sino que había comenzado un diálogo e intercambio académico entre nosotros. En este libro el autor fija las bases de un razonamiento dogmático crítico, abierto y constitucionalmente comprometido con los derechos y libertades, es decir, con las bases de un

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, 2012.

Estado Social y Democrático de Derecho, así como con la validez de sus principios.

En todas las páginas del libro Berdugo refleja unos determinados presupuestos y, en coherencia con ellos, una concepción sobre qué es y para qué sirve el Derecho penal. En concreto, se toma como punto de partida la consideración del Derecho penal como instrumento de control social², al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos para el mantenimiento y evolución de un determinado sistema social³. Este punto de partida, es acorde con una justificación del Derecho penal en su «necesidad» y no en la búsqueda de fines trascendentes⁴. Concepción, por tanto, del Derecho penal «como una amarga necesidad» que ayuda a posibilitar la vida en comunidad⁵.

La monografía transita a lo que, sin duda, son los dos bloques centrales en los que se estructura. Por una parte, permite al autor reflexionar de manera más amplia acerca de la Historia del Derecho penal y su evolución, cuestión que utiliza para poner de relieve su propia comprensión del Derecho penal, condicionada por su propia ideología. Por la otra, se abordan determinadas cuestiones que debe afrontar el Derecho penal en la actualidad, determinando el presente y el futuro del mismo.

I. LAS LEYES Y LAS REFLEXIONES DE LOS JURISTAS SON HIJAS DEL MOMENTO HISTÓRICO EN QUE SON ELABORADAS. EL DERECHO PENAL NO ES INDEPENDIENTE DE LA REALIDAD QUE LO CREA Y DE LOS OBJETIVOS QUE EN CADA MOMENTO DESEA ALCANZAR⁶

En primer término analiza la evolución del Derecho penal condicionada por la evolución del Estado y la sociedad del momento histórico, desde luego por «la ideología de quien elabora las leyes, quien las aplica o quien realiza su análisis»⁷. Comienza con un estudio de los hitos que marcan la historia de los dos últimos siglos y el impacto que tuvieron en el

² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, 1985.

³ MANTOVANI, F., *Diritto Penale, Parte Generale*, 1979, pp. 22-23. Implícitamente puede verse en STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General*, Cívitas, 2005, p. 14. En contra, vid., GÜNTER G., «Die Genese eines Strafrechtstatbestandes», *JUS*, 1978, p. 11. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, 1987, pp. 16-17.

⁴ ROXIN, K., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 11 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. «¿Tiene futuro la dogmática penal?», en *Estudios penales*, 1981, pp. 105 y ss.

⁵ SCHULTZ, H., *Alternativ-entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1966, p. 29.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, p. 119.

⁷ *Ibidem* p. 19.

pensamiento del Derecho penal. Esto, ha motivado que se pronuncie sobre el Derecho penal de los Estados totalitarios contruidos como antítesis del Estado liberal y las manifestaciones en Alemania, Italia y España, cuestionándose las actitudes del jurista frente a estas legislaciones, que sintetiza en tres: quienes veían en esas leyes reflejada su ideología, las elaboraron y las dieron soporte; quienes se limitaron a interpretar su contenido o proceder a su aplicación; finalmente, quienes se oponen frontalmente por entender que es incompatible con los principios político-criminales que defienden, solicitan un cambio de normas y en consecuencia del modelo de Estado⁸.

Tras las primeras décadas de la postguerra se inicia un proceso de reforma de los Códigos penales, en el que cambian las relaciones entre la dogmática y la política criminal, al tomar conciencia de la falsa neutralidad de la primera, en el nuevo marco que supone la consolidación del Estado social, vinculado a las demandas de los Derechos humanos de tercera generación, los derechos de la solidaridad y las minorías, actúa como condicionante de los interrogantes y respuestas político-criminales que se plantea Ignacio Berdugo, vinculando los nuevos y los viejos debates.

Este contexto, seguidamente hace que Berdugo tome partido por un programa político –criminal constitucional vinculado a una nueva dogmática, que determine las funciones, los principios y garantías del Derecho penal en el Estado social y Democrático de Derecho, que delimitan el catálogo de delitos, la aplicación de las leyes y la reelaboración de las categorías del delito. El modelo debería, como defiende Berdugo, basarse en la dignidad de la persona y sus derechos, que se proyectan sobre las garantías penales, a las que se unen las consecuencias del carácter democrático del Estado⁹. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo y de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos, en contraposición aquellos que entienden que el individuo y sus derechos solamente tiene sentido dentro del Estado, adquiriendo de esta forma una consideración autónoma respecto

⁸ *Ibidem* pp. 82 y s.

⁹ El contenido de los límites derivado de la dignidad de la persona, toma como punto de partida el carácter personalista del sistema, fue acuñado históricamente. Sirva de muestra, en el ámbito penal, la discusión sobre la duración máxima de la privación de libertad, por ejemplo en Alemania, JESCHECK/TRIFTERER, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe Verfassungswidrig*, 1978.

a aquellos que lo integran¹⁰. Afrontando el reto de la tensión existente entre la eficacia y las garantías, se refleja el compromiso personal e ideológico como jurista de Ignacio Berdugo cuando, en la segunda parte, trata de validar las exigencias del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho a la hora de abordar concretos conflictos que está llamado a resolver en una sociedad cada vez más globalizada, multicultural y donde el progreso conlleva un aumento del riesgo.

II. EL DERECHO PENAL EN UN MODELO SOCIAL PERSONALISTA SIGUE SIENDO UNA AMARGA NECESIDAD PARA HACER POSIBLE LA VIDA EN SOCIEDAD¹¹

Sobre la base que la legitimación del ejercicio del poder jurídico penal proviene de la contención del poder punitivo, en base a la necesidad ineludible de preservar el Estado de Derecho y los espacios de libertad ciudadana como condición indispensable de la dinámica social y la política democrática. La seguridad para los ciudadanos no surge desde el ejercicio del poder estatal, sino de los límites a dicho ejercicio que posibilitan el disfrute de los derechos. El segundo gran bloque en el que se estructura el libro se procede a examinar los cambios político-criminales que deben

¹⁰ Este último sector de la doctrina penal bajo una aparente neutralidad axiológica, se orienta firmemente al apuntalamiento del sistema social imperante, en la medida en que en lugar de intentar la solución o suspensión de los conflictos más graves de la interferencia intersubjetiva de las conductas, pretenden garantizar prioritariamente la incolumidad de una cierta estructura de poder, justificada por una superestructura legitimante. Prescinden de todos los derechos del hombre, colocando en su lugar una construcción comunicativa entre la persona y el ordenamiento jurídico. Y a partir de ahí, se ofrecen explicaciones sin duda muy diferentes para la culpabilidad, la pena, las garantías penales y procesales. Así, por un lado, la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino a combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad, de este modo la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de la misma necesidad preventiva. En síntesis, el precio que se paga en esta nueva construcción es la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas, y con ello, como subraya BARCELLONA, P., *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, 2003, p. 136, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia, así como señala QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, Cuadernos Cívitas, 2004, p. 129, «conceptos que nacieron al calor de los derechos individuales son retorcidos hasta perder su valor o significación».

¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, pp. 106 y s.

llevarse a cabo para dar una respuesta eficaz frente a las nuevas formas de criminalidad, bajo el convencimiento de que «más Derecho penal no es igual a una política de más eficacia» en la evitación de comportamientos delictivos¹². Así como los retos del Derecho penal ante la globalización y el efecto de la transnacionalización del delito, siendo objeto de estudio también las cuestiones fundamentales relativas al Derecho penal internacional, los derechos humanos y la reacción del Estado.

El impacto negativo de la criminalidad internacional y transnacional en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, conlleva la necesidad de adoptar políticas preventivas comunes en el ámbito internacional y regional. Los tres grupos de manifestaciones de las consecuencias que la internacionalización produce sobre el contenido del Derecho penal son claramente diferentes, aunque tengan elementos de conexión, como ha puesto de manifiesto Berdugo¹³ son: el primer grupo, el de los delitos internacionales en sentido estricto, se integra dentro de las consecuencias de un *ius cogens* y se sitúa por tanto fuera de la soberanía de los Estados, lo que debe llevar a una reelaboración de algunos principios del Derecho penal nacional y a tratarlos dentro del Derecho penal internacional. Este punto de partida puede llevar en la práctica a la nulidad de algunas leyes nacionales, dictadas para eludir responsabilidades por estos delitos. Por otra parte este Derecho penal internacional plantea toda una problemática vinculada a la coexistencia de una jurisdicción internacional con las jurisdicciones nacionales; el segundo grupo, el de los delitos transfronterizos, lo que demanda es la necesidad de una política criminal coordinada entre los distintos Estados, como manifestación de su soberanía y como respuesta a una delincuencia que discurre por encima de las fronteras. El contenido de esta política criminal exige aproximación del contenido de la legislación penal y colaboración procesal; el tercer grupo, aparece como consecuencia de los procesos de integración política de carácter regional que hoy tienen lugar en distintos lugares del mundo. En estos casos el grado de integración política y el modelo de integración que se escoja condicionarán el contenido del Derecho positivo.

A nivel político criminal la existencia de intereses comunes representa un enorme reto para la creación e internacionalización del sistema penal en el ámbito de la cooperación internacional, nacional, interregional y bilateral. Si se quiere llevar a cabo políticas de intervención preventivas y

¹² Ibídem, p. 122.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Acerca De la internacionalización del penal», en (Dir. Pérez Cepeda) *El principio de justicia Universal: fundamento y límites*, Tirant, 2012, págs. 21 y ss.

represivas, la coordinación con los gobiernos y las autoridades extranjeras es crucial, pues sólo así podrán intentarse atajar las causas y desarrollarse las acciones internacionales especiales. También se hace indispensable dar un impulso a una cooperación internacional y regional externa y fluida, que investigue y reprima con garantías y eficazmente este tipo de criminalidad a través de una prevención y represión multilateral y bilateral basada en una cooperación policial integral y una jurisdicción de alcance transnacional.

La delincuencia internacional y transnacional, también denominada «nueva delincuencia» cuenta ya con una trascendencia normativa, un pensamiento jurídico y político a nivel internacional, europeo y nacional. Sin bien es cierto que, la delincuencia transnacional es en una materia que ha sido objeto de preocupación y análisis en el ámbito de las relaciones internacionales desde los comienzos del último siglo. En la actualidad, se observa como las actividades delictivas suelen presentar conexiones articuladas, convirtiéndose en serias amenazas para el desarrollo social y económico, y para la propia estabilidad institucional de los Estados, lo que hace más necesaria una eficaz cooperación internacional. Es por ello que, en las dos primeras décadas del siglo XXI, constatamos que surge la necesidad creciente de otorgar un enfoque de cooperación multilateral a estos desafíos, con acciones coordinadas y soluciones integrales, desarrollando, consecuentemente, una intensa agenda tanto en los organismos internacionales, Naciones Unidas, como en los regionales, Unión Europea y la Organización de Estados Americanos. Por ende, para hacer frente a este fenómeno debe definirse un sistema legal internacional y europeo penal transnacional, que basándose prioritariamente en la adopción de medidas preventivas traten de evitar la delincuencia transnacional, y sólo cuando estas medidas fracasen requiera de un Derecho penal y una justicia penal transnacional que respete los principios generales y las garantías del sistema penal. Principios generales que deben salvaguardarse en la construcción de la estructura necesaria para un Derecho penal transnacional que cumpla con los requisitos indispensables de la justicia penal, siempre teniendo en cuenta que el Derecho y el proceso penal afecta al individuo, así como la sociedad en general, y que todos los intereses en juego deben equilibrarse siempre de acuerdo a dichos principios generales del Derecho.

Si bien las expectativas político-criminales no deben agotarse aquí, resulta necesario determinar qué valores o bienes jurídicos son prioritarios para que alcancen la tutela internacional como delitos transnacionales. Las exigencias de una actuación eficaz frente al crimen transnacional pasan por alto que las demandas que la sociedad dirige al Derecho penal son siempre prácticas. La eficacia socialmente demandada no se identifica con

la agravación de las sanciones o la minoración de garantías, sino con el incremento de resultados preventivos. En este camino, no cabe articular estrategias que prescindan de una referencia a valores, es por ello que la tarea inicial debería ser el control político de la economía mundial, después en el ámbito jurídico-penal tendría que consistir en fijar una persecución transnacional de los tipos delictivos económicos-financieros, así como de las conductas delictivas de empresas transnacionales contra los Derechos humanos y ambientales, que están afectando a las personas en cualquier parte del planeta. Esta estrategia supone una ponderación de costes que ha de integrar la eventual colisión de cada una de las alternativas con los principios garantizadores que se entienden definidores del sistema.

Posteriormente, profundiza en la internacionalización de la economía y sus consecuencias en el Derecho penal, deteniéndose expresamente por sus implicaciones político-criminales en la responsabilidad penal de las personas y en la corrupción¹⁴. Respecto a la primera cuestión, la globalización de la economía, el creciente poder corporativo de muchas empresas y la deslocalización de las mismas, son factores que impulsan, al autor, a defender la responsabilidad penal de la persona jurídica profundizando sobre las cuestiones dogmáticas que lleva implícita tal decisión en el marco de las garantías constitucionales que deben aplicarse. A pesar de que las categorías dogmáticas están pensadas para la persona física, elabora Berdugo criterios de imputación propios para las personas jurídicas y reelabora otros, sosteniendo que la clave está en garantizar una organización dentro que impida la comisión de hechos delictivos a través de la misma. Así, la inexistencia o la insuficiente organización, que posibilite que se cometa un hecho delictivo en beneficio de la empresa o que se la haya utilizado como instrumento para llevarla a cabo, se ubica en su opinión, en el tipo de injusto, al entender que la culpabilidad, vinculada a la necesidad pena, está pensada no para incluir un mayor desvalor, sino para disminuirlo¹⁵.

Por ende, analiza la reforma del CP del art. 31 bis de 2010 que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras describir los tres modelos de imputación, pone de relieve que, desde las exigencias político-criminales que llevan a la afirmación de la responsabilidad penal, debería ponerse más el acento en la actuación de empresa que en el contenido de la culpabilidad. Denunciaba Berdugo, antes de la reforma del LO 1/2015, el sistema vicarial de responsabilidad objetiva por el que optó nuestro legislador cuando el delito se realizaba por los representantes legales o administradores de derecho o de hecho, que solo modulaba con atenuantes

¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, pp. 159 y ss.

¹⁵ *Ibidem* p. 172.

vinculadas a la responsabilidad de la empresa, aunque después matizaba con un sistema mixto cuando quien cometía el ilícito es un subordinado sometido a la autoridad de éstos, en la medida en que era posible excluir la responsabilidad de la persona jurídica cuando existe un control interno adecuado¹⁶.

Con todo, reconoce el autor que el problema continúa residiendo en establecer la responsabilidad penal de la persona física cuya falta de diligencia ha posibilitado la comisión del hecho delictivo, así como resulta necesario también sancionar a los administradores –que dictan las *políticas* empresariales– de manera más severa, mostrando la efectividad de las normas y aumentando las probabilidades de prevenir futuras conductas empresariales dirigidas a generar delitos, que en ocasiones suponen graves violaciones de Derechos humanos.

Precisamente, son las organizaciones económico-empresariales las auténticas protagonistas de la corrupción transnacional cuando desarrollan sus actividades comerciales en diversos países y, en consecuencia, están sujetas a varias jurisdicciones estatales, en particular en sus relaciones con los funcionarios públicos estatales. Esta dimensión internacional de corrupción motiva el estudio en esta obra de los nuevos perfiles y la necesidad de nuevas respuestas, en la medida en que se trata no solo de conductas que afectan al correcto funcionamiento de la Administración Pública sino que sus formas más graves afectan también al orden socio-económico. Desde esta óptica, propugna una política criminal que prime la cooperación interestatal y las medidas preventivas, mejore y modifique la corrupción transnacional, el blanqueo de capitales, siendo piezas clave la restitución de activos y las denominadas «sanciones inteligentes» o «selectivas» que restringen los derechos de las élites políticas o entidades a través de la congelación de activos, bloqueo de transacciones financieras internacionales o impedir la entrada o tránsito en los Estados que participen en la aplicación de estas medidas¹⁷.

En el capítulo 3 relativo a la expansión del Derecho penal: nuevos delitos, nuevos problemas comienza con un cuestionamiento de la legitimidad del Derecho penal moderno, al entender que es más represivo, más duro, pero no por ello más eficaz, vulnerando los principios de subsidiariedad y el de *ultima ratio* del Derecho penal al priorizar, como señala Berdugo, el «viejo valor simbólico de la respuesta penal», en la medida en que el legislador no busca prevenir la comisión de un delito, sino generar la sensación de seguridad y confianza en vigencia de la norma. Este nuevo Derecho

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, pp. 173 y ss

¹⁷ *Ibidem*, p. 191.

penal moderno se caracteriza por: a) la protección de bienes colectivos; b) una anticipación generalizada de la intervención penal; c) la administrativización del Derecho penal; d) reducción de las garantías procesales en una clara tendencia hacia la privatización¹⁸; e) el recurso a leyes sectoriales o muy técnicas¹⁹. Esta evolución del Derecho penal tiene como causa los cambios, analizados por el autor, en el modelo de Estado acaecidos en nuestras sociedades desde la segunda mitad del siglo xx, que conlleva la aparición de «elementos extraños» que colisionan con la propia base y vigencia de los Derechos Humanos, en la medida en que no se duda en sacrificar la libertad en aras de una pretendida seguridad²⁰.

En esta nueva realidad, las nuevas tecnologías también han jugado un papel fundamental, al traer consigo «un proceso generalizado y una potencial democratización del saber, que parece que estamos viviendo un nuevo cientifismo»²¹, abriendo una serie de cuestiones en el Derecho penal que exigen no solo la creación de nuevos delitos sino que requieren la revisión de los criterios de la determinación de la realización del delito y la aplicación de la ley penal en el espacio.

La denominada «sociedad del riesgo»²², hace que el autor se pronuncie sobre temas como los nuevos bienes jurídicos. Teniendo como marco la cláusula social que recoge nuestra CE en el art. 9.2, tras optar por la denominación de bienes jurídicos colectivos frente a la de delitos supraindividuales, al entender que exterioriza la protección de intereses de los que es titular la comunidad, incide en la idea de que la elaboración del concepto de bien jurídico aparece vinculada al Estado de Derecho y a un modelo social personalista, esto es, orientado hacia el individuo y la vigencia de sus derechos, evitando el riesgo de que su tutela suponga una inversión del modelo social y acoja las exigencias vinculadas a una concepción transpersonalista de la sociedad. Esto, no implica una concepción estática de nuestra sociedad, al contrario, el carácter dinámico de la sociedad es consustancial a su carácter democrático. Tal y como sostiene Berdugo²³,

¹⁸ GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización. ¿Tendencias contrarias?», en ARROYO/NEUMANN/NIETO: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003 cit., pp. 185 y ss.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, pp. 194 y s.

²⁰ HASSEMER, W., «El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad», en ZAFFARONI y otros: *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, trad. Chirino, Buenos Aires 2009, p. 20.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, p. 201

²² BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paídos, 1998.

²³ Esta cuestión se desarrolla con mas amplitud en BERDUGO y otros: *Lecciones de Derecho penal*, 2.º edic, Lustel, 2010, p. 2 y pp. 43 y ss.

el contenido del modelo social lleva a una consideración material de la Constitución que es un criterio clave a la hora de construir el contenido de cada bien jurídico.

Con una visión superadora de los postulados defendidos por la Escuela de Frankfurt²⁴, estima que, atendiendo al carácter heterogéneo de los bienes jurídicos colectivos, nos encontramos con un primer grupo, que garantizan la existencia de una estructura institucional o social que posibilita la participación del individuo y refuerza el marco en el que debe darse la vigencia de los bienes jurídicos de los que es titular, actuando como condicionantes del propio modelo social. Un segundo grupo que son los bienes jurídicos que protegen nuevos intereses vinculados al Estado social y democrático, mientras que el tercer grupo está compuesto por aquellos que conectan directamente con bienes jurídicos individuales y que su mantenimiento condicional la mejora de desarrollo de los mismo. Sin olvidar, un último grupo fruto de la actual expansión del Derecho penal, que llevan al autor a reflexionar sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, alertando sobre que uno de los mayores peligros es cambiar, como principio legitimador, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por el quebrantamiento de la función ordenadora de Administración, para concluir con una reflexión sobre la utilización del Derecho penal para evitar daños futuros a través de los delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto. Al respecto, el autor pone de relieve los riesgos de la utilización de la técnica de acumulación que pueden suponer un cambio de modelo de sociedad al quebrar garantías que delimitan la finalidad de prevención, cuando se prescinde del principio de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. Por las mismas razones también se muestra crítico con que su protección se articule a través de delitos de peligro abstracto, en la medida en que la presunción del peligro y al prescindir del perjuicio, también suprime la necesidad de demostrar la causalidad. En la tipificación, como se ha señalado, se toma en consideración el peligro de futuros comportamientos análogos realizados por terceros²⁵.

Ahora bien, el rechazo a esta técnica de los delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto no supone la renuncia al recurso del Derecho penal para tutelar los bienes jurídicos colectivos que están en la base de la evolución del modelo de Estado y de los derechos individuales que son necesarios para el mantenimiento del modelo social, pero debe proyectarse

²⁴ Para conocer todo el debate en torno a la misma puede consultarse el libro coordinado por ARROYO/NEUMANN/NIETO: *Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

²⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, pp. 222 y ss.

sobre ellos todas las garantías constitucionales, entre ellas el principio de lesividad²⁶.

Finaliza su obra con una reflexión sobre los nuevos y viejos debates, que existen como consecuencia de algunos conflictos entre la relevancia penal y los derechos constitucionales, y que vienen determinados por la posición que se mantengan respecto a la Ética y el Derecho, en campos como el biomédico, la eutanasia o el aborto. Pero, también en el contenido que se dé a determinados elementos de la teoría de delito como los elementos normativos del tipo, la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, la diferencia entre dolo eventual y culpa con previsión, a exigibilidad o no de una conducta, etc., éstos reflejan nuestra ideología política, nuestros principios éticos, nuestra cultura, en suma todos nuestros prejuicios. Por ello, defiende el autor que nuestros planteamientos personales también deben pasar por el filtro de los principios del Estado democrático²⁷. Esta relación entre la Ética y el Derecho se torna más conflictiva en sociedades multiculturales, en las que los órdenes éticos pueden ser opuestos en sus valoraciones. Sobre la base de que la sociedad que corresponde a un Estado democrático, tiene que garantizar la posibilidad de coexistencia de diversos órdenes éticos, como manifestación del pluralismo propio de las sociedades democráticas, concluye Berdugo afirmando que: «no debemos tener miedo a vivir en libertad, ni ignorar las diferencias, que pese a la internacionalización se dan entre las distintas sociedades y también entre los distintos Estados²⁸.

III. CONCLUSIÓN

Bobbio²⁹ afirma: «Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud». Esta frase que se la he oído reiteradamente al maestro, supone un punto de inflexión como base de todo el sistema penal, cimentado en los Derechos fundamentales frente al Estado, que produce una tensión entre la eficacia de la actuación exigida a los poderes públicos y las garantías que estos deben ofrecer. En realidad se trata de límites que surgen de

²⁶ *Ibíd*em, p. 228.

²⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal...*, p. 243.

²⁸ *Ibíd*em, pp. 122-123.

²⁹ BOBBIO, «*Las razones de la tolerancia*», en *El tiempo de los Derechos*, 1991, pág. 254.

los Derechos fundamentales (esto es, la visión histórica nacional de los derechos humanos) y los principios que dieron nacimiento al Estado moderno (libertad, igualdad y solidaridad). Ignacio Berdugo, implantó en la escuela de Salamanca, el interés común de trabajar por un Derecho penal realmente funcional a los valores superiores del ordenamiento constitucional: «libertad, justicia e igualdad»

Desde estos planteamientos, como se incide en esta obra, cualquier Política criminal debe partir de un análisis etiológico, que mire al pasado, pero también debe incluir un análisis prospectivo, una visión de futuro y el cumplimiento de unos objetivos y fines basados en la prevención y minimización de la violencia penal, que necesariamente lleve a diseñar estrategias de prevención frente al delito que estén justificadas y se adapten a las exigencias de este modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que esté basado en el respeto a los Derechos fundamentales, cuya tutela debe justificar y orientar cualquier decisión criminalizadora para que sea una norma justa. Este presupuesto, debería estar sujeto a evaluación y control por los Tribunales Constitucionales cuando se aprueba una norma penal antes que cualquier criterio de eficacia. En realidad, se trata de exigir que las normas penales sean justas, no solo racionales, con buena técnica, eficaces y eficientes, bajo el entendimiento de que sólo así una norma estaría suficientemente justificada proporcionando razones para que sean obedecidas por sus ciudadanos y aplicadas por los jueces.

En este libro, late la crítica hacia el hecho de que el Derecho penal actual ha perdido su connotación cultural humanista para asumir un papel de saber tecnocrático mediante el que un grupo de técnicos autoalimenta su propio sistema de reglas para legitimar la función del sistema penal. En este sentido, podría afirmarse que el Derecho penal se ha convertido en una herramienta que parte de interpretaciones simplistas, mecánicas y frecuentemente alarmistas sobre la seguridad/inseguridad.

El problema es que la política de intervención penal incurre en un irreflexivo aumento de la incriminación tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo, olvidándose el legislador penal de los principios democráticos. De manera que ha transformado el Derecho penal entendido como un Derecho protector del ciudadano en un instrumento flexible y en expansión de la intervención del Estado cuando pretende la eliminación de las bases materiales de la incriminación y la entronización de objetivos puramente simbólicos, sirven sólo para la garantía del poder, en la medida en que se amparan sólo en normas de control y poco más.

El Derecho penal actual, no acoge en sus finalidades la protección de la persona humana, de ahí su carencia de legitimidad, convirtiéndose en un puro instrumento político de reafirmación del poder, pervirtiendo su

función y engañando a la opinión pública. En fin, una tendencia hacia «el populismo antigarantista» en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo, en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de Derecho con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza.

Ante esta situación, es importante promover una contención del llamado Derecho penal máximo. En esta línea, esta obra es un aporte doctrinal capaz de ofrecer alternativas convincentes al poder político en esta era «punitivista», afrontando el futuro con una estrategia diferente de la actual tendencia político-criminal y siempre en el marco de un modelo social personalista contemplado en nuestra Constitución. Con esta visión, el libro de Ignacio Berdugo, tras el análisis de las principales corrientes de pensamiento penal desde la Ilustración hasta las más recientes tendencias político-criminales se realiza un examen de los fenómenos actuales que debe afrontar el Derecho penal en las sociedades modernas, deteniéndose expresamente en cuestiones como el Derecho penal económico, medio ambiente, corrupción, bienes jurídicos colectivos, los delitos acumulativos, la administrativización del Derecho penal, etc. De la misma forma sobre el Derecho penal internacional, incluso el principio de justicia universal, así como lo referente al Derecho penal transfronterizo. Para acabar con una reformulación teórica y técnica del Derecho penal, que siempre bajo los parámetros de *ultima ratio*, sea un instrumento idóneo para la solución de estos problemas.

La obra de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, constituye una contribución imprescindible al debate jurídico sobre la vigencia de los principios básicos del Derecho penal para afrontar los nuevos retos del Derecho penal en la actualidad. Desde luego que se trata de una monografía fundamental para entender la evolución de estos principios desde la Revolución francesa y cómo han ido condicionando en cada momento histórico el contenido de ordenamiento penal y la elaboración dogmática penal. Esta obra asienta los fundamentos y presupuestos de las respuestas jurídico penales ante los conflictos que se plantean en una sociedad internacionalizada política y económicamente, cuyos principales actores son las empresas transnacionales y donde aparecen nuevos perfiles de la corrupción, también imprescindible esta opción garantista tras la respuesta ante situaciones de riesgo inherente al desarrollo tecnológico que genera la opción político criminal simbólica y expansionista un tanto criticable. De esta manera encauza la validez de los principios liberales y garantistas en los nuevos contenidos que presentan los viejos conflictos en los que la Ética continúa presente en el debate jurídico. Esta clara y precisa elaboración doctrinal crítica de las bases para el razonamiento jurídico penal, sometido

siempre a la tensión entre la eficacia y las garantías, proporciona a los alumnos y al teórico un instrumento de indudable valor para abordar el estudio político criminal de cualquier cuestión penal.

No podría finalizar este comentario del pensamiento de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, sin incidir en que de él he aprendido a tener un compromiso con la Universidad y nuestros alumnos, pero sobre todo a mantener un equilibrio entre la duda de quien investiga y la convicción de quien enseña, asumiendo que nuestra función es hacer llegar a nuestros alumnos la necesidad de reflexionar y, sin acritud ni condescendencia, con dignidad nuestra verdad, como señalara Tomas y Valiente, «para que hagan con ella lo sepan o lo quieran. Los profesores debemos transmitirles nuestra visión del mundo, hecha de pocas certezas y muchas dudas, y hemos de enseñarles la honradez de dudar y el camino para adquirir certezas. Lo demás corre por su cuenta...»³⁰. Como docente e investigadora, que sea mi maestro es un privilegio, comprometido con su profesión, jamás he oído una queja, un desaliento, ni siquiera una manifestación de cansancio, y, lo que es más difícil, ha mantenido la ilusión en nuestro día a día tratando de innovar, no solo adaptarse a los cambios. Su talante de liderazgo y competitivo, a su vez conciliador y dialogante, han servido para ofrecerme siempre una visión holística inherente a cualquier conflicto, materia o asunto. Mi gratitud por su paciencia y comprensión, contar con su amistad es un regalo, querido maestro, querido amigo.

³⁰ Discurso de investidura Doctor Honoris Causa por la Universidad de Salamanca, 1995.

El consentimiento, una vida académica después. Disponibilidad de la vida y Constitución

Miguel Ángel Núñez Paz
Catedrático de Derecho penal



PREÁMBULO

EL PROFESOR IGNACIO BERDUGO profundizó originariamente en el concepto jurídico penal de *consentimiento* con motivo de su imperecedero libro: «El delito de lesiones», publicado en 1982¹, donde da un vuelco al tratamiento de este grupo de delitos, tanto por la profundización que hace del problema en la práctica judicial como por su relevancia desde el punto de vista dogmático. A través de él, se adentra en una enorme cantidad de aspectos cardinales de la parte general del Derecho penal, v.gr. *la responsabilidad objetiva, la preter-intencionalidad, la cualificación por el resultado*; y confecciona un minucioso análisis del valor de *los medios de comisión*. Del mismo modo, desarrolla un detallado estudio del asunto en el seno del *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980*, y diseña, *de lege ferenda*, un importante giro para el Código Penal entonces vigente, a través de planteamientos modernos y de numerosas sugerencias de regulación, que contrastaron poderosamente con la normativa entonces vigente, aun anclada en tiempos pretéritos.

Construía también Berdugo en aquel libro todo un edificio teórico en torno al análisis del bien jurídico que fue sin duda el anclaje para muchas Tesis doctorales de sus discípulos en años venideros; pero, sin ninguna duda, en lo personal, para una gran parte de mi obra como penalista, ha

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Estudios Jurídicos, Salamanca, 1982.

sido de trascendental importancia, por la comunión con los temas abordados, su aportación imperecedera al valor del consentimiento.

En otro momento histórico de singular relevancia: la publicación del sobresaliente Libro Homenaje que él mismo coordinó junto a parte de sus condiscípulos para homenajear a su Maestro: el Profesor Marino Barbero Santos, tuvo lugar –veinte años después– como rezaba el título de su extraordinaria aportación al Tomo II del Libro², el reencuentro con el tema del *consentimiento*. En aquel compendio, yo mismo conté orgulloso con la ocasión de participar contribuyendo mediante otro artículo sobre el mismo argumento³ que ya entonces iba ocupando largas páginas de mi trabajo doctoral. Y es precisamente el título de la significativa aportación de mi maestro al volumen segundo, la motivación del que corresponde a este trabajo, como homenaje a quien ha dedicado parte de su formidable tarea científica («... una vida después») a un aspecto de la ciencia penal que ha señalado la vida científica de este discípulo que aquí escribe: el consentimiento y la disponibilidad del bien jurídico «*vida humana*».

Desde las primeras conversaciones allá por 1992, en las que decidimos –maestro y discípulo– que mi Tesis doctoral se dedicase al tratamiento del *derecho a morir con dignidad*, argumento en el que el consentimiento ocupaba y ocupa un valor absolutamente determinante, comenzó una voluntad permanente de compromiso científico y una admiración profunda por quien hoy homenajeo, cumpliendo dichoso con la responsabilidad compartida de coordinar estos libros y, más aún, de escribir estas líneas.

Sirvan pues las mismas para agradecerte, querido Maestro, haberme acercado de forma ya irrenunciable, y hondamente devota, a la extraordinaria Escuela penal de Dorado Montero, a la delicadeza del discurso penal de Antón Oneca, a la finura del lenguaje jurídico de Marino Barbero y al compromiso intelectual de todos ellos. Gracias por haberme transmitido el compromiso personal de superar las escuelas provincianas y mezquinas y haberme enseñado a continuar impulsando el legado de los Derechos humanos hasta los confines del *Nuevo mundo*, donde otrora señalaban orgullosas las plumas de los fundadores de la Escuela de Salamanca representadas en gran medida por la del Dominico inmortal: Fray Francisco de Vitoria.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El consentimiento en las lesiones, veinte años después, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam / coord. por Arroyo Zapatero, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; Vol. 2, 2001, pp. 45-58.

³ NÚÑEZ PAZ, M.A., Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en el artículo 143 del código penal, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam / coord. por Alberto Arroyo Zapatero, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; Vol. 2, 2001, pp. 433-454.

Gracias, en fin, querido Ignacio, por haberme permitido conocer que el buen talante y el discurso elegante son esencia de la docencia universitaria; que la buena educación es la única forma de vida académica y que debemos mantener viva la enseñanza *ciceroniana* de que la ley ha de orientarse siempre hacia el bien de los ciudadanos, como ilustrara, un siglo antes de Cristo, el insigne jurista latino.

Comenzaba Ignacio Berdugo el artículo de «El consentimiento en las lesiones, veinte años después» con una referencia a que históricamente ya había sido este uno de los puntos más debatidos de la parte especial del Código Penal español⁴. No pretendía él entonces, ni mucho menos yo ahora, en las pocas páginas de las que dispongo en esta obra faraónica, limitado en disponibilidad por el enorme interés que ha suscitado la colaboración en la misma dados los indudables méritos del homenajeado y su formidable Escuela, «repasar la historia legislativa previa y posterior a la publicación de este trabajo, y la amplia relación de aportaciones doctrinales que se ha llevado a cabo en los últimos tiempos»⁵. Sin embargo, en los veinte años posteriores a los referidos «...veinte años después» tampoco se ha zanjado el debate sobre el consentimiento en las lesiones ni mucho menos en lo que se refiere a la vida humana⁶. La cuestión de la disponibilidad se reabre a cada paso y más aún en la época reciente, y prácticamente sigue situándose, «pese al tiempo transcurrido, en las mismas coordenadas ideológicas y dogmáticas»⁷.

⁴ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, veinte años después, cit., p. 45, nota 6.

⁵ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, veinte años después, cit., p. cit.

⁶ Sobre el tema, NÚÑEZ PAZ, M.A., La buena muerte, Tecnos, Madrid, 2006; el mismo, Prólogo a DWORKIN, FREY, BOK: La eutanasia y el auxilio médico al suicidio, Cambridge University Press, Madrid, 2000; el mismo, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética (voces: cuidados paliativos / suicidio asistido), en AA.VV. / ROMEO CASABONA (Dir.), Ed. Comares, Granada, 2011; el mismo, Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo, cit., pp. 433-454; el mismo, El problema de la disponibilidad de la propia vida. El derecho a la vida y el derecho a morir en el derecho penal y en la Constitución española, en Nuevas cuestiones penales, Ed. Colex, Constitución y Leyes S.A., Madrid, 1998, pp. 135-156.

⁷ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, veinte años después, cit., p. cit.

INTRODUCCIÓN. CONSENTIMIENTO, DISPOSICIÓN, DERECHO A LA VIDA Y DERECHOS HUMANOS

El derecho a la vida es considerado desde hace largo tiempo uno de los derechos humanos más importantes, para algunos el más relevante, aunque esto se discuta, sobre todo en relación con la libertad, si se considera, como yo, que la libertad y autonomía individual sintetizan todos ellos. En todo caso, los demás derechos de respeto a la libertad y dignidad, se refieren exclusivamente al hombre como ser vivo, independientemente de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico⁸.

Este derecho –como los demás derechos fundamentales– supone un límite al poder del estado y una garantía contra la intromisión de aquel.

Así pues, del derecho a la vida –atribuido a «todos» por el artículo 15 de la Constitución española– se deduce la facultad de exigir y pretender el respeto y la protección de la vida de manera especial por el Estado, dado su carácter de garante que le impone el deber de protección de los derechos fundamentales.

En cuanto que la Constitución se refiere a la vida humana en su proyección o existencia físico biológica, le corresponde un rango especial entre los demás derechos fundamentales en el Capítulo II del Título I, y es un derecho aplicable en forma directa, sin que sea necesario un ulterior desarrollo legislativo⁹.

Este derecho –como ningún otro, aunque sea fundamental– no tiene que disponer de carácter absoluto, sino que –en cuanto derecho subjetivo establecido y delimitado normativamente– puede estar sometido a límites.

Pensemos en el caso de la legítima defensa ante una agresión ilegítima (artículo 20.4 del Código penal); en la posibilidad de privar de la vida a otra persona cuando existe situación de estado de necesidad (artículo 20.5 del Código penal) o cumplimiento de un deber (artículo 20.7 del Código penal) o en caso de guerra (artículo 30.1 de la Constitución española). En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia ya clásica de 11 de abril de 1985 –ante un recurso de inconstitucionalidad en relación a la Ley sobre la despenalización parcial del aborto– referida a la protección de la vida, consideró que tal protección no revestía carácter absoluto, y «como sucede con todos los demás bienes y derechos constitucionalmente

⁸ Vid. ROMEO CASABONA, C.M., *El derecho y la bioética...*, cit., p. 37.

⁹ Vid. FERRANDO LÓPEZ, A., *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978*, RGD, 1988, p. 2736; ídem. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, cit., pp. 63-65; Vid. además, Sentencia Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1983, CBJC n.º 26, p. 669.

reconocidos; en determinados supuestos puede y debe estar sujeta a limitaciones»¹⁰.

De forma muy somera y de manera previa, convendría hacer brevíssima referencia a la diferencia que existe entre los bienes jurídicos personales o individuales –disponibles– y los bienes jurídicos indisponibles, como podría parecer para algunos el caso de la vida¹¹, cuya *aparente* indisponibilidad vendría derivada ya del art. 15 CE¹², o el caso de la integridad física, tal como se deduce del art. 155 CP¹³.

En realidad, el bien jurídico protegido en el *art 143 CP* es la vida humana independiente, como lo es en todas las figuras correspondientes al homicidio (*art 138 y siguientes*), y en cuanto al problema de la disponibilidad de la vida propia, lo cierto es que la Constitución española de 1978 no abordó el problema del derecho a la vida desde la óptica de su disponibilidad. Un sentido garantista impregna la protección constitucional del derecho a la vida vinculado a la dignidad de la persona, que supone la obligación del Estado de proteger y respetar la vida de los ciudadanos, de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril, FJ n.º 7. Ídem VALLE MUÑIZ, J.M., Relevancia jurídico penal de la eutanasia, cit., p. 159; CARBONELL MATEU, J.C., Libre desarrollo de la personalidad..., cit., p. 664.

En contra de la consideración del carácter absoluto de la protección del bien jurídico vida, Vid. DÍAZ ARANDA, E., Dogmática del suicidio..., cit., pp. 91 ss.

¹¹ Como es sabido, me ubico en el sector de la doctrina que rechaza esta tesis, considerando que también la vida es un bien jurídico disponible (Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A., Interrupción voluntaria de la vida humana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 63-87).

Entre los defensores de la disponibilidad de la vida en la doctrina penalista, entre otros, JAKOBS, G., Suicidio, eutanasia y derecho penal, trad. de MUÑOZ CONDE F./ GARCÍA ÁLVAREZ P., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 43 y 44; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., El consentimiento en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 205 ss.

¹² Una parte de la doctrina ha acudido tradicionalmente al art. 15 CE para deducir la no disponibilidad, por todos, Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión. Algunas tesis, en: La Ley 1988-1, pp. 998 ss.; mientras que otros autores derivarían del mismo artículo la disponibilidad de la vida: Véase, en este sentido, entre otros, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 36 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / BARBER BURUSCO, M.S., Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España, NFP 79 (2012), pp. 115 ss., NÚÑEZ PAZ, M.A., Interrupción voluntaria de la vida humana, cit., p. cit.

¹³ Si la doctrina se halla dividida en torno a la consideración de si la vida debe ser considerada un bien jurídico disponible, esta cuestión es aún más controvertida en el caso de la integridad física. Así, entre muchos, a favor de la disponibilidad de la integridad física, sobre la controversia véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 21.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 107 ss. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, cit., p. 73.

una parte en sentido positivo, protegiendo los derechos de los ciudadanos frente a los ataques de terceros y promoviendo el ejercicio del derecho a la vida y, de otra parte, en sentido negativo, absteniéndose de actuaciones que menoscaben ese derecho; pero –como ha venido entendiendo el TC desde largo tiempo¹⁴– el derecho a prescindir de la vida no forma parte del contenido del derecho constitucional establecido en el *art. 15*, el cual se refiere esencialmente al aspecto positivo en el sentido de que no hay obligación de vivir pero no al aspecto negativo del *dejar morir*¹⁵. La fundamentación parece radicar en la importancia del bien jurídico vida, presupuesto del ejercicio de los demás derechos y en lo irreparable de su lesión, lo cual no impide interpretar el *art. 15 CE* a la luz de otros preceptos como el *art. 1.1* y los *artículos 10.1* y *17.1*, pero sobre la base de que tal interpretación debe ser considerada no en un sentido general respecto del derecho a la libertad, sino de manera limitada, que es el sentido que le da el legislador constitucional en el *artículo 17.1* en donde se alude a libertad física y el *art. 10*, en cuanto a que las obligaciones del Estado y de los terceros para con los ciudadanos, no pueden en ningún caso cumplirse de modo que constituyan tratos inhumanos y degradantes (*art. 15 CE*), suponiendo de este modo un atentado para la propia dignidad de las personas (*art. 10 CE*).

Por lo demás, a mi criterio (como ya ha sido expresado en toda mi obra sobre el tema¹⁶), es lícita constitucionalmente la omisión de ayuda a quien se priva de la vida si este la rechaza o la pide. Así pues, el *art. 15* desempeña un papel importante, aunque limitado en relación a los *artículos 1.1* y *10.1 CE*. De aquí no cabe deducirse que no exista un derecho a la disponibilidad de la propia vida. El hecho de que nuestra Constitución no se refiera de forma expresa al ámbito negativo del derecho a la vida –esto es, el derecho a morir– no impide al legislador penal la despenalización del suicidio y de determinadas conductas de terceros que lo favorezcan, así como, igualmente, determinadas conductas eutanásicas (como se ha podido comprobar con la vigencia de la Ley de 2021, al menos para algunas de sus formas).

De este modo, puede decirse que, del hecho de la no prohibición del suicidio, no puede deducirse que el sujeto no pueda disponer de la propia

¹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1990 de 27 de junio, FFJJ 4, 6 y 7; Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990 de 19 de julio, FFJJ 4 y 5 con votos particulares de Rodríguez Piñero y Leguina Villa.

¹⁵ Vid. Díez Ripollés, J.L., *Comentarios...*, cit., pp. 177 y 178; ídem. *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 208.

¹⁶ Valga por toda, Nuñez Paz, M.A., *Interrupción voluntaria de la vida humana*, cit., pp. 63 ss.

vida, ni tampoco que el suicidio no sea un acto lícito, como ya se mantenía por mí mismo y por algunos otros autores hace tiempo¹⁷.

Pienso que existe un derecho, siquiera sea limitado ante terceros, según las situaciones que establecen el art. 143 CP y la Ley de eutanasia de 2021¹⁸, a la disponibilidad de la propia vida, y en este sentido y desde este plano jurídico penal, el bien jurídico que representa el objeto de protección puede tener carácter disponible. De la punición de las conductas de terceros en algunos actos de disposición sobre la propia vida se deduce que el derecho penal establece un límite en la libertad de disponer de la propia vida: el de no involucrar a terceros en la decisión propia (si no se reunieran los requisitos que establece la citada Ley de eutanasia). El bien jurídico protegido sería la vida humana frente a agresiones no consentidas y, en menor medida, frente a agresiones consentidas, así como la vida propia frente a las agresiones de cierta entidad por parte de terceros, y siempre que su mantenimiento no suponga tratos inhumanos o degradantes; sabiendo, eso sí, que en principio, los tratos inhumanos o degradantes suponen un ataque a la dignidad de las personas, con algunas matizaciones como v.gr. la de la licitud constitucional de las conductas omisivas de ayuda cuando la voluntad de quien pretende privarse de la vida se opone a la intervención¹⁹.

El derecho a la disponibilidad de la vida no quiere decir que se permita siempre o en algunos casos la intervención de terceros cuando el titular esté disponiendo de su vida. El art. 15 CE no se ha pronunciado sobre ello²⁰. La prohibición de estas conductas corresponde al legislador penal. Por otra parte, el legislador al formular los tipos penales no debe ser ajeno a estas consideraciones, pues el mantenimiento y prolongación irracional de la vida puede chocar con el respeto a esta, especialmente si supone la práctica de tratos inhumanos o degradantes prohibidos por el propio art. 15 CE²¹.

¹⁷ Vid. VALLE MUÑIZ, Comentarios al nuevo Código penal, cit., p. 699.

¹⁸ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628

¹⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, L., Comentarios..., cit., p. 29; ROMEO CASABONA, C.M., El derecho y la bioética..., cit., p. 105; Ídem GEPCE, Una alternativa..., cit., p. 27).

²⁰ Tampoco en el derecho alemán existe un derecho de ayuda activa a la muerte que se derive del art. 2.1 de la Constitución alemana – GG (Grundgesetz), Vid. por todos, BLECKMANN, A., Staatsrecht, II. Die Grundrechte, 3.^a ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 1989, p. 508.

²¹ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., Comentarios al nuevo Código penal, cit., p. 701; Vid. también BACIGALUPO, E., El consentimiento..., cit., pp. 151-152, quien propone una consideración del bien jurídico en el sentido de que proteja la vida y dignidad de la persona. Vid. también, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición, cit., p. 295.

Incluso, eso sí, como sostiene Berdugo, si se acepta la disponibilidad de la vida, podría sostenerse además la exclusión de tipicidad en los casos en los que el riesgo se concretara en una lesión a este bien jurídico o, si no se quiere –o no se puede– abordar tal cuestión, la vía de la *autopuesta en peligro* permitiría incluso descartar la imputación objetiva de este resultado en muchos casos y por tanto el carácter típico de los mismos²².

En definitiva, en nuestra opinión, la vida humana propia constituiría, incluso antes de la vigencia de la Ley de 2021, un bien jurídico disponible si bien sus efectos serían limitados²³, e incluso en el caso de las conductas omisivas, estas pueden llegar a ser desde mi punto de vista constitucionalmente lícitas²⁴.

CONSENTIMIENTO Y DISPONIBILIDAD SOBRE LA PROPIA VIDA. DERECHO A MORIR Y CONSTITUCIÓN

Como vemos, uno de los problemas fundamentales que más debatido ha sido y que aún continúa siéndolo a día de hoy²⁵, a pesar de la vigencia de la Ley española de eutanasia de 2021²⁶, es el de la disponibilidad de la vida por parte de su titular ya que es decisivo para la valoración del suicidio y, particularmente, de la eutanasia, dilucidar por tanto la validez

²² Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, veinte años después, cit., nota 35; en el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ, M.A., Zur Straferheblichkeit des Abbruchs der ärztlichen Behandlung in irreversiblen vegetativen Stadien, en «Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag», coord. por Manfred Heinrich, Vol. 1, 2011, pp. 609 ss.; el mismo, Interrupción voluntaria de la vida humana, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 223 ss.

²³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, cit., pp. 70-71, para quien la vida no es objeto de tutela a causa de su valor social sino como presupuesto o condición de la participación del individuo en el sistema social.

DEL ROSAL BLASCO, B., La participación..., cit., p. 86, nota 60 estima que en la disyuntiva individuo/comunidad como centro del sistema constitucional de valores, la Ley Fundamental ha optado por el primero.

²⁴ Vid. supra. Vid. en el mismo sentido, más detenidamente, NÚÑEZ PAZ, M.A., Interrupción voluntaria de la vida humana, cit., pp. cit.

²⁵ Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A., Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la Proposición de «Ley orgánica de regulación de la eutanasia» en España (BOCG de 31 de enero de 2020, núm. 46/1), en Revista General de Derecho Penal, n.º 34, 2020.

²⁶ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3>

del consentimiento del titular del bien jurídico, su trascendencia²⁷ y si tal disponibilidad es o no contraria a los preceptos constitucionales.

Desde el plano de la regulación jurídico penal fue bastante generalizada en la doctrina –particularmente con anterioridad a la Constitución española de 1978– la opinión de que el ordenamiento jurídico considera la vida humana un bien indisponible²⁸ y el hecho de que del contenido del tipo se dedujera ya claramente entonces la impunidad del suicidio se debería tan sólo a consideraciones político criminales, lo que no impediría considerar que la conducta del suicida siga siendo antijurídica²⁹. El consentimiento del suicida tendría tan sólo efectos limitados o atenuatorios de la pena respecto a conductas de homicidio en que no concurriese tal presupuesto; lo que ni siquiera se había considerado por el legislador del CP anterior respecto del homicidio común, sino tan sólo en relación al parricidio y asesinato, y sí tras la vigencia del Código penal de 1995, en el que la atenuación respecto al asesinato se potenciaba al ser de preferente

²⁷ Se sostiene que de concurrir consentimiento (válido) del sujeto pasivo, no se comete delito alguno (y según sea la naturaleza jurídica del consentimiento, tampoco se cometería un hecho injusto), Vid en este sentido, SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45-54.

²⁸ Vid. OLESA MUÑO, F.F., *Inducción y auxilio al suicidio*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 16, 19 y 33-34; CUELLO CALÓN, E., *El problema penal de la eutanasia*, en *Tres temas penales*, cit., p. 139; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, cit., p. 429; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, cit., p. 79; TORÍO LÓPEZ, A., *Instigación y auxilio al suicidio*, cit., pp. 176 y 188-189, el mismo autor, sin embargo, en *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en EPCR, Santiago de Compostela, 1991, pp. 232 y 234, matiza su punto de vista en relación con el consentimiento y en relación a la eutanasia pasiva, en la que considera que se trata de conductas adecuadas al ordenamiento jurídico, con lo que la intangibilidad de la vida no sería absoluta (Vid. también en este sentido, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, cit., p. 343); RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M. – SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal*, 18.^a ed., cit., 1995, p. 37; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, Parte especial, I*, Madrid, Dikynson, 1996, p. 82, nota 6.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal, II*, cit., pp. 88-89; BUENO ARUS, F., *Límites de consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, en *Poder Judicial* n.º 15, junio 1985, pp. 11-21; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Prolongación artificial de la vida*, cit., p. 735; ROLDÁN BARBERO, *Prevención del suicidio y sanción interna*, ADPCP, 1987, p. 628.

²⁹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal, Parte especial, I*, cit., p.28; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho penal*, Madrid, 1949, p. 239; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, cit., p. 79; TORÍO LÓPEZ, A., *La noción jurídica de suicidio*, en *Homenaje a I. Serrano Serrano*, EDPPR, vol. II, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 655-656; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, cit., p.68; también el Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 considera el suicidio como un acto antijurídico.

aplicación los *n.ºs* 2 y 3 del artículo 143 relativos a la inducción, cooperación y homicidio consentido respecto al *n.º* 1 del mismo artículo; es decir, el *homicidio consentido* respecto del homicidio simple, como ya había venido preconizando y solicitando con insistencia la doctrina científica tiempo atrás³⁰.

Un importante sector de opinión dentro de la doctrina ha considerado, sin embargo, que –al ser las conductas suicidas atípicas– habría simplemente que deducir su licitud y, consecuentemente, la disponibilidad de la vida por parte de su titular, sin embargo sabemos que se ha negado que tal disponibilidad alcance a determinados comportamientos cuando son ejecutados por terceros³¹.

El problema radica ahora en dilucidar si el reconocimiento del derecho a la vida como derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución española puede modificar los anteriores planteamientos.

PRINCIPALES POSICIONES DOCTRINALES. ANÁLISIS CRÍTICO

En las últimas décadas hemos podido ir observando distintas posiciones en la doctrina, que permiten elaborar una valoración crítica en relación al consentimiento y la consecuente disponibilidad.

Hay quienes sostienen que el Estado, en virtud de las garantías constitucionales, debe proteger la vida humana con independencia de la

³⁰ Vid. BACIGALUPO, E., *El consentimiento...*, cit., p. 153; TORÍO LÓPEZ, A., *Instigación y auxilio al suicidio*, cit., p. 189; el mismo, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, cit., p. 228; Ídem, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Eutanasia y homicidio a petición: Situación legislativa y perspectivas político-criminales*, en *Homenaje al Prof. J. A. Sainz Cantero*, RFDUG n.º 13, 1987, p. 299, proponía establecer, junto a la figura del homicidio común, otra figura atenuada de homicidio consentido determinado por el móvil, dado el menor contenido de injusto, y que permitiera rebajar la pena del homicidio o del homicidio consentido a aquellos supuestos en los que se adelanta el momento de la muerte a una persona para evitarle sufrimientos inútiles, de ello parece haberse hecho eco el legislador de 1995 en el artículo 143.3 y 4 del Código penal; Vid. además GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, cit., p. 53. Para BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986, cit., pp. 44 y 45, el suicidio no es homicidio, ya que no supone la muerte de otro, sino darse muerte a sí mismo y, por tanto, no constituye un injusto penal, planteamiento que pone en discusión la punibilidad del auxilio e inducción, por ello el legislador tiene que establecer en forma autónoma y expresa el castigo de estas formas de participación, aunque no se salva el problema de la fundamentación.

³¹ DEL ROSAL BLASCO, B., *El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia en España*, en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 63.

voluntad de vivir o morir del titular del derecho a la vida, sin perjuicio de las diferencias de valoración que establezca la ley entre la muerte provocada contra la voluntad del ofendido y el homicidio consentido. Asimismo, consideran que el derecho a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución española tiene el sentido primordial de garantía penal al Estado y, en cambio, no supone facultad alguna de disposición por parte del titular respecto de su propia vida de forma que pueda consentir válidamente su muerte. Por consiguiente, el castigo del homicidio consentido no sería contrario a la Constitución³².

Bajo este punto de vista, el Estado protege –en virtud de la garantía constitucional– la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o morir que tenga el ser vivo³³.

Desde un segundo punto de vista, el artículo 15 de la Constitución española no puede deducirse ni el carácter absoluto de la protección de la vida ni su indisponibilidad. Ciertamente que el artículo 15 supone una garantía frente al Estado que éste debe respetar y aquel proteger; pero no ha podido derivarse de ello que tal protección fuera absoluta ni que el titular del bien jurídico no tuviera la libre disposición de su propia vida, sino más bien lo contrario: el carácter disponible o renunciabile de tal derecho que

³² Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho a la vida y a la integridad personal, cit., p. 79, la impunidad del suicidio no supondría contradicción con lo expuesto, ya que tal impunidad no obedecería a un derecho a la libre disposición sobre la propia vida sino a razones de política criminal; análogamente en Derecho a la vida y a la integridad personal.

³³ Sobre este aspecto, BUENO ARÚS, F., Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde el punto de vista penal, PJ n.º 15, 1985, p. 14, estimaba que el derecho a la vida tiene la condición de absoluto, inviolable, inalienable e imprescriptible.

En la RFA, cuya Constitución –Grundgesetz (GG)– (Ley fundamental de Bonn) en su primer inciso del párrafo 2.º es análoga al pfo. 2.º de nuestra Constitución (todos tienen derecho a la vida y a la integridad física...), la tesis del «deber de vivir» ha sido mantenida aisladamente por SCHMIDHÄUSER, E., Selbstmord und Beteiligung um Selbstmord in Strafrechtlicher Sicht, en Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York, 1974, pp. 801 ss. quien, a pesar de que la atipicidad del suicidio y de la participación, considera que, tanto en el homicidio como en el suicidio, se trata de poner fin a la vida de un hombre, y la muerte del suicida será también antijurídica aunque suponga una especial causa de exculpación análoga al estado de necesidad y que no afecta, sin embargo, a los supuestos de instigación y participación, a pesar de que el StGB no sanciona la participación en el suicidio. El citado autor también toma como base las obligaciones sociales del individuo que le impiden disfrutar de un derecho de disposición sobre su vida (p. 817). La idea del deber de vivir ha sido criticada por la generalidad de la doctrina alemana como incompatible con la concepción liberal del orden social (Vid. GALLAS, W., Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, en Beiträge zum Verbrechenlehre, Berlin, 1968).

se encuentra indisolublemente unido al valor fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el *artículo 10* del Texto constitucional, siendo además éste «*el núcleo desde el que irradian su protección los valores constitucionalizados*». Reconocimiento que recoge el artículo 10 al referirse igualmente al libre desarrollo de la personalidad³⁴.

El suicidio sería así un acto libre según el punto de vista jurídico, aun cuando el Estado debe establecer una regulación del consentimiento y unos límites para su eficacia, como parece que ha hecho en la Ley de eutanasia, eso sí, excluyendo los actos de menores o incapaces y prohibiendo determinados supuestos en los cuales, incluso con el consentimiento de un sujeto capaz de otorgarlo, la muerte es ejecutada por intereses; lo cual no implicaría la anulación plena de la eficacia del consentimiento sino su reducción respecto del homicidio³⁵. Por otra parte, todo ello no impediría que, junto a los comportamientos ejecutivos realizados por un tercero, pudieran sancionarse determinadas conductas participativas como las de inducción y cooperación necesaria, dejando fuera los comportamientos de complicidad o cooperación no necesaria del *artículo 29* del Código español. No obstante estas limitaciones –que este grupo doctrinal considera constitucionales– se han inclinado desde hace tiempo por la no punición de los comportamientos de participación en el suicidio³⁶.

Una tercera posición es la mantenida por quienes han venido entendiendo el suicidio como una decisión a la que todo hombre tiene derecho, situando así a la libertad en la cúspide del ordenamiento jurídico, debiéndose interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad³⁷ o, si se prefiere, de la dignidad de la persona humana. En el caso del derecho a la vida, ésta ha de suponer una protección de la misma compatible con la libertad, entendiendo además que el *artículo 15 de la Constitución española* debe ser interpretado siempre de forma integrada con el *artículo 10*, con lo que «*estaríamos ante un derecho a la vida renunciable en aras al libre desarrollo de la personalidad*». Desde esta perspectiva no se trata

³⁴ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio*, cit., p. 85.

³⁵ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La participación...*, cit., pp. 86 y 88.

³⁶ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La participación...*, cit., p. 90; Vid. también *El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia*, cit., pp. 63 ss., donde resumía su punto de vista y se adhería a la inicial Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida del Grupo de Estudios De Política Criminal.

³⁷ También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento...*, cit., p. 57, sostiene en sentido parecido que «el principio de disponibilidad entronca con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad».

de que deba prevalecer la vida sobre la libertad en caso de conflicto sino que sólo la vida compatible con la libertad sería objeto de reconocimiento constitucional³⁸.

Pero, a juicio de uno de estos autores, el *artículo 143 del Código penal* previo a la Ley de eutanasia, no se acompasaba tampoco con el *artículo 15 de la Constitución española*, ya que los derechos –aún los irrenunciables– no pueden ser impuestos como obligatorios si se estima que lo que se tutela en el citado artículo es la *vida no deseada* por su titular³⁹.

Por consiguiente, si la función de Derecho penal es tutelar la vida constitucionalmente reconocida y ésta es la libremente deseada por su titular, el Derecho penal no puede intervenir; existiría una contradicción entre las valoraciones constitucionales y las del Código penal, ya que el bien jurídico atribuido en el *art. 143 del CP* carecería de reconocimiento constitucional.

Tal concepción conduce a rechazar la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular; y, en definitiva, estimaba ya hace tiempo que no sería inconstitucional una destipificación de las conductas hasta 2021 contenidas aún en el *artículo 143 CP*.

En resumen, al considerar que «*la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien digno de tutela penal*», ello lleva, necesariamente y en consecuencia, a rechazar la adecuación a los valores constitucionales del *art. 143 CP anterior a la Ley de eutanasia*, ya que *no parece que hasta ahora se hubiera*

³⁸ Vid. COBO DEL ROSAL, M. – CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal*, Parte especial, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 553-554 y 2.^a ed., 1988, pp. 539-541. Vid. también, CARBONELL MATEU, J.C., *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida*, dos cuestiones: suicidio y aborto, en CPC n.º 45, 1991, p. 662, quien consideraba entonces que el paradigma «todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y se tiene derecho a hacerlo», consecuencia del principio de legalidad a que hace referencia el art. 21.1 de la Constitución española, ha de ser completado con el de que «tan sólo puede prohibirse aquello que resulte trascendente para las libertades ajenas», lo cual significa que fundamenta el Derecho penal en el principio de la libertad y tutela frente a la ética y a la concepción socialmente dominante.

³⁹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por T. Vives Antón, artículo 143, Madrid, 1996, pp. 748 y 750-751, rechazando el criterio del Tribunal Constitucional (St. 120/1990 de 27 de junio), que considera la vida humana como el soporte ontológico del resto de los derechos y posee un contenido de acción positiva que impide configurarlo como un derecho a la propia muerte; aunque el Tribunal estima que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el ámbito de la libertad, pueda aquella disponer fácticamente de su propia muerte, siendo esa disposición «una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la realización de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe» (p. 750).

dado un paso adelante en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana»⁴⁰.

No obstante, esta última posición ha recibido críticas en el sentido de que no cabe afirmar –deduciéndolo del *artículo 1.1 de la Constitución española*, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político– la primacía de la libertad frente a la vida; ya que se olvida que dicho precepto no puede estar pretendiendo jerarquizar los valores a los que se refiere, pues la libertad tiene una serie de *prius* lógicos sin los cuales sería imposible su existencia ya que, sin igualdad y sin justicia, la libertad no puede pasar de ser una «bandera política» sin posibilidades materiales de realización⁴¹. Si se pone en duda que la sociedad considera a la vida como un valor⁴², se olvida que la Constitución considera a la vida como el primer derecho fundamental de la persona (*art. 15 CE*) y mal podría ocupar la libertad el lugar que se le niega a la vida en una sociedad en que aquella es despreciada al menos con igual intensidad que esta. Por tanto, desde esta postura, la cuestión no radica en determinar si, en abstracto, la vida es un valor superior a la libertad o viceversa, sino en decidir si la vida es un bien jurídico del que su titular pueda libremente disponer, lo que no permitiría para ellos discusión, pues a nadie se le obliga a vivir contra su voluntad.

Algún otro autor ha planteado el problema del derecho a la disponibilidad de la vida en relación a las diversas formas de eutanasia, y considera que los tipos de homicidio (*consentido*) o de omisión del deber de socorro estarán justificados por la eximente de estado de necesidad del *artículo 20.5 CP* y, por consiguiente e independientemente de que se trate de la directa, de la pasiva o de la indirecta, la eutanasia no será punible ya que, en los supuestos referidos, la acción eutanásica es la única forma de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (*art. 10.1 CE*) –dado que la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino en la muerte que uno elige⁴³–; la dignidad de la persona (*art. 10.1 CE*); asimismo, al respetar los deseos del paciente que quiere morir, se garantiza también la libertad ideológica (*art. 16.1 CE*) y, finalmente, el *art. 15* de la Constitución española que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes; a este respecto se señala que las

⁴⁰ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., Comentarios al Código penal, cit., p. 764.

⁴¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición: Situación legislativa y perspectivas político-criminales, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1987, p. 293.

⁴² QUERALT JIMÉNEZ, J., Derecho penal español, cit., p. 45.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y derecho penal, en Libro Homenaje al Prof. Sainz Cantero, vol. I, REDUG, Granada, 1987, p. 109.

unidades de cuidados intensivos pueden convertirse en ocasiones en cámaras de tortura⁴⁴. Se venían refiriendo, naturalmente, a la eutanasia consentida como la ejecutada con consentimiento actual y, para el caso de inconsciencia del paciente –si no hay circunstancias que lo desestimen– cuando el consentimiento se hubiera prestado previamente (documento de voluntades anticipadas /testamento vital).

Sin duda, los comportamientos indicados lesionan el derecho a la vida (*art 15 CE*) pero esta vida estaría devaluada en cuanto que su titular renuncia a ella, su final está próximo y/o se ha convertido en mero padecimiento físico y es muchas veces incompatible la coexistencia de dichos derechos garantizados por el *art. 15* (derecho a la vida y derecho a no soportar tratos inhumanos y degradantes) y se estima finalmente que, aun en los casos de que la eutanasia voluntaria cumpliera el tipo del *artículo 143 –exceptuados los actuales supuestos de la Ley de eutanasia–*, estaría justificado por el estado de necesidad⁴⁵.

Sin embargo, podría objetarse a esta posición que los derechos constitucionales no son realidades normativas inconexas que permitan una comparación en abstracto, ni evitarían cuestionarse por qué pueden llegar a primar unos sobre otros (por ejemplo, la libertad sobre la vida). Por otra parte, la opinión de que la vida se devalúe porque su final esté próximo no parece aceptable, ya que la protección de la vida es idéntica para todos, sanos y enfermos e incluso para los condenados a muerte⁴⁶, ya que toda argumentación que se apoye en la pérdida de valor vital de la vida es –como afirma Kaufmann– un salto en el vacío⁴⁷.

Estimo, en definitiva, que –así como la Constitución española se pronuncia en sentido positivo del ejercicio del derecho a la vida, es decir, en el que no existe un deber de vivir– no se ha pronunciado en el negativo, esto es, en el derecho a prescindir de la vida; por otro lado, la consideración de que, partiendo del *artículo 1.1 CE*, pueda ser lícita constitucionalmente la omisión de ayuda a quien pretende quitarse la vida si éste la rechaza de manera consciente y responsable me parece aceptable, porque el rechazo debe eliminar la responsabilidad del tercero como en los supuestos de tratamiento médico. Sin embargo me planteo hace tiempo la duda de que, aparte de atribuir al *art 1.1* efectos excesivos y, por ello, discutibles, al incluirse en el *artículo 15 CE* obligaciones de no hacer, podría pensarse que *a contrario sensu* no podrían

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y derecho penal, cit., p. cit.

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y derecho penal, cit., p. 110.

⁴⁶ VALLE MUÑIZ, J.M., Relevancia jurídico penal de la eutanasia, cit., p.179. Vid. también en este punto, ROMEO CASABONA, C.M., El derecho y la bioética, cit., pp. 25-26.

⁴⁷ KAUFMANN, A., Relativización de la protección jurídica..., cit., p. 52.

despenalizarse los comportamientos activos de terceros que pudieran favorecer el derecho de disponibilidad de la propia vida⁴⁸.

Me parece imprescindible para comprender el sentido del *art 15*, tener en cuenta el *art 10.1* en relación con el *art 1.1* de la Constitución española respecto a los llamados derechos fundamentales, principalmente la libertad, aunque no pienso que deba considerarse a esta en un sentido muy general –con prioridad absoluta sobre la vida, como en alguna ocasión se ha pretendido⁴⁹– sino como una manifestación concreta de la libertad personal⁵⁰; y pienso que debe continuar interpretándose el *art 15 CE* a la luz de la idea de dignidad⁵¹ y, conforme a ello, no continuar o interrumpir nunca un tratamiento de quien no cuenta ya con perspectivas objetivamente determinables de seguir viviendo, ya que un comportamiento opuesto a la voluntad del titular del derecho a la vida podría constituir claramente un trato inhumano o degradante.

⁴⁸ Así, v.g., DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Eutanasia y derecho, cit., p. 521. Vid. también, GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia, cit., pp. 100-104.

⁴⁹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho penal español, cit., p. 7. Sin llegar a este extremo, RUIZ MIGUEL, A., Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico jurídico), en REC, n.º 14, 1993, pp. 147 ss., parte de un principio general de libertad (art. 17.1 CE) lo que no se me presenta como plenamente convincente. Descarta por excesivamente limitado el recurso a la libertad ideológica y religiosa comprendida en el artículo 16.1 de la Constitución española, a la que, sin embargo, se adhiere PRIETO SANCHÍS, L., Estudios sobre derechos fundamentales, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 162.

⁵⁰ Vid. ROMEO CASABONA, C.M., El Derecho y la Bioética..., cit., pp. 92 y 114.

⁵¹ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento..., cit., p. 57, en el sentido ya expuesto de que «el principio de disponibilidad entronca con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad».

Terrorismo y derechos humanos

Laura Zúñiga Rodríguez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca



«La aspiración a alcanzar la vigencia real de los Derechos del hombre, internacional y constitucionalmente consagrados, constituye una idea básica, objetivo y límite, que tenemos que intentar transmitir a quienes están en nuestras aulas y no solo a ellos, también al conjunto de nuestra sociedad. Esta es nuestra responsabilidad»

Ignacio BERDUGO, *Reflexiones desde Salamanca*¹

AL ESCRIBIR ESTAS LÍNEAS en homenaje a mi maestro Ignacio Berdugo, he pensado que el mejor reconocimiento que le puedo tributar es señalar qué es lo más importante que me ha transmitido. Un maestro significa una escuela y toda escuela tiene signos distintivos. Sin duda, en el caso del grupo de discípulos que ha reunido el profesor Ignacio Berdugo ha sido el tener en el horizonte los derechos humanos, pues desde sus primeras clases siempre ha enfatizado, con pasión, esa indefectible tensión que supone la pena para los derechos fundamentales de las personas.

Cuando lo conocí en 1986, él venía de haber viajado a Chile en apoyo de la Vicaría de Solidaridad que se ocupaba de la defensa de abogados que habían caído procesados de acuerdo a las férreas leyes de la dictadura de Pinochet. Desde entonces, a mi entender, dos pasiones han alumbrado su vida académica: la incansable defensa de los derechos humanos y la

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, Universidad de Salamanca, 2018, p. 114.

preocupación por los problemas de Latinoamérica donde precisamente se veían constantemente amenazados esos derechos.

En sus clases, en sus escritos, en sus debates, en esa eterna tensión entre la pena y los derechos humanos él siempre ha inclinado la balanza en favor de los derechos de la persona. Me enseñó que ante la duda –privilegio de la academia– es preferible apostar por el respeto a los derechos humanos porque esto garantiza un carácter expansivo del Estado democrático de Derecho. De lo contrario, siguiendo a Norberto Bobbio², tendríamos una libertad vigilada que tarde o temprano se convertiría en esclavitud. Y, el gran problema es quién vigila esa libertad o quién controla al controlador.

Los ecos de esas reflexiones se pueden vislumbrar en la actualidad. La conmemoración de las dos décadas del atentado del 11 de septiembre de 2001, entre otros sucesos de hoy, nos muestran esa libertad vigilada que vivimos, en la que efectivamente gozamos de una serie de derechos, pero a su vez, se promulgan una serie de leyes regresivas de los mismos. Las paradojas de la sociedad de riesgos, de la sociedad del miedo y de la incertidumbre en la que pretenden convencernos que riesgos, miedo e incertidumbre podrán ser conjurados con castigos, penas y delitos. Los equilibrios, la balanza entre esas dos grandes tensiones entre libertad y seguridad parecen haber sacrificado los derechos humanos. Y, como no podía ser de otra manera, en la prevención del terrorismo es donde más se expresa esos sacrificios.

Uno de sus grandes temas es el terrorismo. Desde sus primeros escritos, Ignacio Berdugo se preocupó por analizar las leyes antiterroristas del momento y cuestionar desde los principios garantistas del Derecho Penal el uso exacerbado de la sanción penal, en muchos casos sin justificación material ni jurídica³. Precisamente, la protección del Estado con herramientas del propio Estado es tierra fértil para los excesos del *ius puniendi*, de ahí la necesidad de los académicos de ser vigilantes, como decía el profesor Berdugo en las palabras que sirven de marco a este trabajo, «es nuestra responsabilidad».

En lo que sigue me ocuparé de las principales tensiones que el terrorismo supone para las garantías del Derecho Penal, es decir, para los derechos humanos, que han sido foco de atención del profesor Berdugo. Porque debemos de convenir, como punto de partida, que esas garantías que constituyen límites a la potestad punitiva del Estado, no son más que expresión de los derechos humanos que, como ciudadanos, hemos ido

² Uno de los referentes más importantes del profesor Berdugo. Cfr. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, passim, especialmente pp. 253-254.

³ TERRADILLOS BASOCO, J. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Terrorismo y Derecho Penal», *Informaciones, Suplemento Político*, 11 de noviembre de 1978, pp. 1-12.

ganando en los últimos siglos y que toda persona, incluso los delincuentes terroristas, poseen por su condición de persona.

I. LAS NUEVAS CARAS DEL TERROR: DEL TERRORISMO NACIONAL AL TERRORISMO GLOBAL

El nuevo milenio se inaugura con un atentado cinematográfico que va a cambiar el panorama mundial de la visión sobre la violencia política y el terrorismo. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 (en adelante 11S), tanto por ser la primera vez que se transmitían a nivel mundial en directo, como por su espectacularidad (con aviones estrellándose ante las Torres Gemelas) y el blanco de los ataques (el centro económico de la primera potencia mundial), marcan una nueva era en la comprensión del terrorismo a nivel global. No solo porque Estados Unidos, con George Bush a la cabeza, se empeñó en una lucha armada ante el terrorismo yihadista con serias tensiones sobre el carácter democrático de nuestras instituciones, sino también porque despertó una ola expansiva a nivel mundial de comprensión del fenómeno como una amenaza global digna de ser combatida por todos los medios posibles.

Acabada la Guerra Fría y quedando como claro vencedor el modelo capitalista de producción ante la caída del socialismo real, las nuevas amenazas globales se presentan con otras caras: grupos extremistas, amenazas híbridas, organizaciones criminales aliadas con grupos guerrilleros, etc., un conjunto de redes de grupos criminales al margen de la ley que desafían de una u otra manera a los Estados nacionales⁴. Las características de estos fenómenos criminales son sus notas de transnacionalidad, organización, actuación en red, colaboración mutua, preferentemente con finalidades económicas, pero algunos grupos juegan con amenazar al Estado o capturarlo (en búsqueda de la propia impunidad) por lo que no se puede deslindar en todos los casos finalidades políticas. Todas estas señas de los fenómenos criminales modernos plantean importantes retos a los Estados

⁴ Como anota SANSÓ-RUBERT, D., «La política criminal en la encrucijada. Nuevas perspectivas y desafíos originados por las transformaciones de la criminalidad organizada», ZÚÑIGA RORÍDUEZ (Dir.), *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 21: «El escenario internacional conforma una intrincada tesitura, en la que los Estados nacionales se entremezclan con una amalgama difusa de actores armados no estatales, movidos todos ellos principalmente por la economía criminal y que juegan con la ventaja que les proporciona el marco del conflicto asimétrico y su carencia de restricciones jurídicas, éticas y morales, proyectando un futuro incierto en clave de gestión de la seguridad».

democráticos cuyas actuaciones han de ceñirse a la soberanía de sus fronteras y a las leyes y jurisdicciones nacionales, que se presentan limitadas ante las sinergias dominantes del crimen global.

En este marco contextual debemos entender el fenómeno del terrorismo internacional; todos ellos rasgos a su vez propiciados por la globalización, esto es, por el libre flujo de los mercados y las telecomunicaciones, especialmente el uso de Internet que ha facilitado la creación de redes criminales internacionales en las que se mezclan crimen organizado, terrorismo, corrupción y en las que los conceptos teóricos que demarcan límites son superados por la realidad criminal. Sin duda la escenificación del 11 de septiembre de 2001 fue una alerta de las características de la nueva violencia política del siglo XXI en la que las líneas entre guerra y paz, seguridad interior y seguridad exterior se desdibujan⁵. Como bien apunta el profesor Berdugo, los atentados en los países occidentales que siguieron al 11S son calificados de «actos de terrorismo», mientras que para los islamistas del ISIS son «actos de guerra» contra los «cruzados» con la finalidad de llegar al «califato universal»⁶. Por supuesto, ello tendrá serias consecuencias políticas y jurídicas, en tanto «guerras asimétricas», entre otras, que los países occidentales tendrán que regir sus respuestas por las reglas del Estado democrático de Derecho, mientras que los grupos islamistas desconocen toda limitación jurídica e incluso están dispuestos a dar la vida por su causa.

Efectivamente, a inicios de este siglo la política criminal tiene que hacer frente no solo a un terrorismo doméstico, nacional, sino también a un terrorismo internacional de carácter global, con una serie de mutaciones que convierten el término «terrorismo» en polisémico⁷ y, por tanto, capaz

⁵ Sobre las «nuevas guerras» Mary KALDOR, publicó en 1999 (Stanford University), *New and Old Wars: Organised Violence in a Global Era*, para quien la palabra «guerra» se ha convertido en un anacronismo, pues hay un nuevo tipo de violencia organizada que es una mezcla de guerra, crimen organizado y violaciones masivas a los derechos humanos. Nótese que este libro se publica antes del 11S. En sus ediciones posteriores subraya como los conflictos de Afganistán e Irak son una muestra de esas nuevas guerras arquetípicas caracterizadas por reivindicaciones de identidad, una economía criminal de guerra y los civiles como principales víctimas.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global», DE LA CUESTA AGUADO et. alt. (Dir.), *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Juan Terradillos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1317.

⁷ Cfr. GUZMÁN DÍAZ, C. A., *Política criminal y libertad de expresión. Análisis a partir de la apología del terrorismo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020, pp. 7 y ss., quien subraya que existen más de doscientos cincuenta definiciones de terrorismo y recuerda que Fletcher señala que la etiqueta del terrorismo tiene «un encanto casi irresistible».

de ser utilizado para hechos muy disímiles como piedra arrojada contra los opositores políticos. En efecto las diversas caras de la violencia política del presente siglo nos muestran fenómenos muy dispares que pueden ser catalogados como terrorismo, pero también como guerra (asimétrica, no convencional), guerrilla, conflicto armado, movimiento de liberación, movimiento de resistencia, cuya catalogación no está exento de discusiones ideológicas.

Así, desde el punto de inicio, el concepto de terrorismo está impregnado de ideología, tanto del sujeto que la estudia, como del Estado que lo define en sus leyes, los operadores jurídicos que las aplican y, en el mundo global, deviene en una batalla por las ideas con el fin de imponer la interpretación más favorable a sus propios intereses geopolíticos. Una buena muestra de ello es «la guerra contra el terror» desatada por Estados Unidos después del 11S⁸ y, aunque de manera más sujeta a reglas jurídicas, importada por Europa, especialmente después de los atentados en Francia (2015) y Bélgica (2016). La política criminal contra el terrorismo a nivel global sufrió una transformación fundamental que ha puesto en riesgo incluso los propios cimientos en que se asientan los Estados democráticos occidentales, que es el respeto a los derechos humanos⁹.

Ante este panorama de tensión frente a los acuerdos internacionales más importantes después de la Segunda Guerra Mundial, que no son nada más ni nada menos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la comunidad internacional parece abocada al dilema entre libertad y seguridad. O, al menos, así parecen plantearse las respuestas los gobiernos, pues resulta más atrayente para quienes detentan el poder conseguir herramientas para el uso «legítimo»¹⁰ de la fuerza que, plantear políticas a largo plazo cuyos réditos serían para otros gobernantes.

⁸ Como estrategias estadounidenses, no podemos olvidar las «técnicas de interrogatorio mejoradas», las cárceles secretas, los secuestros selectivos, hasta la ejecución de Bin Laden, que claramente superan las limitaciones del Estado de Derecho conocidas en Europa. Sobre estos temas Cfr. PORTILLAS CONTRERAS, G., «La permanente suspensión del derecho: la habilitación judicial de la tortura y el auto de la Audiencia Nacional 336/2014, 17 de noviembre de 2014, sobre vuelos irregulares de la CIA en España», PÉREZ CEPEDA / PORTILLA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2016, pp. 155-171.

⁹ Vid. ampliamente sobre las importantes implicancias sociales, políticas y jurídicas: PÉREZ CEPEDA, A., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, especialmente pp. 27 y ss.

¹⁰ En el sentido formal, pues todos los gobiernos han conseguido aprobar las leyes antiterroristas con la aprobación del Parlamento, pero esa legalidad formal no significa *legalidad sustancial* o legitimidad, que solo lo da el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la *Patriot Act* fue aprobada con el beneplácito del Congreso de los Estados Unidos donde se permiten las «técnicas de

II. EL FALSO DILEMA ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD: LA DEMOCRACIA EN PELIGRO

La democracia moderna se funda sobre los principios de la Ilustración de respeto a los derechos de la persona y la existencia del Estado como contrato social para la protección de la seguridad de sus ciudadanos. La ampliación del concepto de ciudadanía a una persona /un voto, extendió los derechos a todas las personas más allá de su condición de género, raza, religión, etnia, etc.¹¹. Este pacto social se ha ido resquebrajando a lo largo de los últimos decenios por innumerables tensiones sociales: desigualdades que provocan conflictividad social, inmigración, además de guerras, crimen organizado y terrorismo. Hay problemáticas de alta intensidad como el terrorismo, pero también de baja intensidad como las demandas nacionalistas, de las minorías, siendo que todas ellas coadyuvan a situaciones sociales insatisfechas.

Ahora bien, como nos recuerda BOBBIO, «el fundamento de una sociedad democrática es el pacto de no agresión de cada cual con todos los demás y la obligación de obedecer las decisiones colectivas tomadas con base en las reglas de juego preestablecidas de común acuerdo, de las cuales la principal es la que permite resolver los conflictos que de vez en cuando surgen sin recurrir a la violencia recíproca»¹². Pero ese pacto se suele resquebrajar cuando existen amenazas, cuando el miedo se apodera de los ciudadanos y están dispuestos a ceder sus libertades en pos de la seguridad, o cuando se considera ilegítimo el gobierno (por ser impuesto externamente o no haber llegado al poder conforme a las reglas preestablecidas, o se convierte en tiránico), o se consideran injustas las decisiones tomadas. Asimismo, ese pacto se puede considerar no vinculante cuando los Estados no proveen seguridad a sus ciudadanos, llámese educación, vivienda,

interrogatorios mejoradas» y, en 2007, en Alemania, el SPD, CDU y CSU aprobaron el almacenamiento de datos con fines de prevención del terrorismo, después de los atentados de Madrid y Londres. Vid. VON SCHIRACH, F., «¿Tortura salvadora?», *El País*, Babelia, 07.12.2013.

¹¹ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009, 3.^a ed., «la democracia moderna reposa sobre una concepción individualista de la sociedad», esto es, «en una ontología, en cuanto se fundamenta sobre una concepción atomista de la sociedad y una ética, en cuanto el ser humano, a diferencia de los demás seres del mundo natural, le es atribuida una identidad moral que, para expresarse en términos kantianos, tiene una dignidad y no un precio» (p. 411).

¹² Ob. ult. cit., p. 416.

trabajo, o está ausente en grandes partes del territorio nacional, como sucede en varios países de América Latina¹³.

Lo que se pretende subrayar es que existen numerosas causas para el descontento, la desobediencia, la violencia social, la insurgencia y el terrorismo. Por supuesto que en un Estado democrático existen los cauces para que ese descontento se canalice por los medios diseñados al efecto y el uso de la violencia extrema como el terrorismo no tiene ninguna justificación. Pero cierto es, también, que no todos los Estados poseen la misma calidad democrática, esto es, cumplen con su deber fundamental de proveer seguridad a sus ciudadanos, entendida como la provisión de las necesidades básicas de supervivencia, dejando espacios vacíos a actores no necesariamente legítimos¹⁴.

De ahí que el análisis cuando se trata del terrorismo deba ser primero micro, esto es, en cada lugar determinado en tiempo y espacio, pues el fenómeno del terrorismo adquiere diversas manifestaciones¹⁵, distintas etiologías que es preciso atender, dado que detrás de este fenómeno existen motivaciones políticas, sociales y hasta religiosas. De ahí también las dificultades para llegar a acuerdos sobre un concepto que sea capaz de capturar todas las diversas manifestaciones de la violencia del siglo XXI que utiliza el terror para sus fines políticos y también lo erróneo de una política criminal arquetípica para todo tiempo o lugar.

Lo cierto es que ningún Estado que utilice los cauces democráticos para la resolución de sus conflictos puede admitir formas de violencia

¹³ Una observación del profesor Berdugo en varias de sus conferencias en América Latina es, precisamente, esa inexistencia del Estado en kilómetros de territorio en países como Brasil, Colombia o Perú (especialmente en la Amazonía que comparten esos países), espacios que son aprovechados por otros actores ilegítimos como las mafias u organizaciones terroristas.

¹⁴ Como recuerda PULIDO GREGERA, J., «Aproximación al estudio de las nuevas formas contemporáneas de insurgencia como fenómenos disruptores del concepto tradicional de Estado», ZÚÑIGA RORÍDUEZ (Dir.), *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 59: «es necesario recordar que la propensión a desarrollar un tipo de insurgencia criminal está motivado a una pérdida de legitimidad y autoridad por parte del Estado, unido a una serie de factores como la situación socioeconómica y los niveles de corrupción o perversión del sistema político-institucional. En este sentido, no es el tipo de régimen político el que influye de forma directa en los niveles de disfuncionalidad, sino el desarrollo económico y los márgenes de desigualdad, así como la capacidad del Estado de proveer los servicios mínimos, con el debido ejercicio del monopolio de la fuerza».

¹⁵ De cómo se ha manipulado y ampliado el concepto de terrorismo en los últimos decenios por parte de los gobiernos y la opinión pública, se ocupa LLOBET ANGLÍ, M., «¿Terrorismos y terrorismo»: sujetos peligrosos, malvados y enemigos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015-1, pp. 227-251,

extrema que ponga en peligro la estabilidad social¹⁶. Es preciso diseñar estrategias antiterroristas, pero también es cierto que las políticas criminales que usualmente se han diseñado han consistido en la exacerbación de la intervención penal con dos características fundamentales: aumento de penas y adelantamiento de la intervención penal. Las que, evaluadas *a posteriori*, lo único que han logrado es una rebaja de la calidad democrática de los Estados y no siempre han conseguido los fines políticos de disociación buscados¹⁷. Hoy en día, después de veinte años de «lucha contra el terror» de la política de Estados Unidos, Al Queda es más fuerte¹⁸ y Afganistán está nuevamente tomada por los talibanes. Prueba fehaciente que estas batallas no se ganan con mayor violencia, entendida como rebaja de las garantías democráticas y que, mientras subsistan las causas que las alimentan, permanece la amenaza del terror.

¹⁶ Debe asumirse los costes sociales, políticos, económicos a nivel macro y a nivel micro la pérdida de vidas, salud, vivienda, etc. que supone el terrorismo, además de costes de oportunidad, como el hecho de que el terrorismo suele marcar la agenda política de los Estados en que actúa, dejando paso a otras formas de criminalidad, como el crimen organizado. Cfr. «Metíamos toneladas de drogas en España en los noventa», *El País*, 29.12.2008, la entrevista a un excapo de la droga, quien señala la falta de controles de las fuerzas del orden, precisamente en la década que más golpeó el terrorismo.

¹⁷ No debe olvidarse dos ejemplos de finalización de acciones armadas terroristas. La organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (ETA) realizó el anuncio del cese definitivo de su actividad armada el 20 de octubre de 2011, producto de una serie de factores como la infiltración en su organización, la negociación con algunos de sus miembros, la caída de apoyo social después del secuestro de Miguel Ángel Blanco, etc. Otro hito importante de finalización de acciones terroristas ha sido la detención de Abimael Guzmán el 12 de septiembre de 1992, líder de una organización terrorista maoísta de las más sanguinarias de América Latina, poniendo así fin a la llamada «lucha armada», por su carácter altamente jerárquico.

¹⁸ Como nos recuerda DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «Vulnerables frente al yihadismo», *El País*, 27.03.2017: «Con diferencias notables en cuanto a su potencial de impacto según países y regiones, en los próximos años el yihadismo seguirá comprometiendo gravemente la seguridad, la gobernabilidad y la estabilidad nacional e internacional». Asimismo, conmemorando los veinte años de los atentados del 11S el especialista REINARES, F., escribe, «Al Queda, entonces y ahora», *El País*, 11.09.2021: «Dos décadas después del 11-S, la “guerra contra el terror” ha fracasado, la organización de Bin Laden persiste como estructura global y compite por la hegemonía yihadista con el ISIS, lo que anticipa más terrorismo en Occidente». En abril de este año, cumplidos diez años de la muerte de Bin Laden, «El éxito póstumo de Bin Laden», *El País*, 27.04.2021: «Al final, lo que se ha consolidado y expandido, transcurridos 10 años desde la muerte de Osama Bin Laden, es la Al Qaeda como estructura global descentralizada que su fundador imaginó. A las ramas que ya existían se sumó otra en Siria, además de Al Qaeda en el Subcontinente Indio (AQSI) y el Grupo de Apoyo al Islam y los Musulmanes (GAIM), rama de la organización terrorista en África Occidental.

La lección que debe aprenderse es que la democracia se pone en peligro no solo con la amenaza terrorista, sino también con las estrategias antiterroristas «duras» de los Estados que prescinden del análisis del conflicto político subyacente y propugnan respuestas coercitivas uniformes de aumento de penas y rebaja de las garantías¹⁹. Pues, el debilitamiento de la democracia alimenta las razones del terrorismo, convierte a sus autores en héroes y puede conseguir un aumento de su apoyo social. Es decir, la deslegitimación de la lucha antiterrorista es también la deslegitimación del propio Estado. Como afirma Ferdinand Von Schirach, nieto del jefe de las Juventudes Hitlerianas, Baldur von Schirach, cuyas reflexiones como familiar de un exnazi son bastante interesantes: «Con los derechos sucede lo mismo que con la amistad. No sirven de nada si no se demuestran en los momentos oscuros y difíciles»²⁰. Y, no hay momento más oscuro y difícil que cuando un país es puesto a prueba por un ataque terrorista. Precisamente es el momento de reivindicar y afirmar los derechos humanos que son piedra angular de nuestra cultura occidental, y fundamento y límite del Derecho legítimo.

Ahora bien, tampoco es posible caer en la ingenuidad de desconocer la complejidad de estos fenómenos y pretender un tratamiento similar o común a cualquier delito. O, con palabras del profesor Berdugo²¹: ¿Cómo se justifica el plus de la agravación?

III. ¿CÓMO SE JUSTIFICA EL PLUS DE AGRAVACIÓN?

Siguiendo con su mismo discurso, ciertamente que es discutible que el plus tenga efectos preventivo-general. La gravedad de las respuestas solo tendría explicación desde planteamientos retribucionistas, incompatibles con el modelo del Estado social de Derecho. Tampoco cumpliría finalidades de resocialización, porque se trata de delincuentes por convicción. Las leyes antiterroristas parecen seguir el paradigma de la víctima (Hassemmer), transmitiendo a la sociedad y a las posibles víctimas la apariencia de efectividad y protección social frente a la amenaza de los ataques terroristas, esto es, mera función simbólica o «huida hacia el Derecho Penal»²².

¹⁹ Particularmente crítico: PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «Terrorismo y antiterrorismo como estrategia político-miliar», *Revista Penal México*, núm. 14 • 15, marzo 2018-febrero 2019, p. 258.

²⁰ VON SCHIRACH, F., «¿Tortura salvadora?», *El País*, Babelia, 07.12.2013.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derecho Penal y derechos humanos», p. 54.

²² Ob. ult. cit., pp. 54-55.

No obstante, no es posible desconocer la legitimidad de la intervención penal *proporcionada* ante estos ataques graves a la convivencia, puesto que es función también del Derecho Penal el ser un instrumento de tutela de los derechos humanos de la población civil amenazada por el terrorismo, para preservar las venganzas privadas y, con ello, la espiral de violencia que devendría ante una «huida del Derecho Penal». Por tanto, considero que sí es posible afirmar el merecimiento y necesidad de penas *especialmente* diseñadas para prevenir el fenómeno terrorista²³, en base a los siguientes argumentos.

Primero, porque al igual que sucede con la corrupción y la criminalidad organizada, el terrorismo es un fenómeno criminal con raigambres sociales en los que los aspectos políticos, culturales y económicos tienen un peso específico en su configuración. Desconocer estos aspectos es condenar al fracaso cualquier política criminal. Es preciso reconocer las dificultades de aprehender en las leyes penales fenómenos complejos y establecer técnicas legislativas idóneas para distinguir las diversas formas de aportación al delito, que es de lo que adolecen estas legislaciones penales: tipos genéricos de autor, tipos abiertos, adelantamiento de la intervención, castigo por igual a todos los miembros de la organización. La doctrina italiana considera que estamos realmente ante un subsistema del Derecho Penal, con características propias, el cual, en todo caso, debe respetar el principio de proporcionalidad y las garantías básicas de la teoría del delito.

Segundo, se trata de delitos perpetrados por organizaciones fuertemente estructuradas. Por tanto, se trata de formas de ataque organizados a bienes jurídicos, con las mismas características de peligrosidad que la criminalidad organizada²⁴, a saber: la existencia de un aparato preparado para delinquir facilita la comisión de delitos, produce sinergias entre sus miembros, se ocultan dentro de la organización los comportamientos particulares, los sujetos se desinhiben al sentirse amparados por la organización, produce colaboración con otras formas de delincuencia, las víctimas

²³ El propio profesor Berdugo, ob. ult. cit., p. 57 afirma que, en muchos casos «el terrorismo goza del apoyo y simpatía de un sector social que le sirve de soporte... esto lo diferencia *sustancialmente* de la delincuencia común». (El subrayado es mío).

²⁴ De ahí sus sinergias e incluso procesos de hibridación. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada? Parámetros generales y escenarios críticos», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 1, 2013, p. 172: «allí donde las circunstancias lo permitan y estimulen la confusión del activismo yihadista con la delincuencia organizada puede alcanzar extremos realmente peligrosos... En definitiva, aunque el nexo entre terrorismo global y criminalidad organizada no deba darse por supuesto, constituye de facto una tendencia real, inquietante y en progresión que demanda una atención y un tratamiento preferentes».

poseen menor capacidad de defensa frente a una organización, etc.²⁵. En el caso del terrorismo la cohesión proviene de una finalidad ideológico-política que dota de mayor fuerza a la unión de sus integrantes, algo que, en el yihadismo, con el ingrediente religioso, se incrementa notablemente. Nótese que incluso en las actuaciones individuales («los lobos solitarios»), sus acciones terroristas responden a un programa común, que es lo que dota unidad a las organizaciones, en este caso, virtuales.

Tercero, su confrontación con el Estado y con la sociedad civil amenazada le dota de una peligrosidad no asimilable a la de la delincuencia común. El terrorista se declara enemigo del pacto social que sustenta las bases de la convivencia común. Por supuesto que ello no justifica el tan manido «Derecho Penal del enemigo», porque –como se ha dicho– esto deslegitimaría al Estado como actor político, pero su confrontación declarada contra las reglas del Estado de Derecho, incluido el respeto a los derechos humanos, no debe desconocerse.

Cuarto, desde el punto de vista jurídico se trata de delitos complejos, pluriofensivos, pues no solo atacan bienes jurídicos individuales como la vida, la salud, el patrimonio, etc., sino también bienes jurídicos colectivos, de toda la sociedad, como la Constitución, el orden público, la paz social. Más allá de la discusión de qué bien jurídico colectivo es, de su carácter difuso, lo cierto es que materialmente el terrorismo ataca el pacto social que nos hemos dado todos los ciudadanos para una convivencia en paz.

Quinto, en el caso del terrorismo global a lo anterior se suma el ingrediente de carácter transnacional, con todas las dificultades que estos fenómenos criminales que trascienden fronteras poseen: superación de las leyes nacionales, conflictos de jurisdicción, interlegalidad, necesidad de la cooperación policial y judicial, vigencia de convenios internacionales, espacios comunes de jurisdicción como la UE, armonización legislativa, etc. Este proceso de internacionalización del Derecho Penal²⁶, que supone un proceso ascendente y descendente para la justicia penal nacional²⁷, ha

²⁵ Vid. más ampliamente acerca de la mayor dañosidad social de la criminalidad organizada, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: la experiencia italiana (entre eficacia y garantías)», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015, pp. 27 y ss.

²⁶ Por el que el Profesor Berdugo se ha interesado en numerosos trabajos. Vid. por todos: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», ob. cit., pp. 56 y ss.

²⁷ Se trata finalmente de una suma de delitos en la medida que para los Estados nacionales supone una iniciativa de imponer sus propios delitos y adoptar los nuevos de otros países. Cfr. VERVAELE, Jhon, «La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites?», *Anuario de Derecho Penal (Dir. Hurtado Pozo)*, 2015-2016, p. 27.

supuesto una clara expansión de las legislaciones penales en la medida que muchos países, por sus compromisos interregionales, han debido asumir obligaciones sustanciales y procesales «modernas».

Por supuesto que este tratamiento especial no quiere decir que se trate de un cheque en blanco para el legislador y se dé por legítimas las cuestionables estrategias de mano dura de sobrecriminalización y adelantamiento de la intervención, que han venido desarrollando los legisladores penales en los últimos tiempos. Pero sí concuerdo con MANTOVANI cuando sostiene que «frente a fenómenos criminales de especial peligrosidad no es suficiente la «coral lamentación» del derecho penal del enemigo, sin proporcionar eficaces soluciones alternativas»²⁸. Más adelante el mismo autor afirma que «si bien es verdad que «el ser» no debe menoscabar el «deber ser», también es cierto que el deber ser debe subyacer al *principio de realidad*, no se puede destruir sin sustituir válidamente»²⁹. En suma, es preciso tomar en serio el terrorismo, como un fenómeno criminal complejo para el cual es preciso aportar propuestas de prevención adecuadas que, reconociendo su especial peligrosidad y características, no desborden los límites de las garantías del Estado de Derecho.

IV. EL TERRORISMO: ENTRE EFICACIA Y GARANTÍAS

La lucha contra el terrorismo se ha desarrollado en casi todos los países bajo el paradigma de la guerra (indiscriminada), adelantando la intervención y sobrecriminalizando disímiles conductas, socavando las garantías básicas del Estado de Derecho, como la dignidad de la persona, sin resultados efectivos constatables. Se impone, pues, una revisión de estas propuestas no solo desde el plano de las garantías (los derechos humanos), sino también desde la efectividad (principio de realidad / evidencias empíricas³⁰).

²⁸ MANTOVANI, «El derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal», GARCÍA VALDÉS et. al (Coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor Gimbernat* Madrid, Edisofer, 2008, p. 439.

²⁹ Ob. ult. cit., p. 441. Mantovani es particularmente crítico con «los enemigos del Derecho Penal» que niegan o minimizan la validez del Derecho Penal para prevenir los delitos y apuesta por soluciones creativas.

³⁰ Vid. BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la Política Criminal*. Bosch, Barcelona, 2020, passim. La autora desarrolla la necesidad de contar en España con cifras sobre la criminalidad, con el fin de elaborar propuestas basadas en la evidencia empírica y poder evaluar con posterioridad dichas propuestas, siguiendo recomendaciones de la UE. En efecto, la política criminal como

Cuando un Estado se ve atacado por una amenaza terrorista se enfrenta ante la necesidad de proteger sus instituciones y el pacto social que se han dado los ciudadanos para una convivencia pacífica. No obstante ello, un Estado democrático de Derecho se encuentra ante el imperativo de salvaguardar los valores y principios que le otorgan legitimidad como son los derechos fundamentales plasmados en la Constitución. Se trata de una *legitimidad material*, no formal, esto es, que exista un respeto sustancial a los derechos humanos básicos de todas las personas en las normas. Este fino equilibrio entre libertad y seguridad es propio de países con alta calidad democrática, estando en el extremo los «Estados fallidos», en los que existe alta conflictividad social por existir grandes desigualdades y/o instituciones jurídicas rudimentarias incapaces de imponer el orden por falta de profesionalidad y/o corrupción. De ahí que sea preciso el análisis de la violencia política y el terrorismo distinguiendo los diversos contextos, causas, efectos, nivel democrático, lugar, etc.

Desde hace varias décadas el Derecho Penal se encuentra ante el desafío de nuevas formas de criminalidad complejas que en sus inicios se denominó «moderno Derecho Penal» (Hassemer) y hoy se encuentra consolidado en las legislaciones penales, en el que se han creado serias tensiones con el «Derecho Penal clásico», esto es, con las garantías y estructuras de la teoría del delito. Por tanto, que las leyes antiterroristas pongan en tensión las categorías clásicas del sistema penal no es nada nuevo. Lo verdaderamente importante es establecer cuál es la función de la pena ante este fenómeno criminal, algo que indudablemente es una *cuestión metodológica*, es decir, de objeto y método de análisis, en un sano equilibrio entre cuestiones del «ser» y del «deber ser», pensamiento problema / pensamiento sistema, principio de realidad / ideal constitucional, evidencia empírica / normativismo, método inductivo / método deductivo, pragmatismo e idealismo, Derecho Penal del delincuente / Derecho Penal de la víctima, para lograr un equilibrio entre eficacia y garantías. Voy a intentar desarrollar en pocas líneas estas ideas.

En un luminoso artículo del recordado profesor VOGEL, éste se preguntaba si nos encontramos en el camino hacia una ciencia global del Derecho Penal. Las respuestas dependerán de las posiciones epistemológicas de partida, pero el autor señala la evidencia de que la ciencia del Derecho Penal está cambiando y debe cambiar bajo el influjo de la globalización, teniendo en cuenta tres consideraciones: 1.º) La interlegalidad a que está sometido cualquier fenómeno criminal transnacional obliga a un

parte de las políticas públicas, debe ser *checkeada*, es decir, evaluada poniendo de forma transparente cuáles son sus objetivos.

pluralismo metodológico o una «apertura metodológica» donde han de admitirse diversas posiciones metodológicas de manera equivalente: ontológica, normativista, lógica material, lógica normativista, pensamiento de la eficiencia y orientada a principios. 2.º) Apertura metodológica no debe entenderse por arbitrariedad, pues existe un sistema lógico deductivo e inductivo que rigen la validez de los enunciados, que debe mostrar su valía a través de la calidad de los argumentos (*teoría del discurso*)³¹. 3.º) La ciencia del Derecho Penal globalizado se aparta del pensamiento sistemático y de las cuestiones categoriales, aproximándose al pensamiento problemático y a las cuestiones materiales³².

Traducidas estas ideas al abordaje del terrorismo en general y del terrorismo global en particular significa una obligatoria combinación de dogmática y política criminal³³, unas propuestas jurídicas orientadas a fines preventivos, pero sin olvidar los límites constitucionales, un proceso constante de inducción de la realidad teniendo como marco la deducción de los derechos fundamentales. En suma, una combinación equilibrada del pensamiento problema y el pensamiento sistema. Como nos recuerda VOGEL, «es en la discusión en torno a los *problemas materiales* del Derecho Penal donde estos métodos deben mostrar su valía, a través de la calidad de los argumentos»³⁴. Ello significa partir del terrorismo como problema / objeto de estudio con la indudable ayuda de la criminología y de las ciencias empíricas como la ciencia política y las relaciones internacionales para el caso del terrorismo global. Por lo cual, se imponen los equipos de trabajo multidisciplinares, donde el Derecho Penal debe ser realmente la última ratio.

Siguiendo al metodólogo MORIN, la sociedad compleja, posmoderna necesita para aprehender la realidad contemporánea de nuevos paradigmas. El *pensamiento de lo complejo* requiere de herramientas complejas: la comprensión del todo y las partes, la unión y la descomposición de los objetos de estudio, la comprensión de los objetos como problema y los métodos como sistema de pensamiento, la interdisciplinariedad, poner el objeto en su contexto, aunar conocimientos de las ciencias humanas y de

³¹ Sobre este aspecto Cfr. la importante obra de ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Madrid, Ariel, 2015, 2.ª reimpression, passim., entre otras.

³² VOGEL, J., «Derecho Penal y globalización», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, pp. 123-124.

³³ Ob. ult. cit., p. 125: «la ciencia del Derecho Penal bajo el signo de la globalización no debe ocuparse exclusivamente de cuestiones de dogmática jurídico-penal, sino que debe tratar con el mismo peso problemas político-criminales y reconducir aquéllas a éstos, como siempre lo han hecho los grandes –mencionaré a *von Liszt* y a *Ancel*– del Derecho Penal».

³⁴ Ob. ult. cit., p. 124.

las ciencias naturales³⁵. Este ejercicio metodológico frente al abordaje del terrorismo va a resultar en una obligada vuelta a Von Lizst, en el sentido de una *ciencia total del Derecho Penal*, en la necesaria combinación del análisis desde la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal, pues solo así se puede llegar a propuestas válidas que posean evidencias empíricas y normativas.

Dado el componente político del fenómeno terrorista, el peso de la Política Criminal (como parte de las políticas públicas) resultará decisivo, donde necesariamente se tendrá que establecer proposiciones preventivas y represivas, con propuestas a corto plazo y a largo plazo, con finalidades específicas verificables y posibles, es decir, un *Programa Integral de Política Criminal* contra el terrorismo. Escapar de la demagogia de los políticos, tan frecuente en el tratamiento del terrorismo, o del discurso simplista de los medios de comunicación requiere de estrategias válidas, ciertas, creíbles y legítimas.

Toda propuesta política, y aún más respecto al terrorismo, posee referentes valorativos explícitos e implícitos. En el caso de los Estados democráticos de Derecho no pueden ser otros que el respeto a la Constitución y los derechos fundamentales. Esto significa una concepción de la seguridad no antagonica con la libertad, sino confluentes: la seguridad humana. Kofi Annan en su informe «Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (2005), advertía de las nuevas amenazas para la comunidad internacional una vez superada la Guerra Fría: criminalidad organizada, terrorismo, armas de destrucción masiva, etc. Y el ex Secretario General de Naciones Unidas recalca que la única manera de conjurar esas nuevas formas de violencia organizada que ponen en riesgo la paz internacional es conjugando desarrollo (igualdad), derechos humanos y seguridad. «La protección y la promoción de los valores universales del imperio del derecho, los derechos humanos y la democracia constituyen fines por sí mismas. También son imprescindibles para lograr un mundo de justicia, oportunidad y estabilidad. No habrá plan de seguridad ni campaña en pro del desarrollo que consiga sus objetivos si no reposa en el sólido fundamento del respeto por la dignidad humana».

³⁵ MORIN, E., *La cabeza bien puesta: repensar la reforma, reformar el pensamiento*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1999, pp. 26-29, 48.

Neoliberalismo traspandémico, cambio climático y desgobierno global: retos desde la política criminal*

Nieves Sanz Mulas
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Salamanca



I. NEOLIBERALISMO Y SUICIDIO MEDIOAMBIENTAL

CON LA ENTRADA EN EL NUEVO SIGLO, el medio ambiente no sólo se ha convertido en un reto para los sectores productivos, sino también en una oportunidad de negocio. Esto es, el ecosistema no escapa a la dinámica propia del mercado: la incesante búsqueda de nuevas esferas de acumulación de capital. La lógica neoliberal, que cuestiona (e incluso rechaza) la intervención del gobierno en los mercados y en las relaciones económicas de los individuos, puesta en contacto con el medio ambiente se traduce en estrategias que MARCH¹ resume en cuatro: privatización de la naturaleza; desregulación (o re-regulación) como eje central del capitalismo; comercialización de la naturaleza y corporatización de la gestión pública; y mercantilización de la naturaleza. Es el llamado *neoliberalismo ambiental*, que «no es más que la derivación del capitalismo después de tamizar la mayor parte de sus argumentos»².

* Resultado del Proyecto I+D+i «Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género», Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia: PID2019-106159RB.

¹ MARCH, H., «Neoliberalismo y medio ambiente: una aproximación desde la geografía crítica», en *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 59/1, 2013, p. 27.

² GARCÍA RUIZ, A., «Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica», en *RECPC 20-11* (2018), p. 3.

Esto es, equivale a decir que bajo el lema de la sostenibilidad sigue siendo posible el crecimiento económico. Una relación paradójica entre el modelo neoliberal y el medio ambiente, que busca tanto proteger como degradar el mundo biofísico a través de complejas dinámicas con resultados del todo imprevisibles. De un lado, bajo el paradigma del desarrollo sostenible se defiende que existen soluciones que puedan favorecer a ambos binomios (medio ambiente y desarrollo económico). O lo que es lo mismo, se predica que las mejoras ambientales no deben ir en detrimento de las lógicas del mercado, sino todo lo contrario: los problemas ambientales se pueden resolver mediante la creación de nuevos mercados, nuevas demandas ciudadanas e innovación en la producción y la organización industrial. De otro parte, el ambientalismo de mercado promete la unión entre protección ambiental y crecimiento económico y eficiencia, mediante el establecimiento de derechos de propiedad sobre el medio ambiente por parte del Estado.

Ahora bien, las dudas son muchas, y bastaría con formularlas del modo general en que lo hace GARCÍA RUÍZ, planteándose «si un modelo económico en permanente crisis puede guiarnos en la consecución de un medio ambiente más sostenible que pueda ser disfrutado de manera igualitaria y que contribuya a la emancipación individual y colectiva»³. Porque solo si conocemos las debilidades de las sociedades liberales podremos preservar sus valores más esenciales. Entre ellos figura, por supuesto, la libertad individual. Pero la seguridad y la pertenencia son igual y a veces más importantes y el liberalismo ha pecado de ignorar de forma sistemática este hecho⁴.

Es más, abundan los ejemplos que nos demuestran cómo el afán plutocrático del poder financiero, al tiempo que potencia la ancestral agresividad interespacial del hombre, impulsando la creciente depredación de la naturaleza, que extingue especies y desertifica, también promueve el negacionismo, esto es, negar el daño (como ajeno a la intervención humana) al tiempo que se subestima a las víctimas y denunciante⁵. Aun así, lo que sí queda claro, y así lo advierte, CHOMSKY⁶ es que mientras el riesgo sistémico del sistema financiero puede ser cubierto por el contribuyente, nadie va a venir al rescate si se destruye el medio ambiente. Pese a ello, pareciera que destruirlo es casi un imperativo institucional. Los dirigentes de las empresas que impulsan campañas de propaganda para convencer a

³ MARCH, H., «Neoliberalismo y medio ambiente: una aproximación desde la geografía crítica», *op. cit.*, p. 149.

⁴ GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», en *El País*, 12 abril 2020, p. 4.

⁵ ZAFFARONI, E. R., - DÍAS DOS SANTOS, I., *La nueva crítica criminología. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 70.

⁶ CHOMSKY, N., ¿Quién domina el mundo?, Buenos Aires, 2017, pp. 74 y ss.

la población de que el calentamiento global es un fraude liberal, realmente son muy conscientes de la gravedad de la amenaza, pero están obligados a maximizar el beneficio a corto plazo y la cuota de mercado, porque si no lo hacen ellos otros lo harán.

Un círculo vicioso letal, que ojalá logremos romper con la experiencia que nos deja la terrible pandemia que llevamos sufriendo desde hace más de dos años. Que la COVID-19 nos sirva al menos de acicate. De terrible y doloroso ejemplo de lo que nos espera si no cambiamos de forma general y radical nuestro comportamiento. Porque el esfuerzo debe necesariamente ser global, si bien lo planetario ahora mismo, y precisamente por la frustrante gestión de la pandemia, está en graves apuros.

II. EL MUNDO TRAS LA COVID-19: ¿RESPUESTAS NACIONALES FRENTE A PROBLEMAS GLOBALES?

1. *El fracaso de los organismos internacionales en su respuesta a la crisis: el patente desgobierno de la Unión Europea*

Como ocurre con todas las crisis, cuando falla la confianza en el mercado aumenta la certeza en el Estado y al revés. Y por irónico que pudiera parecer, no ha sido sino una amenaza mundial la que ha debilitado la gobernanza global y reforzado el Estado nacional. En el histórico movimiento pendular entre lo global y lo nacional, en plena globalización la política internacional se vuelve a decantar por lo nacional⁷. Las nuevas potencias vuelven a poner los intereses nacionales en el centro de sus políticas exteriores, sufriendo un auge notable el populismo y los hiperliderazgos. Un

⁷ La crisis de los años treinta, tras la Primera Guerra Mundial y el crack del 29, se tradujo en el auge del fascismo y el nazismo que desembocó en la Segunda Guerra Mundial. Tras ésta, un nuevo momento internacional surgido del fracaso de la *Sociedad de las Naciones* dio lugar al nacimiento de múltiples organizaciones internacionales, articuladas en lo político en torno al sistema de *Naciones Unidas* y en lo económico en las instituciones de *Bretton Woods* (el FMI y el Banco Mundial) y el *Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles* (antecesor de la Organización Mundial del Comercio). En los años ochenta, la ola neoliberal de Thatcher y Reagan afirmó que no existía esa cosa llamada Sociedad, sino solo individuos, familias y, por supuesto, mercados. Con el fin de la Guerra Fría, se impuso la tesis de Fukuyama sobre un sistema internacional basado en la economía de mercado y el liberalismo político. En paralelo a los avances tecnológicos y la globalización de los mercados, la soberanía estatal parecía pasar a un segundo plano. Emergían conceptos como la responsabilidad de proteger o la seguridad humana —en contraposición a la de los Estados— como principios vectores de la seguridad internacional. *Vid.*, en MORILLAS, P., «Coronavirus: entre lo global y lo nacional», en *El País*, 19 marzo 2020, p. 9.

retorno a lo conocido, a un nuevo nacionalismo alimentado por la pésima gestión de la pandemia del coronavirus.

Si bien es evidente que las instituciones internacionales surgidas después de la II Guerra Mundial han fracasado estrepitosamente en su respuesta a la crisis, aún así sería absolutamente hipócrita reclamar responsabilidades. Para empezar, la ONU lleva años paralizada por las tensiones, primero entre Estados Unidos y Rusia, y ahora entre Estados Unidos y China. De su parte, el FMI y el Banco Mundial, útiles para dar soluciones de urgencia como facilitar liquidez a los países más vulnerables, tienen las manos atadas para buscar soluciones nuevas ante una situación sin precedentes. Cualquier quita o condonación de deuda requiere el consentimiento y coordinación de países y actores privados, y no existe por el momento un mecanismo permanente que agilice estas decisiones.

Hoy por hoy el mundo se divide en alianzas regionales que miran hacia adentro y que no han pasado de las buenas palabras tras la infinidad de videoconferencias (las cumbres han sido imposibles durante un gran periodo de tiempo para evitar los contagios). La OMS de su parte, ha decepcionado mucho por su lentitud en la respuesta y su pliegue ante el gobierno chino a la hora de exigirle más información y transparencia, por no hablar de su limitado presupuesto (inferior al que cualquier gran país destina a la sanidad) con lo que su margen de actuación es bastante limitado. Una situación de «desgobierno» global, especialmente sangrante en el caso de la Unión Europea⁸.

Probablemente la organización regional más eficaz y poderosa, se empezó al inicio de la crisis en otra de sus discusiones internas incapaz de articular un plan contundente de respaldo a todos sus socios⁹. La respuesta de la UE a la crisis no ha hecho más que revelar sus muchas debilidades,

⁸ Falta de gobierno comunitario aprovechado por Rusia, que junto a China le ganaron con mucho la batalla en el desarrollo de una vacuna a la Unión Europea, y que utilizará la energía como arma política, pues los gasoductos submarinos *Nord Stream* que atraviesan el Báltico aseguran el abastecimiento de gas natural a Europa. *Vid.*, en GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 3. Una posición de dependencia energética que Rusia ha aprovechado para «chantajear» a Europa mientras invade Ucrania sembrando la muerte y la destrucción a su paso.

⁹ De acuerdo con MADINA, éstos mas bien se dedicaron «a competir entre sí por la adquisición de materiales en mercados internacionales plagados de proveedores sin reglas ni garantías. Administraciones negociando bilateralmente con China para acceder a ellos, entrando en dinámicas de acción-reacción unas contra otras, en todo momento lejos de una respuesta común en la fase sanitaria de una pandemia que se está llevando decenas de miles de vidas». *Vid.*, en MADINA, E., «Europa tras la pandemia», en *El País*, 23 mayo 2020. Accesible en: <https://elpais.com/opinion/2020-05-22/europa-tras-la-pandemia.html>

siendo incapaz de ejecutar un plan de emergencia completo, coordinado y flexible. Sus agotadas estructuras neoliberales no han sabido ponerse al nivel que las circunstancias obligaban, imposibilitándola de cumplir las funciones protectoras de un Estado. Las decisiones perentorias las tomaron los Estados nacionales, centrados en cuidar a sus propios ciudadanos priorizando la solidaridad entre ellos y no con los otros ciudadanos europeos¹⁰. Una situación de marcado individualismo e insolidaridad, que se vio en cierto modo mitigada con la adquisición conjunta de vacunas, si bien cada vez eran más frecuentes las negociaciones paralelas de algunos de sus miembros para la compra de más dosis al margen de la Unión Europea¹¹. Luego, en la actualidad, hablar de la desintegración de las instituciones europeas no es algo exagerado, por lo que, o se hace algo rápido e inteligente, o estamos abocados a la renacionalización de la Unión Europea.

En definitiva, las consecuencias de una década de desoladora austeridad han sido el germen de un escepticismo, ante la propuesta de nuevos organismos o alianzas, que se ha visto definitivamente «apuntillado» con la crisis pandémica. Presenciamos (y sufrimos) la reavivación de un «nacionalismo a la defensiva», que levanta fronteras, recorta cuotas de inmigrantes e impone aranceles. Un nacionalismo muy agresivo, del tipo «American First» de Trump, que contempla el mundo como una lucha entre «nosotros y ellos»¹², y que se ha reforzado con la decepcionante gestión del coronavirus, desvaneciéndose en tiempo récord la distancia entre dinámicas globales (una pandemia global originada en China, pero de alcance mundial) y sus consecuencias individuales (la enfermedad y el confinamiento de millones de personas en sus domicilios). Entre ambos niveles ha resurgido el Estado-nación como garante de la salud y

¹⁰ KRÁSTEV, I., «La crisis del coronavirus reforzará el nacionalismo», en *El Mundo*, 15 de marzo 2020, p. 73.

¹¹ Es el caso, por ejemplo, de Hungría, Dinamarca, Austria, Polonia, Eslovaquia o República Checa. También la ejemplar Alemania abrió el camino para que los demás países siguieran el ejemplo, al anunciar que estaba dispuesta a negociar un contrato bilateral con el fabricante de la vacuna rusa Sputnik V. Y lo hizo tras intentar infructuosamente que la Comisión Europea negociara de forma centralizada un acuerdo con Moscú para su distribución entre los veintisiete. *Vid.*, en *El País*, 8 de abril de 2021. Accesible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-04-08/alemania-negociara-la-compra-de-la-vacuna-rusa-sputnik-v-de-forma-bilateral.html>

¹² Hasta el punto de que Estados Unidos compró casi toda la existencia mundial (el 100% de la producción de julio, 90% de la producción en agosto y 90% de la producción de septiembre) del antiviral Remdesivir, uno de los pocos fármacos que habían mostrado algún efecto contra la Covid-19. El poder del dinero también se ha manifestado en la adquisición de vacunas, liderando Israel, Estados Unidos y Reino Unido el porcentaje de personas ya inmunizadas frente al resto de la población mundial.

articulador de la crisis sanitaria, lo que pone punto final a la era del apogeo de la globalización.

La economía es espejo y al mismo tiempo expresión de una época. Mientras el Estado de bienestar fue la traducción socialdemócrata del guión de la postguerra, y la revolución conservadora la respuesta a la crisis del petróleo, con un estancamiento preocupante y una inflación desbocada; ahora los problemas son otros: el cambio climático, la hiperglobalización, el sobrepeso del sector financiero en las economías avanzadas y el impacto de la revolución tecnológica sobre los trabajadores. El neoliberalismo ha perdido brillo por los excesos de los últimos tres lustros de monopolios tecnológicos, las luchas de las finanzas, la galopante desigualdad y el reguero de crisis¹³.

Vivimos una paulatina desglobalización en la que vuelvan a emerger otras fuentes de autoridad y legitimidad. Incluso para el pensamiento progresista, que detesta con intensidad la identidad nacional, es obvio que el Estado nacional se está reafirmando como la fuerza más poderosa para conducir la acción a gran escala¹⁴. Luego, lo que se está desmoronando a toda velocidad no es sólo la hiperglobalización de las últimas décadas¹⁵, sino el orden mundial implantado tras la II Guerra Mundial¹⁶. La COVID-19 ha roto un equilibrio imaginario y ha acelerado un proceso de desintegración en marcha desde hace años¹⁷. Porque si bien la globalización supuso la ruptura de barreras con unas dinámicas de interconexión e interdependencia capaces de sobrepasar el corsé de los Estados, lo cierto es que estas dinámicas no se han traducido en un gobierno global, confiando al final en el Estado-nación como principal articulador de las relaciones

¹³ *El País*, 18 de abril de 2021

¹⁴ GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 4.

¹⁵ Algo sin duda de agradecer, pues a pesar de toda su palabrería sobre la libertad y la elección, en la práctica el liberalismo no era más que un experimento de disolución de todas las fuentes tradicionales de cohesión social y legitimidad política y su sustitución por la promesa de un aumento del nivel material de vida. *Vid.*, en GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ Durante la Guerra Fría existían dos modelos ideológicos que competían entre sí. El soviético colapsó, lo que permitió a Occidente hacerse con el relato dominante. Al ser el único modelo disponible, sólo queda copiarlo, los que querían cuestionar el modelo del capitalismo democrático lo cierto es que carecían de alternativa. Un modelo que ahora es percibido como excepcional, interesándose cada vez menos países por él. La propia historia de Estados Unidos nos demuestra hasta qué punto hemos sido víctimas de un relato sobre la democracia americana no ajustado a la realidad. *Vid.*, en KRASTEY, I., «La crisis del coronavirus reforzará el nacionalismo», *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 3

internacionales. Y ello con el permiso de organizaciones supranacionales, empresas transnacionales y una sociedad civil globalizada¹⁸. La disyuntiva está, por tanto, servida: un giro total a lo nacional ya no es posible, pero tampoco se dan las condiciones y la voluntad política para la reforma y mejor funcionamiento de los mecanismos de gobernanza global¹⁹. ¿Significa esto el declive definitivo de lo global y supranacional?

2. *Problemas mundiales requieren soluciones conjuntas: la urgencia de un gobierno global*

Ciertamente cuando la vida humana se encuentra amenazada, la primera reacción es aferrarse a lo conocido, buscar referencias en lo cercano y desconfiar de lo extranjero difuso y global²⁰. Las respuestas nacionales a la pandemia han sido la obligada reacción ante una incertidumbre que sigue sin tener *deadline*. Ahora bien, frente a un problema global las respuestas no pueden ser locales; si el virus viaja sin pasaporte (aunque sí lo tiene la vacuna), tampoco deberían necesitarlo las medidas a adoptar frente a él. Problemas mundiales como las pandemias y el cambio climático requieren un gobierno también mundial, porque para poder protegernos localmente es necesario que actuemos globalmente. Una cooperación internacional a un nivel más elevado que nunca.

No existe, sin embargo, y por el momento, una autoridad mundial que sirva para combatir el virus, como tampoco la hay para imponer el fin del crecimiento. Y la expansión económica no es sostenible indefinidamente, pues solo puede agravar, aún más si cabe, el cambio climático convirtiendo nuestro planeta en un vertedero. El problema es que el crecimiento cero tampoco es sostenible. La marcada desigualdad entre los niveles de vida, el crecimiento demográfico y las rivalidades políticas, lo hacen inviable. Y el cambio geopolítico acelerado por la pandemia lo pone todo aún peor, debilitando enormemente las capacidades de las instituciones internacionales.

Porque lo que sí es definitivamente cierto, es que en esta situación excepcional en la que nos encontramos, ni el Estado-nación sale totalmente fortalecido –a los populistas no les gusta la revalorización de los expertos²¹ ni la atención mediática obtenida por los líderes políticos– ni

¹⁸ MORILLAS, P., «Coronavirus: entre lo global y lo nacional», *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 3.

²¹ Mientras la crisis del euro y la de los refugiados alimentó la desconfianza de los ciudadanos en los expertos, esta crisis sin duda ha devuelto la confianza en ellos.

estamos ante el repliegue definitivo de lo global y supranacional. Ambos niveles deben seguir conviviendo. Aunque la pandemia pudiera avivar el populismo, lo cierto es que al menos ha destruido la fantasía neoliberal de la privatización del mundo²². Su sistema económico basado en la producción a escala mundial y en largas cadenas de abastecimiento se está transformando en otro menos interconectado. Está surgiendo otro más fragmentario que, para GRAY, puede ser más resiliente²³. Un nuevo nacionalismo no étnico o tribal, sino uno basado en preocuparse por los que están más cerca.

La tarea por acometer ahora es la de construir economías y sociedades más duraderas y humanamente habitables, no expuestas a la anarquía (tiranía) del mercado global, lo que obligará a repensar las cadenas de valor a escala mundial sobre la premisa de un mercado mundial sin suturas²⁴. Eso no significa, sin embargo, un localismo a pequeña escala (aunque se traerá de nuevo parte de la producción a casa)²⁵, pues la población es demasiado numerosa para que la autosuficiencia local sea viable y tampoco la mayor parte de la humanidad así lo quiere.

La crisis de la COVID-19 pone en riesgo décadas de progreso en la lucha contra la pobreza. Según un reciente estudio del *Instituto Mundial*

Cuando lo que está en juego es la salud, la gente está mucho más dispuesta a escuchar a los expertos y a los científicos. Y a invertir más dinero en investigación, por fin...

²² *El País*, «El futuro después del coronavirus», 3 mayo 2020, p. 15.

²³ GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», *op. cit.*, p. 2.

²⁴ *El País*, «El futuro después del coronavirus», *op. cit.*, p. 8.

²⁵ La pandemia ha sacado a la luz los riesgos de la hiperglobalización en el comercio. La gente va a tener mucho más miedo de la globalización, de mezclarse con otros y depender de otros. Es evidente sobre todo en lo que se refiere a las cadenas de suministro farmacéutico y de equipos médicos. La dependencia excesiva de países como China, ha puesto de manifiesto la incapacidad de muchos lugares para aumentar las pruebas diagnósticas, fabricar respiradores y equipos de protección individual (los tan renombrados EPIs). Esto hará que los países empiecen a preocuparse por lo que juzgan como una dependencia excesiva de la producción de otros bienes considerados también esenciales, como los alimentos y los productos químicos. Es más que probable que el mundo posterior a la pandemia sea más proteccionista, y que algunas cadenas de suministro se vayan de China como consecuencia de la sensación de que hay que ser autosuficientes. Un proteccionismo que puede traer graves perjuicios para la economía mundial y los países individuales. La salida más «suave» vendría de limitarse a hacer cambios en las cadenas de suministro. Una diversificación de los proveedores que también afectaría a las economías nacionales y a las cuentas de resultados de las empresas. En todo caso, la vuelta a casa de las empresas tampoco se traduciría en un mayor empleo, porque la mano de obra de los países en desarrollo se sustituiría en gran medida por la tecnología en los países industrializados. No olvidemos que las máquinas no enferman y la actual crisis puede llevar a una mayor automatización.

de Investigaciones de Economía del Desarrollo de la Universidad de las Naciones Unidas²⁶, las consecuencias económicas de la pandemia mundial podrían incrementar la pobreza en todo el mundo hasta llegar a afectar a 500 millones de personas más. Esto significa que habrá un 8% más de pobres, del total de la población mundial, siendo la primera vez que la pobreza aumente en todo el mundo en 30 años²⁷. Los países en desarrollo son los que más riesgo corren durante y después de la pandemia, y no sólo en términos de crisis sanitaria sino también social y económica. Según el PNUD se espera que las pérdidas de ingresos superen los 220.000 millones de dólares en estos países y se estima que el 55% de la población mundial no tenga acceso a protección social. Pérdidas que ineludiblemente afectarán también a la educación²⁸, los derechos humanos y, en los casos más graves, al acceso al agua²⁹, la seguridad alimentaria y la nutrición básicas³⁰. De su parte, el *Programa Mundial de Alimentos*³¹ nos alerta de que aproximadamente 135 millones de personas padecen hambre severa, debido principalmente a los conflictos bélicos, el cambio climático y las

²⁶ ONU, *Shared responsibility, global solidarity: Responding to the socio-economic impacts of COVID-19*, March 2020. Accesible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_report_socio-economic_impact_of_covid19.pdf

²⁷ Pobreza que mayoritariamente se escribe en femenino. En el mundo existen 122 mujeres, entre los 25 y 34 años, que viven en extrema pobreza por cada 100 hombres del mismo grupo de edades. ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible*. Accesible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

²⁸ En abril de 2020 cerca de 1600 millones de niños y jóvenes estaban fuera de la escuela y cerca de 369 millones de niños que dependen de los comedores escolares tuvieron que buscar otras fuentes de nutrición diaria. Nunca habían estado tantos niños fuera de la escuela al mismo tiempo, lo que altera su aprendizaje y cambia drásticamente sus vidas, especialmente las de los niños más vulnerables y marginados. *Vid.*, en ONU, *The impact of COVID-19 on children*, 15 April 2020. Accesible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/policy_brief_on_covid_impact_on_children_16_april_2020.pdf

²⁹ En todo el mundo, una de cada tres personas no tiene acceso a agua potable salubre, dos de cada cinco no disponen de una instalación básica destinada a lavarse las manos con agua y jabón y más de 673 millones de personas aún defecan al aire libre. 4 billones de personas carecen de acceso a servicios básicos de saneamiento, como letrinas o retretes y más del 80% de las aguas residuales resultantes de actividades humanas se vierten en ríos y mares sin tratamiento, lo que provoca su contaminación. Cada día cerca de 1000 niños mueren debido a enfermedades diarreicas asociadas a la falta de higiene. Un panorama desolador cuando sabemos que la disponibilidad y el acceso a los servicios de agua, saneamiento e higiene es fundamental para luchar contra el virus y preservar la salud y el bienestar de millones de personas. ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible*, *op. cit.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ ONU, *El Estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo. Transformación de los sistemas alimentarios para que promuevan dietas asequibles y saludables*, 2020. Accesible en: <http://www.fao.org/3/ca9699es/CA9699ES.pdf>

recesiones económicas. La pandemia de la COVID-19 podría duplicar esa cifra y sumar unos 130 millones de personas más. El *Fondo Monetario Internacional* (FMI) prevé una recesión mundial tan mala o peor que la de 2009; de hecho, la OIT estima que cerca de la mitad de los trabajadores a nivel mundial se encuentran en riesgo de perder sus medios de subsistencia. Las perturbaciones económicas y financieras derivadas de la COVID-19 (como la alteración en la producción industrial, la caída de los precios de los productos básicos, la volatilidad del mercado financiero y el aumento de la inseguridad) están desbaratando el tibio crecimiento económico logrado y empeorando los riesgos acentuados de otros factores³².

Desde luego, lo que menos necesita el planeta ahora es una nueva Guerra Fría entre USA y China³³. En un momento en que los escasos logros alcanzados en la implantación de la Agenda 2030 están en verdadero peligro, al liderazgo político actual le toca hacer gala de fuerza y usar las herramientas disponibles demostrando así que algún tipo de gobernanza global aún es posible. Quizás podría ser un órgano ejecutivo que dé las respuestas adecuadas en el G20 —el FMI o el Banco Mundial son dirigidos por personas muy expertas en sus áreas, pero las decisiones las toman sus «accionistas», esto es, los países que aportan los recursos—, porque lo que sí está claro es que no podemos «cambiar de nave a mitad de vuelo»³⁴. No estamos, ni tenemos tiempo, para inventarnos nuevas fórmulas. Al igual que la vacuna se ha desarrollado en grupos de investigación transnacionales, la OMS deberá seguir marcando las pautas en la (post)pandemia y los planes de estímulo deben necesariamente enmarcarse en las reglas de instituciones financieras internacionales y de la UE.

Una Unión Europea que también tiene aún mucho que decir, y hacer, en todo esto. Bruselas no debe seguir siendo presentada como la «bruja mala del cuento». Son algunos gobiernos nacionales en concreto quienes, con nombre y apellidos, impusieron en su momento las políticas de

³² Entre 2016 y 2030 se necesitarán 470 millones de puestos de trabajo en todo el mundo para aquellos que van a acceder por primera vez al mercado laboral. *Vid.*, en ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible*, *op. cit.*

³³ La crisis del coronavirus va a convertir regímenes tecnoautoritarios como el chino en más atractivos. Su eficacia en la respuesta frente al coronavirus y la capacidad del Estado de controlar los movimientos de sus ciudadanos ha sido espectacular, disminuyendo de forma importante el número de infectados. Aun así, KRASTEV no cree que a China le interese exportar su modelo. Sí quiere dominar el mundo, pero su modelo, basado en imponer relaciones asimétricas de poder y dependencia económica, tecnológica y de política exterior, no se va a copiar porque no es posible que los demás países lo imiten y porque con ello no le iría mejor a la gran potencia China. *Vid.*, en KRASTEV, I., «La crisis del coronavirus reforzará el nacionalismo», *op. cit.*,

³⁴ *El País*, «Viejos resortes, nuevos desafíos», 19 abril de 2020.

austeridad y no podemos caer en el mismo error de culpar al «todo» por «la parte». Por todo ello, son trascendentales las decisiones que las instituciones europeas y los gobiernos nacionales adopten en los próximos meses³⁵. Al respecto es un gran acierto la mirada europea a mediano y largo plazo con la apuesta verde por un cambio sustancial en nuestros usos energéticos y de movilidad para luchar contra la crisis climática que han generado³⁶. De su parte, la rápida y correcta gestión de los fondos europeos de recuperación *Next Generation* pueden ser parte de la tabla de salvación que tanto necesitan las instituciones europeas.

En definitiva, la sociedad global tiene recursos más que suficientes para coordinar nuestra supervivencia y organizar una forma de vida más modesta, en la que la escasez local de alimentos se compense con una cooperación a escala mundial³⁷. Porque el crecimiento no necesariamente implica bienestar, la pobreza no se combate con el crecimiento sino con el ingreso de los pobres y su educación³⁸. El desafío, por tanto, es descubrir fuentes de solidaridad en una época de profunda división. La crisis ha llegado en momentos de gran desigualdad y de rencor partidista. Cuatro décadas de globalización neoliberal han prodigado generosas gratificaciones a los que están en lo más alto, mientras que han dejado a la mayor parte de los trabajadores con salarios estancados y menos estima social³⁹. Trabajadores que ahora han resultado absolutamente esenciales. Reconocer su contribución y otorgarles una voz significativa en la economía y la sociedad podría ser el primer paso hacia la renovación moral y cívica. Porque nada será duradero sino incluye el reconocimiento de la gente corriente, si no lo hace el «nuevo mundo» no será más que una copia del antiguo... pero peor⁴⁰.

³⁵ Entre otras cuestiones, debe corregir la vulnerabilidad que supone el exceso de dependencias en producción y suministros con China, un país cuyo modelo de sociedad y de relación con los derechos humanos completamente contrario al nuestro. Esto es, se deben diseñar políticas que faciliten la relocalización europea de la producción de aspectos relevantes y estratégicos de nuestra cadena productiva, reduciendo dependencias con actores cuyo modelo es tan radicalmente opuesto al nuestro. Frente a las tendencias autoritarias que se ven venir, Europa no debe retroceder ni un milímetro en la defensa de la democracia liberal. *Vid.*, en MADINA, E., «Europa tras la pandemia», *op. cit.*,

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *El País*, «El futuro después del coronavirus», *op. cit.*, p. 3.

³⁸ De sumo interés al respecto, BENERJEE, A.B. - DUFLO, E., *Buena economía para tiempos difíciles. En busca de mejores soluciones a nuestros mayores problemas*, Taurus, Barcelona, 2020.

³⁹ *El País*, «El futuro después del coronavirus», *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 16.

A medida que los países se centran en reconstruir sus economías, devolviendo el protagonismo al Estado, los planes de recuperación pueden dar forma a la economía del Siglo XXI para que sea limpia, verde, sana, segura y más resiliente. Un cambio profundo y sistémico hacia una economía más sostenible que funcione tanto para las personas como para el planeta⁴¹. Aunque cueste creerlo posible, se debe luchar por poner un modelo más sostenible y responsable, y eso comienza por poner de relieve nuestra dependencia mutua. La COVID-19 ha enfatizado la relación entre las personas y la naturaleza, y ha revelado los principios fundamentales de la disyuntiva a la que nos enfrentamos continuamente: los seres humanos tienen necesidades ilimitadas, pero el planeta posee una capacidad limitada para satisfacerlas. Tenemos que intentar comprender y valorar los límites hasta los que podemos presionar a la naturaleza antes de que su impacto sea no sólo negativo (que no es poco), sino además irreversible⁴².

III. CAMBIO CLIMÁTICO, MIGRACIONES Y DIVERSIDAD: RETOS DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL

Esto es, que la pandemia nos sirva al menos para aprender que lo que pensábamos que era esencial al final no lo es y viceversa. Y entre lo esencial está proteger nuestro entorno, el que hace posible la vida: la tierra, el aire y el agua. Para que nos lo tomemos realmente en serio, el cambio climático no sólo debe contratar al publicista del coronavirus, sino que este podría entenderse como un ensayo general de otros escenarios de emergencia, como el del calentamiento global. Como un recordatorio de que el mundo es un espacio físico, algo que se olvida cuando lo vemos a través de una pantalla⁴³. En 2020 y 2021, y pese al «parón» mundial por el coronavirus, de nuevo se volvieron a alcanzar temperaturas record en el nivel del mar y en olas de calor con consecuencias trágicas para la biodiversidad, la salud, la comida y el hogar de millones de personas en el mundo. Esto significa que, aunque es ciertamente lógica la preocupación mundial por pandemia, no deben reducirse ni un ápice los esfuerzos en la lucha contra el cambio climático. Y ello porque es mucho más mortal que el coronavirus y afecta al bienestar, y por tanto desahucia a millones de personas que se ven obligadas a abandonar sus hogares buscando mejores condiciones medioambientales donde poder sobrevivir. La urgencia por incrementar

⁴¹ ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible*, op. cit.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ BENÍTEZ, J., «La nueva sociedad del pánico», en *El Mundo*, 15 marzo 2020, p. 71.

las inversiones que logren mitigar realmente los efectos cada vez más rápidos del cambio climático, pero también gestionar de forma ordenada, regular y segura la migración generada por el mismo (reubicación), es a todo punto evidente.

La actual crisis ambiental está alterando de forma importante los patrones migratorios: son los conocidos como migrantes climáticos. Un fenómeno complejo, heterogéneo y multifactorial que, como todo lo malo, se encarna con las poblaciones más vulnerables. Entre ellas están, por supuesto, las comunidades rurales e indígenas por su indiscutible unión umbilical con el entorno. Y como todo grupo vulnerable tiene dentro de él un colectivo siempre más frágil, la situación adquiere contornos imposibles cuando de mujeres y niñas se trata, con los correspondientes interrogantes en relación a la diversidad cultural.

La cultura se desarrolla y transmite normalmente en el ámbito doméstico, y es allí donde la mujer, separada de la esfera pública, se alza como «guardiana» de las costumbres y tradiciones de su cultura. Y en tal función, no sólo transmite y mantiene las prácticas, sino que acaba interiorizando su sentido, convirtiéndolo en un producto cultural cuya legitimidad difícilmente llega a cuestionar pese a que a ella como mujer le perjudique⁴⁴. Las mujeres, como transmisoras de prácticas que vulneran sus derechos, se convierten a la vez en víctimas y victimarias de un proceso disciplinar impuesto por los hombres, pero llevado a cabo por ellas. De una estructura de sometimiento que les impide debatir la legitimidad de un sistema que las instrumentaliza al servicio de la preservación de la cultura⁴⁵. Realidad que se complica hasta el infinito en sociedades de acogida con parámetros culturales completamente divergentes (al menos en apariencia).

En definitiva, las consecuencias indirectas de este entrelazado y complejo fenómeno son sin duda muy profundas en nuestra psicología, cultura, el lugar que nos atribuimos en la naturaleza y la historia, nuestra relación con la tecnología y el capitalismo. Por no hablar de la geopolítica. Así como el fin del pasado siglo estuvo dominado por la globalización y el anterior por la modernidad, este siglo estará dominado por el cambio climático y los innumerables desplazamientos que genera, muchos de ellos protagonizados por mujeres con la apertura del consiguiente debate intercultural. Realidad que no podemos obviar por más tiempo y que nos

⁴⁴ SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch delitos, n.º 139, Valencia, 2018, p. 133.

⁴⁵ CISNEROS ÁVILA, F., «Cultura, género y diversidad: un acercamiento desde el Derecho penal», en BLANCO-SAN SEGUNDO, (ed.), *Investigación joven con perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2016, pp. 116 y 117.

obliga, de acuerdo con WALLACE-WELLS, a pensar y diseñar «nuevas humanidades del cambio climático que nos orienten a través de los dilemas y las paradojas que traerá consigo»⁴⁶. Y aquí la Política criminal como ciencia social, y por tanto muy humana, también tiene mucho que decir y hacer y al respecto.

La urgencia y gravedad de los problemas que se nos vienen encima (mejor dicho, que ya nos están aplastando), obliga sin duda a echar mano de la artillería pesada frente a la siempre poderosa delincuencia económica transnacional⁴⁷; ahora bien, sin cejar en la supervisión y control de su más que probable uso desviado. La actual transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas, se ha traducido en una clara politización de los derechos penales⁴⁸. Una negación progresiva de todos los Derechos humanos a escala planetaria que deja impune las conductas criminales a nivel macroeconómico mientras refuerza el control y la represión sobre los nuevos extraños a la comunidad (global): los excluidos⁴⁹. En definitiva, más de lo mismo, solo que ahora está en juego toda la humanidad...

BIBLIOGRAFÍA

- BENERJEE, A.B. - DUFLO, E., *Buena economía para tiempos difíciles. En busca de mejores soluciones a nuestros mayores problemas*, Taurus, Barcelona, 2020.
- BENÍTEZ, J., «La nueva sociedad del pánico», en *El Mundo*, 15 marzo 2020.
- CHOMSKY, N., ¿Quién domina el mundo?, Buenos Aires, 2017.
- CISNEROS ÁVILA, F., «Cultura, género y diversidad: un acercamiento desde el Derecho penal», en BLANCO-SAN SEGUNDO, (ed.), *Investigación joven con*

⁴⁶ WALLACE-WELLS, D., «Cinco errores sobre el cambio climático», en *El País*, 10 noviembre 2019, p. 15.

⁴⁷ Para un interesante recorrido sobre las posibles calificaciones delictivas (coacción, extorsión, estafa, administración fraudulenta, cohecho, reducción a servidumbre y trabajo esclavo, encubrimiento por receptación, etc.) de las conductas propias del totalitarismo financiero como máxima expresión de crimen organizado (renegociación de deuda, fondos buitres o *hold out*, hipotecas *subprime*, capital *golondrina*, contratación de deuda con intereses leoninos, *Panamá papers*, etc.) véase: ZAFFARONI, E. R., - DÍAS DOS SANTOS, I., *La nueva crítica criminología*, op. cit., pp. 99 y ss.

⁴⁸ SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, «Efectos de la crisis del Welfare State en el ordenamiento jurídico penal», en *Revista General de Derecho*, 2005, Iustel, www.iustel.com

⁴⁹ SANZ MULAS, N., *Evolución de la política criminal y sus protagonistas. Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 183 y ss.

- perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género- Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2016.
- EL PAÍS, «El futuro después del coronavirus», 3 mayo 2020.
- , «Viejos resortes, nuevos desafíos», 19 abril de 2020.
- GARCÍA RUIZ, A., «Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica», en *RECPC* 20-11(2018).
- GRAY, J., «La crisis que vivimos es un punto de inflexión en la historia», en *El País*, 12 abril 2020
- KRASTEV, I., «La crisis del coronavirus reforzará el nacionalismo», en *El Mundo*, 15 de marzo 2020.
- MADINA, E., «Europa tras la pandemia», en *El País*, 23 mayo 2020. Accesible en: <https://elpais.com/opinion/2020-05-22/europa-tras-la-pandemia.html>
- MARCH, H., «Neoliberalismo y medio ambiente: una aproximación desde la geografía crítica», en *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 59/1, 2013, p.27.
- MORILLAS, P., «Coronavirus: entre lo global y lo nacional», en *El País*, 19 marzo 2020
- ONU, *El Estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo. Transformación de los sistemas alimentarios para que promuevan dietas saludables y saludables*, 2020. Accesible en: <http://www.fao.org/3/ca9699es/CA9699ES.pdf>
- ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible*. Accesible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- ONU, *Shared responsibility, global solidarity: Responding to the socio-economic impacts of COVID-19*, March 2020. Accesible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_report_socio-economic_impact_of_covid19.pdf
- ONU, *The impact of COVID-19 on children*, 15 April 2020. Accesible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/policy_brief_on_covid_impact_on_children_16_april_2020.pdf
- SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch delitos, nº 139, Valencia, 2018
- SANZ MULAS, N., *Evolución de la política criminal y sus protagonistas. Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, «Efectos de la crisis del Welfare State en el ordenamiento jurídico penal», en *Revista General de Derecho*, 2005, Iustel, www.iustel.com
- WALLACE-WELLS, D., «Cinco errores sobre el cambio climático», en *El País*, 10 noviembre 2019
- ZAFFARONI, E. R., - DÍAS DOS SANTOS, I., *La nueva crítica criminología. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CAPÍTULO II.
DERECHO PENAL PARTE GENERAL

Muerte consentida de menores de edad

Alfonso Cadavid Quintero
Universidad EAFIT, Medellín



IGNACIO BERDUGO ES EL AUTOR DE UNA MONOGRAFÍA sobre el delito de lesiones de la que se publicó una edición colombiana en 1989¹. A muchos de quienes en esa época y en este país nos iniciábamos en el estudio del derecho penal, ese texto nos reforzó la idea, todavía novedosa entre nosotros en ese momento, aunque ya la venían difundiendo algunos autores, de que había una forma de interpretar los tipos penales que trascendía la exégesis, integrando los principios constitucionales, la dogmática del hecho punible y la política criminal.

Más tarde, al ponerle rostro y tratarlo en persona, el autor de ese libro se mostró como un hombre generoso, comprometido con las distintas facetas de la vida universitaria; uno de los penalistas que a partir de firmes convicciones democráticas construyeron el Derecho penal de la Transición española, que tanta influencia ha tenido en América Latina, y un acompañante de los procesos democráticos en esta región, a los que ha hecho aportes relevantes desde ambos lados del mar.

Este texto, pretende testimoniar admiración, afecto y gratitud, ocupándose de una de las aristas del consentimiento del titular del bien jurídico, un tema que aparecía ya en aquella lectura temprana y en otros textos posteriores del homenajeado² orientado al delito de lesiones personales; que recientes decisiones en los ordenamientos jurídicos colombiano y español demuestran que sigue necesitado de análisis cuando a través de esta figura se han llegado a despenalizar también conductas que ponen fin a la vida.

¹ BERDUGO, *Estudios sobre el delito de lesiones*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1989; hay 2 ed. de 1994.

² BERDUGO, «El consentimiento en las lesiones veinte años después», en ARROYO/BERDUGO (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Salamanca, 2001.

Mediante una descripción breve de recientes decisiones en los ordenamientos de ambos países se pretende plantear cuestiones que ameritan aun alguna reflexión, como una forma de mantener abierto el diálogo sobre un tema que resulta tan relevante para la definición de los perfiles del ordenamiento jurídico.

I. LA PROGRESIVA EXTENSIÓN DEL DERECHO A DECIDIR SOBRE LA VIDA Y LA MUERTE Y SU RECONOCIMIENTO NORMATIVO

En los últimos años el derecho a la muerte digna ha alcanzado un reconocimiento considerable. Las reservas que hasta no hace mucho se planteaban al respecto, han ido superándose en sectores cada vez más amplios de la doctrina y en las legislaciones de varios países; y con ello, las implicaciones penales para terceros que participan en el acto que materializa ese derecho, también vienen siendo objeto de reconsideración.

La comprensión de que el derecho fundamental a la vida exige entenderla como vida digna y que esta última caracterización incluye el derecho a morir de aquellos a quienes sus condiciones vitales se les tornan en fuente de padecimientos está hoy muy extendida en la literatura³; sin embargo, la implementación de soluciones jurídicas que hagan viable esa potestad de decidir sobre la propia vida y que alcancen a terceros, sigue necesitando de desarrollo en la mayoría de países, pues muy pocos han regulado la forma de hacer efectivo el derecho a la muerte digna⁴.

³ CALSAMIGLIA, A., «Sobre la eutanasia», en VÁSQUEZ, R. (comp.), *Bioética y derecho*, México, ITAM/FCE, 1999, pp. 151 y ss. Refiriéndose al suicidio CAMPS, V., *Una vida de calidad*, Barcelona, Ares y Mares, 2001, señala «¿qué razones puede haber para rechazar moralmente el suicidio, incluida la ayuda al suicidio? No se me ocurre ninguna, salvo la convicción ya infundada y apoyada solo en un principialismo a ultranza de que la vida siempre vale más que la muerte: el principio de que la vida es un valor absoluto. Debemos poner en cuestión tal principio –ha escrito repetidas veces Dworkin–: la vida no siempre vale más que la muerte. Y si es así, optar por la muerte cuando no se le ve valor a la vida es, en definitiva, optar por una vida de calidad», p. 78; más adelante sin embargo, expresa sus dudas sobre el derecho a pedir la aplicación de la eutanasia.

⁴ En <https://elpais.com/sociedad/2021-03-18/espana-aprueba-la-ley-de-eutanasia-y-se-convierte-en-el-quinto-pais-del-mundo-en-regularla.html>, se dice que antes de España, se habría regulado en Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo y Canadá; referencias a la situación en otros países en el momento de entrar en vigencia la normativa española, en https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-03-18/eutanasia-muerte-digna-espana-europa-paises-mundo_1570616/

Sobre la regulación de Países Bajos de 2001, PJP TAK, «La nueva ley sobre eutanasia en Holanda y sus precedentes», *Revista penal* 12, julio 2003.

Con la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3 de 2021, el legislativo español ha dado un paso adelante en la búsqueda de soluciones jurídicas a la cuestión, adoptado así una decisión frente a la cual otros Estados han sido bastante tímidos y los Tribunales nacionales o supranacionales han manifestado reservas en casos de reconocida significación⁵.

Para los efectos del análisis posterior, cabe anotar que la mencionada Ley (art. 5, literal d) legaliza la eutanasia de quien se encuentre «Sufri(endo) una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante..., certificada por el médico responsable». La disposición final primera de la Ley modifica el art. 143 del CP español, que tipifica la inducción o ayuda al suicidio y el homicidio a petición, añadiendo un calificativo adicional a los padecimientos (el de insoportable), dando lugar a la atenuación de la responsabilidad para el homicidio consentido o a la exención de responsabilidad en caso de que se cumplan las condiciones reguladas por la Ley.

En lo relativo a las personas legitimadas para solicitar la ayuda para morir, el artículo 5,1,a) reconoce esa condición a quien tenga «mayoría de edad» al momento de recibirla y sea «capaz y consciente en el momento de la solicitud». Toda vez que los momentos de la solicitud y de la aplicación del procedimiento son diferentes, es razonable entender que para lo primero basta la capacidad de comprender las implicaciones del acto, con independencia de que se haya alcanzado la mayoría de edad, en consonancia con lo que ya era tradicionalmente reconocido en el derecho español; lo que además coincide con la forma como se ha venido aplicando el consentimiento a los actos médicos de menores de edad y personas en estado de incapacidad (art. 5, Ley 41 de 2002, reguladora de la Autonomía del paciente) en el ordenamiento jurídico español.

En el caso de personas en incapacidad de consentir se podrá estar a las declaraciones previas de voluntad, o a la información que brinde aquél a quien el paciente haya delegado la posibilidad de transmitir su voluntad (art. 5,2); o finalmente, a lo que informe el médico tratante, que haya conocido la voluntad del paciente y lo exprese en las condiciones de Ley (art. 6,4).

Con esa regulación, España es uno de los primeros países que en el mundo regula el procedimiento de muerte voluntaria de personas enfermas, y aunque en Colombia el tema no ha sido objeto de regulación mediante de Ley, la Corte Constitucional ha validado la muerte consentida por vía jurisprudencial, así como ha hecho con otras muchas figuras jurídicas, que el Legislativo no ha desarrollado por falta de consensos o

⁵ Un recuento, de algunas decisiones problemáticas en VÁSQUEZ, R., *Del aborto a la clonación*, México, FCE, 2004, pp. 67 a 70.

de mayorías, o frente a las cuáles simplemente ha optado por la inmovilidad y el mutismo.

En efecto, con frecuencia, al analizar algún problema particular, normalmente en sede de acción de tutela, que es el equivalente colombiano al recurso de amparo en otros Estados, la Corte constitucional ha exhortado al Legislativo para que se ocupe de regular el asunto que ha motivado el respectivo pronunciamiento, y ante el silencio de este, el mismo Tribunal ha definido los contornos básicos de muchas instituciones. Ese ha sido el caso del que explícitamente ha calificado de derecho fundamental a la muerte digna.

La situación normativa en Colombia, expuesta brevemente, ha sido la siguiente. El Código penal de 1980, consagraba, como también la legislación previa (art. 365 del Cp de 1936), un tipo atenuado de homicidio causado por finalidad pietística, entendida como el propósito de ponerle fin a intensos sufrimientos de la víctima provenientes de enfermedad grave e incurable.

Esta norma fue demandada con la pretensión de que se declarara su inconstitucionalidad por un ciudadano que consideró que ella daba lugar a una infraprotección de la vida, a la que entendía merecedora de protección sin atenuantes en cualquier situación. La acción de inconstitucionalidad fue resuelta en la sentencia C-239 de 1997, M.P. C. Gaviria, en la que no solo se declaró la constitucionalidad de la norma, sino que además se dispuso que no incurriría en responsabilidad penal el médico que causara la muerte solicitada voluntariamente por quien estuviera aquejado por intensos sufrimientos provenientes de una enfermedad grave e incurable.

La sentencia exhortó al Legislador a regular el tema de la muerte digna, lo que nunca sucedió, ni siquiera con la expedición en el año 2000 de un nuevo Código penal, que pretendía armonizar la legislación penal con la Constitución de 1991.

Durante el vacío legislativo a pesar de su exhortación, al decidir acciones de tutela de ciudadanos a quienes los actores del sistema de salud no les permitían hacer efectivo su derecho a la muerte digna la Corte Constitucional insistía en reconocerlo (así por ejemplo, en la sentencia T-970 de 2014) mientras reiteraba sus llamados al Legislador para que emprendiera la tarea que a la fecha no ha realizado.

Ante la renuencia del Legislador para abordar el asunto, y por mandato de la Corte Constitucional, el Ministerio de protección social emitió una serie de Resoluciones (la 1216 de 2015, la 825 de 2018 y la 971 de 2021, entre otras) en las que reguló la materia; al tiempo que la Corte seguía adoptando decisiones sobre el tema, incluida la C-233 de julio de 2021, M.^aP. D. Fajardo, no publicada aun al momento de redactar este

escrito⁶, que delimitan el marco jurídico del derecho a la muerte digna en Colombia.

Esta última sentencia se ocupó de nuevo de la constitucionalidad del delito de homicidio por piedad, como ya se dijo, tipificado en el Código penal de 2000 sin atender a las directrices de la referida sentencia de constitucionalidad de 1997 en relación con el mismo tipo penal, para considerar despenalizados los eventos en los que la muerte la cause un médico, con el consentimiento libre e informado del paciente, emitido antes o después del diagnóstico de la condición que le genere el sufrimiento físico o psíquico, que no tienen que provenir de una enfermedad terminal, lo que constituye lo novedoso de la decisión.

De manera breve, la normativa proferida por el Ejecutivo colombiano según lineamientos de la Corte Constitucional se puede resumir de la siguiente manera: en 2015 se reconoció a enfermos terminales mayores de 18 años de edad, que hubieren manifestado su voluntad de morir durante sus padecimientos o de manera anticipada, el derecho a que se les aplique la eutanasia; en un término no superior a 10 días la solicitud deberá evaluarla para constatar el cumplimiento de los requisitos, un Comité interdisciplinario del que no hará parte el médico tratante, pero sí uno de la especialidad correspondiente a la enfermedad que haya puesto al paciente en esa situación, además de un psicólogo o psiquiatra y un abogado. Tras la aprobación por el Comité, el procedimiento deberá llevarse a cabo antes de 15 días, quedando indemne siempre el derecho del paciente de retractarse de dicha petición.

En lo que al objeto de este escrito respecta, en la Resolución 825 de 2018, proferida a raíz de las órdenes de la Corte Constitucional en sentencia T-544 de 2017, se reconoce la posibilidad de que menores de edad en estado terminal soliciten la eutanasia⁷, en las siguientes condiciones: todas las decisiones han de atender al interés superior del menor, que ha debido recibir cuidados paliativos; y en ese marco, en las solicitudes de menores entre los 6 y los 14 años de edad (lo que no deja de ser extraño pues toda la fundamentación de la resolución aludía a menores entre 6 y 12 años de

⁶ La Corte Constitucional de Colombia suele acordar decisiones cuya parte resolutive da a conocer en comunicados oficiales, aunque la respetiva sentencia no haya sido redactada.

⁷ «Artículo 8... Todo adolescente que tenga una enfermedad o condición en fase terminal y que presente sufrimiento constante e insoportable que no pueda ser aliviado, podrá solicitar a su médico tratante la aplicación del procedimiento eutanásico como parte de su derecho a morir con dignidad». Esta exigencia de la condición terminal es lo que podría modificar la citada sentencia C- 233 de 2021.

edad), ha de contarse con la concurrencia de quien ejerza la patria potestad, participación que no será necesaria respecto a adolescentes entre los 14 y los 17 años de edad, de cuya decisión se informará a quien ostente la patria potestad (art. 10).

Frente a la posibilidad de que menores desde los 6 años participen en la toma de decisiones sobre su vida y su derecho a morir dignamente, la resolución que se viene citando entiende que la capacidad de comprensión de lo que es la vida y el significado de la muerte varía según los rangos de edad. De los menores, entre 6 y 12 años de edad, se dice que aunque pueden tener comprensión acerca de la irreversibilidad de la muerte y de su carácter final, les es difícil comprender la muerte propia o la de un ser querido. La situación de menores que hayan alcanzado los 12 años de edad se caracteriza de manera diferente, así:

«2.3.4 A partir de los 12 años. Desde los doce años de edad se presenta el concepto de muerte vinculado a la capacidad de abstracción desde el cual se logra el entendimiento de que todo el mundo, incluso uno mismo, va a morir, tarde o temprano. A pesar de ello, la propia muerte se percibe muy lejana; hay un período crítico de aceptación y existe temor a lo que puede pasar antes de la muerte. El concepto de muerte se consolida como irreversible, universal e inexorable».

La normativa no especifica si la concurrencia de quienes ostentan la patria potestad significa que la decisión sea suya, al menos en los casos en que se considere que el infante tiene la madurez de juicio para tomar decisiones al respecto, es decir, los que se acercan a los 14 años y tienen la capacidad de entender la decisión y participar en ella, se pronuncien al respecto.

El art. 11 de la Resolución 825 prevé que quienes ejerzan la patria potestad reiteren el consentimiento de menores de edad que hayan perdido la capacidad de expresarlo.

Las solicitudes ha de aprobarlas de manera expedita un Comité integrado, como en el caso de los mayores de edad, por un pediatra, un psiquiatra y un abogado (art. 18), que debe decidir en un término máximo de 10 días.

Tres cuestiones se puntualizarán antes de proceder al análisis de algunas cuestiones problemáticas:

En primer lugar, que la normativa colombiana excluye de la posibilidad de acceder al procedimiento eutanásico a menores de seis años o que no tengan la capacidad de consentir (el art. 3 de la resolución 825, alude a recién nacidos y neonatos, a menores de 6 años de edad, o con alteraciones de conciencia, con discapacidades intelectuales o con alteraciones psiquiátricas que afecten a la competencia para «entender, razonar y emitir un

juicio reflexivo»⁸. Los menores entre los 6 y los 12 años de edad podrán solicitar el procedimiento si se acredita que tienen la capacidad de comprensión del acto propia de quienes se encuentran en el rango etario superior, el que va desde los 12 años hasta la mayoría de edad, lo que supone un «desarrollo cognitivo y psicológico excepcional que les permita tomar una decisión libre, voluntaria, informada, e inequívoca en el ámbito médico; y que su concepto de muerte alcance el nivel esperado en un mayor de 12 años (art. 8 y parágrafo del art. 3)⁹.

En segundo lugar, cabe dejar en claro que el procedimiento eutanásico es previsto como una alternativa subsidiaria, ante la insuficiencia o ineficacia de los cuidados paliativos, y condicionado siempre a que el Comité Científico-interdisciplinario que se debe integrar para validar el cumplimiento de los requisitos, acredite que ellos se dieron.

Y en tercer lugar, a la fecha se espera la redacción de la sentencia C-233 de julio de 2021, que amplía los supuestos de eutanasia legítima y que no exige más el padecimiento de una enfermedad terminal, requisito que se sustituye por afrontar una enfermedad grave o incurable que provoque un intenso sufrimiento. La publicación del fallo permitirá saber en qué medida se extienden los supuestos en que los menores pueden solicitar la aplicación de la eutanasia.

Esbozada con estos rasgos muy gruesos la estructura de la regulación de la muerte digna en España y Colombia a continuación se plantearán algunas cuestiones pendientes de solución a pesar de la normativa existente.

2. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

Existen aún cuestiones que a pesar de los avances de las soluciones normativas, requieren de reflexión. Algunas de ellas son las siguientes.

⁸ Sobre la posibilidad de los menores de consentir al acto médico en general, en el derecho colombiano, TAMAYO, J., *El consentimiento informado del paciente*, Bogotá, Legis, 2021, Cap. I, Sección III.

⁹ «Se debe reconocer que de forma excepcional algunos niños o niñas en los últimos dos rangos pueden alcanzar conceptos móviles dependiendo de la experiencia y madurez de cada situación particular, en especial, para los niños y niñas cercanos a los 12 años», numeral 2.3. parte final, diferenciando los grupos de edad que van de 6 a 12 y de 12 a 18 años de edad.

2.1. *El papel del consentimiento como causal excluyente de la responsabilidad penal*

La situación legal derivada de la regulación de la eutanasia introduce matices determinantes en la discusión sobre el valor eximente de responsabilidad del consentimiento y de la posibilidad de que el titular autorice la participación de terceros en actos orientados a su afectación. En este punto los avances de la discusión han sido muchos y muy rápidos. Hoy en Colombia y en España se acepta la disposición legítima de la vida, y se reconoce la capacidad de hacerlo a personas muy jóvenes¹⁰.

Ya la Convención de los Derechos del Niño de 1989 había establecido en su artículo 12, el derecho de niños, niñas y adolescentes de expresarse libremente sobre los temas que los afecten; en parte por ello, la discusión reciente sobre su capacidad de consentir en esta materia, reconoce una base fundamental y es que la decisión sobre dejar de vivir no supone mayoría de edad, sino capacidad de entender las implicaciones del acto al que se consiente y el goce de una autonomía que cada vez depende menos de la plena madurez o capacidad mental como sucede también con las personas en situación de discapacidad.

Ahora bien, la cuestión a determinar es el alcance que se debe dar a la autonomía de personas cuya capacidad de discernimiento no les permite decidir autónomamente sobre la disposición de sus bienes jurídicos. De alguna manera la amplitud que viene ganando el reconocimiento de la autonomía de los menores, no desconoce la necesidad de un apoyo para la adopción de determinadas decisiones, sobre todo las que tengan que ver con cuestiones tan relevantes como la vida y la muerte. Aunque el menor de doce o catorce años de edad entienda el concepto de muerte, resulta discutible sostener que pueda consentir en condiciones adecuadas la realización de un acto, cuyas implicaciones por razones de madurez pudiera

¹⁰ Como nota al margen es difícil abstenerse de comentar que llama la atención que se reconozca al menor, a edades muy tempranas, la posibilidad de decidir si sigue viviendo, que se le permita la realización de cirugías que adecúen su genitalidad a la personalidad; pero que se impongan límites absolutos a la posibilidad de consentir prácticas sexuales antes de los 14 años en Colombia, o incluso la posibilidad de solicitar la realización de cirugías estéticas orientadas, por ejemplo al implante de prótesis mamarias. Este tipo de procedimientos fue prohibido en Colombia mediante la Ley 1799 de 2016, declarada constitucional mediante sentencia C-246 de 2017, M.^a P. G. Ortiz.

Aunque desde la perspectiva del interés superior del menor se pretenda evitarle dolores intensos, o se pretenda protegerlo de la explotación sexual, el coartamiento de la posibilidad de expresar la voluntad en los últimos casos mencionados no deja de evocar en varios de ellos una cierta sensación, difícil de desterrar, de moralismo más que de protección efectiva del menor frente a ciertas opciones vitales.

no entender, máxime en el contexto del dolor físico o emocional, de los padecimientos propios y de los que observe en las personas de su entorno cercano ante la realidad de su sufrimiento y tras afrontar en muchos casos numerosas estancias hospitalarias que podrían incidir en la formación de su criterio.

Es razonable entonces considerar que la aplicación de la eutanasia a menores de edad debe estar mediada por la aplicación de un cierto principio de precaución, que lleve a decantarse por la opción por preservar la vida, dada la irreversibilidad de la muerte. En parte por eso, la legislación colombiana excluye del acceso al procedimiento eutanásico a los recién nacidos, infantes y menores que no hayan alcanzado los doce o catorce años de edad, como regla general; no obstante, llama la atención que los casos de menores que han motivado las decisiones de amparo del derecho a la muerte digna de menores en Colombia hayan sido casos de infantes abocados a la muerte por causa de la enfermedad que lleva a formular la solicitud. En esos casos, aunque al momento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional las muertes que el sistema de salud se ha negado a practicar ya se han producido por el curso natural de la enfermedad, ello no ha inhibido al Alto Tribunal para pronunciarse sobre el asunto, reconociendo a los padres la capacidad de emitir el respectivo consentimiento.

De esa manera, la consideración del derecho fundamental a la vida como vida digna y el reconocimiento de que esta no tiene carácter absoluto, implica en el caso de infantes o impúberes, que no se les imponga de facto el tener que experimentar los sufrimientos físicos que acarrea la enfermedad cuando no haya expectativa médica de recuperación y el proceso de muerte se advierta ya en curso. Frente a los sufrimientos psíquicos habrá que determinar si experiencias tempranas ponen al paciente en una condición de la que pueda mejorar y que alcancen tal dimensión que hagan de la muerte la opción más acorde con la dignidad de la persona.

Respecto a menores en el rango etario de 6 a 12 años, además de la valoración por el Comité Interdisciplinario del cumplimiento de los requisitos sobre la madurez, establecer que quienes ejercen la patria potestad sean convocados al proceso es razonable, pero lo es también la vigilancia del Comité que evite decisiones no basadas en el interés fundamental, que es el del menor, evaluando por ejemplo, el efecto del denominado síndrome de agotamiento del cuidador en la adopción de la decisión.

En este contexto, en consonancia con el interés superior del menor que reconoce la Convención de Derechos del Niño, en materia médica es razonable exigir que se escuche al menor y se respete su voluntad en temas como los que involucran la continuidad de la vida, en medio de los padecimientos de distinto orden que pudieran estar afectándolo.

2.2. *La responsabilidad de los padres y del Comité Interdisciplinario para el derecho a morir con Dignidad*

Otro de los problemas a resolver es el de si pudiera ser típica la actuación de quien obstaculiza o no permite la muerte de la persona que viene padeciendo de intensos dolores en una situación de salud irremediable e irreversible. La pregunta se torna relevante además, en la medida que existen varias vías para tipificar el infligirle a otro tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que se considera que el padecimiento de los dolores causados por la enfermedad resulta contrario a la dignidad con que debe poderse vivir. Y de otro lado, habrá que resolver el problema de quien pide la aplicación para su hijo del procedimiento eutanásico cuando no se cumplen las condiciones para ello.

El conflicto humano que se manifiesta en casos como estos, difícilmente encontrará una respuesta adecuada en la intervención penal; no obstante, la consideración de alguna situación específica que pueda llegar a interesar al Derecho penal, obliga a precisar en perspectiva *ex ante* si con la actuación se creó un riesgo jurídicamente desaprobado, atendida la condición del paciente, su sintomatología, su decisión de seguir viviendo y obligará también a valorar la exigibilidad de una actuación distinta a quien entiende viable permitir la muerte de su ser querido.

Desde el lado contrario habrá que preguntar si quienes ostentan la patria potestad del paciente y los integrantes del Comité que debe constatar el cumplimiento de los requisitos para acceder al procedimiento, pueden responder penalmente por aplicar el protocolo de muerte digna a personas que no cumplieran los requisitos para ello. En tal caso si ellos saben de la improcedencia de la medida y la solicitan unos y la avalan otros, se les puede considerar responsables por el incumplimiento de sus deberes de garante, condición que emergerá del deber que les impone el ordenamiento jurídico de contener el riesgo de muerte, que en el caso de los integrantes de los comités tiene que ver directamente con el deber de velar porque se cumplan las condiciones para activar el protocolo respectivo; si permiten la puesta en marcha del mismo, sin el cumplimiento de los requisitos, les cabrá responsabilidad en comisión por omisión.

En lo que respecta a la prolongación de la vida en medio de dolores por parte de padres o titulares de la patria potestad que no quieren la muerte de su hijo, existirán los mismos problemas de legitimidad de la intervención penal. Con todo, cabe señalar que imponerle a una persona el padecimiento de dolores inhumanos o degradantes puede constituir en abstracto una hipótesis de tortura en ordenamientos que no estructuren este delito a partir del fin de que se confiese un hecho o de infligir un

castigo por el hecho que se supone que ha cometido, como ha sucedido en Colombia (art. 178 inc. 2 Cp) con la apertura del tipo a finalidades distintas a las mencionadas, o en España con la figura básica del art. 173 Cp.

2.3. La necesidad de precisar el alcance de los tipos penales

El art. 143 del Cp español al unificar el tratamiento de la muerte consentida y de la inducción o ayuda al suicidio soluciona problemas como el que suscita la regulación del hecho mediante dos tipos penales independientes, que en alguna medida posibilita soluciones contradictorias.

En efecto, hay un problema de congruencia cuando se despenaliza el acto de poner fin a la vida de quien lo solicita en medio de dolores intensos provenientes de las condiciones que permitirían activar el protocolo de la muerte digna; pero se sanciona en la misma situación a quien le presta a otro ayuda a que cause su propia muerte.

Una interpretación teleológica debe conducir a inaplicar el tipo de ayuda al suicidio en el caso referido, aunque la normativa en materia de eutanasia legitime la actuación del personal médico que causa la muerte y no la de quien ayuda a morir.

De otro lado, si las consideraciones acerca de la permisión de la muerte digna tienen su fundamento en el respeto a la autonomía del paciente, parece necesario sostener que no puede atenuarse la responsabilidad de quien, animado por el deseo de que el enfermo no sufra, le causa la muerte a quien quiere y decide seguir viviendo. En ese sentido la regulación del art. 143 del Cp español es satisfactoria, y en ese sentido debe entenderse el art. 106 del Cp colombiano. Carecería de explicación razonable atenuar la gravedad de la causación de la muerte a quien asume la enfermedad y el dolor como parte de su proyecto de vida. Esa decisión enteramente legítima, debe ser respetada por terceros.

El consentimiento potencial en los injustos imprudentes: Una causa de atipicidad penal

Romy A. Chang Kcomt*



AÚN RECUERDO CUANDO ERA ALUMNA del Máster de Derecho Penal de la USAL y mi Maestro, Ignacio, me propuso dirigir mi tesis. La emoción fue inmensurable: uno de los penalistas más grandes de este siglo me proponía dirigir mi investigación y, lo más importante, me planteaba desarrollar una figura apasionante y con tantas consecuencias prácticas: el consentimiento en el Derecho Penal.

En ese momento no llegué a dimensionar todos los importantes problemas jurídicos que se podían resolver con esta figura, pero luego de un largo recorrido, de una tesis doctoral dirigida por el Maestro y de la publicación de un libro en torno al tema, entendí que el consentimiento planteaba contribuciones infinitas al Derecho Penal.

Ignacio no sólo es un Maestro que, indudablemente, enriquece académicamente la formación de sus discípulos, sino que, además, contribuye con su desarrollo personal. Para mí no sólo es un Maestro que contribuyó y contribuye con mi formación académica y mi ejercicio profesional, sino que siempre ha estado y está allí para brindarme su apoyo y extraordinarios consejos en todos los proyectos personales y profesionales que he emprendido; incluyendo la última aventura, que fue asumir la Dirección de la Maestría en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Siempre recordaré que la pregunta «¿y tú cómo estás?» era infaltable en cada una de las asesorías de mi tesis de doctorado. Preocuparse no sólo por la formación, sino también por el bienestar, es algo que se le da a Ignacio

* Magister y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), Profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socia fundadora del Estudio Padilla & Chang Abogados.

de manera natural, que es propio de la personalidad de los grandes maestros, que se encuentra reservado para los seres humanos que trascienden y dejan huella en la vida de otros; y esto es lo que Ignacio Berdugo Gómez de la Torre representa para mí y para todas y todos sus discípulos. ¡Gracias Maestro! Estoy segura de que nos seguirás sorprendiendo y llamando a la reflexión con tus extraordinarias contribuciones al Derecho Penal.

I. EL CONSENTIMIENTO EN EL INJUSTO PENAL

Para la configuración del tipo penal es necesario distinguir entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Así, los delitos de lesión requieren para su consumación tanto del desvalor de acción, cuanto del desvalor de resultado, presentándose 3 escenarios: a) Que se configure sólo el desvalor de acción, pero no el de resultado; supuesto en el que nos encontraremos frente a la existencia de una tentativa, pero no de un delito de lesión consumado; b) Que se configure solo el desvalor del resultado, pero no el desvalor de acción; supuesto en el que no existirá ilícito penal alguno, no correspondiendo una sanción; y, c) Que falte el desvalor de la acción de un delito doloso, supuesto en el que aún será posible que se afirme la existencia del desvalor de acción de un injusto imprudente, consistente en la creación de un riesgo no permitido (vulneración del deber objetivo de cuidado)¹.

Esta doble exigencia para la realización del tipo penal (desvalor de acción y desvalor de resultado) se exige en todos los delitos, sin excepción alguna, por tratarse de conceptos perfectamente entrelazados e inimaginables si están separados². Incluso en los delitos de peligro se encuentra presente esta dicotomía que conforma la antijuricidad penal, con la salvedad de que, en este tipo de delitos (sean ya de peligro concreto o de peligro abstracto³), el resultado radica en la propia acción del autor, la misma que se presenta como realización del tipo⁴.

¹ ROXIN, C., Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 319.

² MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General, 8va edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 304.

³ Sobre la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, ver: MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 10ma edición, Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 238-239.

⁴ ROXIN. Derecho Penal, Parte General... Op. cit., p. 329. «(...) incluso en los llamados delitos de mera actividad (...), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción», ver p. 320.

Por esta razón, en los delitos dolosos, en la medida en que tanto disvalor de acción cuanto disvalor de resultado son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento que se realice respecto del tipo debe abarcar ambos aspectos; es decir, debe darse tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado. Así, en los injustos dolosos no es posible consentir sobre la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico individual, sin consentir con ello también en el resultado (querido y conocido) que dicha acción va a causar; siendo que el consentimiento sólo sobre la acción y no respecto del resultado de un delito doloso supondría la inexistencia de dicho consentimiento y, por tanto, la lesión del bien jurídico individual protegido; siendo que, incluso de haberse configurado únicamente el disvalor de acción y no el disvalor de resultado, la conducta igual sería sancionada a título de tentativa. Así, por ejemplo, quien consiente que otro le realice un tatuaje en el cuerpo, consiente en la acción y en el resultado que implica tener un tatuaje, siendo inviable plantear un consentimiento que no abarcase el resultado lesivo para la integridad física.

II. EL CONSENTIMIENTO EN EL INJUSTO IMPRUDENTE

Tratamiento distinto ocurre en el caso de los delitos imprudentes, en los que no existe unanimidad en la doctrina respecto de si el desvalor de resultado debe o no ser considerado como núcleo esencial del injusto. Esta discusión puede tener cierta relevancia a nivel del consentimiento, en tanto una primera lectura del problema podría llevarnos a concluir equivocadamente que, quienes consideran al resultado como parte esencial del injusto, exigen que dicho consentimiento sea realizado tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado; lo que casi nunca ocurriría en la medida en que quien consiente en la acción en un delito imprudente, lo hace con la expectativa de que no ocurra el resultado (esta postura generaría que en la mayor parte de los casos el consentimiento sea inaplicable para los injustos imprudentes)^{5,6}. No considero que esta sea la postura co-

⁵ Sobre las distinciones entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, ver: MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General...Op. cit., pp. 176-178.

⁶ En la doctrina, con un especial énfasis en el rol que el resultado debe ocupar en el delito imprudente, se han esbozado diversas posturas en torno al mismo. Algunos consideran que el núcleo de la antijuricidad se agota con el desvalor de acción, no siendo necesaria para la configuración del injusto la verificación del desvalor del resultado, el que siempre dependería del azar. Otro sector considera que la configuración del tipo imprudente requiere tanto el desvalor de acción, cuanto el desvalor de resultado, no

recta en torno al injusto imprudente, en tanto, el mismo siempre deberá ser entendido como desvalor de acción y desvalor de resultado.

El injusto imprudente supone la infracción del deber de cuidado objetivo⁷, es decir, el núcleo de la antijuricidad consistirá «(...) no en la lesión de un determinado bien jurídico, sino en la realización de una acción que infringe el deber objetivo de cuidado que existe en relación al mismo (...)»⁸; de manera que la tipificación de un delito imprudente tendrá como pretensión principal la de impedir la producción de acciones peligrosas que infrinjan un deber objetivo de cuidado⁹, que pueda materializarse en la producción de un desvalor de resultado concreto (peligro o lesión de un bien jurídico).

Lo expuesto hace que el objeto del consentimiento en el delito imprudente sea, en principio, en la acción de riesgo y no en el resultado acaecido¹⁰, es decir, que el consentimiento no sea un consentimiento en la lesión del bien jurídico personal, sino en el riesgo de su lesión. En esta misma línea, Berdugo señala que es de imposible alegación que el titular del bien jurídico consienta en el riesgo, pero indique no querer el resultado; dado que con ello «(...) se estaría, primero, aceptando que se protege al bien jurídico del riesgo por encima de la voluntad de su titular que ha decidido ponerle en peligro, y segundo, se razonaría en el tipo de injusto con

pudiendo desligar uno de otro por existir entre estos un vínculo de antijuricidad que los hace inseparables. Otros, sin negar la necesidad del desvalor del resultado para la configuración del tipo imprudente, lo dejan en un segundo plano, reinterpretando el vínculo de antijuricidad que lo une con el desvalor de acción para proponer criterios distintos, siendo que, incluso en este grupo, encontramos a quienes consideran que la determinación del tipo imprudente puede ser realizada a través de criterios de imputación objetiva, renunciando al criterio del deber objetivo de cuidado. Un mayor desarrollo respecto de estas posturas, en: CHANG KCOMT, R., *El Consentimiento en el Derecho Penal. Análisis Dogmático*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 216 ss.

⁷ Respecto a lo que debe entenderse por deber objetivo de cuidado, ver: JESCHECK / WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, 5ta edición, Comares, Granada, 2002, pp. 622 y ss.

⁸ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 77.

⁹ «(...) Los delitos imprudentes pretenden evitar la realización de acciones, que por su falta objetiva de cuidado, supongan un peligro de lesión para bienes jurídicos, (...)». *Ibid.*, p. 79.

¹⁰ Al respecto, Portilla considera que el consentimiento en la acción de riesgo incluso puede ser valorado como «(...) un indicio para considerar la existencia de consentimiento en el resultado». PORTILLA CONTRERAS, G., *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 45, Edersa, Madrid, 1991, p. 715.

un nuevo elemento, que en los delitos imprudentes, al menos en nuestro planteamiento, es un elemento extraño»¹¹.

Esto no significa que el resultado sea irrelevante en el caso de los delitos imprudentes, en tanto la configuración de los mismos siempre exigirá de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado. Ambos elementos se encuentran plenamente vinculados, así, el resultado que se exige para la configuración del tipo imprudente no es cualquier resultado, sino uno que se produce a partir del desvalor de acción realizado, es decir, a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado; de manera que el resultado únicamente podría ser imputado como imprudente, en tanto se haya concretizado a partir de la vulneración del deber de cuidado (léase, de la realización del desvalor de acción)¹²; no siendo necesario considerar al injusto imprudente como sólo desvalor de acción para darle relevancia al consentimiento como causa de atipicidad^{13, 14}.

Así, por ejemplo, la muerte de un peatón en un accidente de tránsito, causada por el exceso de velocidad en el que incurrió quien manejaba un vehículo (incremento indebido en el riesgo permitido que vulneró el deber de cuidado), sería imputada al conductor por haber infringido una norma de cuidado. Esta situación cambiaría si el accidente no se hubiera producido por el exceso de velocidad, sino por un fallo en el semáforo que llevó a cruzar al peatón en un momento en el que aún los autos no se habían

¹¹ BERDUGO, El delito de lesiones... op. cit., p. 81.

¹² Nótese que para un sector de la doctrina, la determinación de la configuración del injusto imprudente se realiza en términos de imputación objetiva, la que contendría el análisis de la vulneración del deber objetivo de cuidado; sin embargo, la opción por una u otra postura en nada afectará las exigencias en torno a la validez del consentimiento en el injusto imprudente, el que, en uno y otro caso, resulta válido si se emite respecto del riesgo de que ocurra el resultado, es decir, sobre el desvalor de acción. A favor de la aplicación de criterios de imputación objetiva: ROXIN, Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., pp. 342 ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General... op. cit., pp. 306 ss.

¹³ En esta línea, Romeo Casabona señala que el hecho de considerar al desvalor de resultado como parte o no del injusto imprudente, en nada desmerece el valor del consentimiento: «Carece, pues, consecuentemente, de base la afirmación de SHAFFSTEIN, de que únicamente cuando se concibe lo injusto de los delitos culposos basado en el desvalor de acción como elemento constitutivo, deberá referirse el consentimiento al peligro y no al resultado en las lesiones culposas». ROMEO CASABONA, El consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código Penal de 1980. En: Cuadernos de Política Criminal N.º 17, Edersa, Madrid, 1982, p. 290.

¹⁴ Un análisis de la naturaleza jurídica del consentimiento, las diversas posturas en torno al tema y la opción por el consentimiento como causa de atipicidad puede ser revisada en: CHANG KCOMT, R., Naturaleza Jurídica del consentimiento de bienes jurídicos penales: un análisis a la luz de la Constitución. En: Themis, Revista de Derecho N.º 67, 2015, pp. 205-216.

detenido; en este último supuesto, no podría ser imputado al conductor resultado alguno.

1. *Consentimiento sobre el riesgo: Previsibilidad (conocimiento) del posible resultado*

Respecto a la validez del consentimiento en el riesgo en los delitos imprudentes se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina¹⁵. Al respecto, cabe afirmar que la vinculación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado como elementos integrantes del injusto imprudente, se evidencia en la necesaria previsibilidad del resultado que la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción) debe generar¹⁶, lo que considero que, en los delitos imprudentes, legitima la posibilidad de plantear el consentimiento en términos de riesgo y no de lesión.

Así, el consentimiento que brinda el titular del bien jurídico individual es realizado respecto de la acción peligrosa y tomando en cuenta que ésta puede generar cierto resultado, el mismo que debe ser de previsible atribución a la acción efectuada (la relación de causa-efecto entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado debe ser previsible para quien otorga el consentimiento).

En tal sentido, para que el consentimiento del titular del bien jurídico penal individual sea válido, esta previsibilidad sobre el riesgo de lesión, debe haber sido visualizada antes de la aceptación de la realización de la acción peligrosa (antes de la vulneración del deber objetivo de cuidado); caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento¹⁷.

Así, por ejemplo, quien acude a una barbería y consiente en que le afeiten la barba, a pesar de haber sido informado por el barbero de no contar con la crema de afeitar que ayuda a deslizar la cuchilla y reducir la

¹⁵ Un análisis exhaustivo en torno a las diversas posturas dogmáticas que dan por válido el consentimiento en el riesgo en los delitos imprudentes, y posturas que se oponen, en: CHANG KCOMT, R., *El Consentimiento en el Derecho Penal...* op. cit., p. 224 ss.

¹⁶ «Acción y resultado deben, pues, estar conectadas entre sí no sólo objetiva sino subjetivamente, de modo que el autor que actúa conforme al deber de cuidado pueda reconocer qué resultado tendrá lugar y de qué forma se realizará éste». JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., p. 632.

¹⁷ Sobre este punto, existe coincidencia en la doctrina respecto a que el titular del bien jurídico debe poseer un conocimiento claro del riesgo que se va a derivar de la acción imprudente sobre la que consiente. Así, ver: ROMEO CASABONA, *El consentimiento en las lesiones...* op. cit., p. 289.

posibilidad de cortes, así como de haber sido informado de que ello puede incrementar la posibilidad de efectuarle daños en el rostro y en el cuello; al aceptar el cliente que igual le corten la barba, consiente en el incremento del riesgo y, por tanto, consiente en las lesiones que el barbero pueda generarle en el rostro producto de la vulneración del deber objetivo de cuidado, que le obligaba a realizar dicho trabajo con la crema.

El titular del bien jurídico prevé que el barbero pueda efectuarle algún corte en el rostro o en el cuello, consintiendo en la posibilidad de que dicho resultado ocurra (el titular del bien jurídico prevé el resultado y consiente en el riesgo de que ocurra); razón por la que, en el caso en que el barbero le hubiera realizado algún corte, no podría decirse que se ha configurado el delito de lesiones imprudentes, por haber sido dicha lesión previsible, y haber brindado el titular del bien jurídico su consentimiento, luego de haber previsto la posibilidad del resultado.

Así, al consentir en el incremento del riesgo de ser lesionado, el cliente consintió también en el posible resultado de lesiones que se podía generar en caso de que el barbero fallara (cortes en rostro y/o cuello); este consentimiento se legitima en la medida en que la posibilidad de que el barbero le efectuara algún corte era previsible, lo que hace que se cumpla el requisito de suficiencia de información que se requiere para la validez de su consentimiento.

Distinta sería la conclusión si el barbero no hubiera cumplido con informar a su cliente que no contaba con la crema de afeitar que ayudaba a deslizar la cuchilla y reducir la posibilidad de cortes; dado que, en este caso, la decisión del afectado no se habría tomado sobre la base de toda la información necesaria, lo que invalidaría el consentimiento como causa de atipicidad.

Por el contrario, si en el ejemplo propuesto, en lugar de efectuarle un corte superficial en el rostro, el barbero le hubiera cortado la vena yugular del cuello, generándole con ello la muerte; no podría decirse que el consentimiento inicialmente dado por el titular del bien jurídico abarcaba su posible muerte, en tanto no era previsible que dicho resultado ocurriese. En este caso, al haber sido previsible la lesión (corte) en el rostro y/o cuello, únicamente podría decirse que el consentimiento fue respecto de los mismos, más no respecto del bien jurídico vida. Así, en la medida en que el resultado muerte no era previsible a partir de la vulneración del deber de cuidado por parte del barbero, el titular del bien jurídico no habría brindado respecto del mismo un consentimiento válido, al no haber contado con la información suficiente que pudiera legitimarlo; configurándose el delito de homicidio imprudente¹⁸.

¹⁸ En similar línea, Romeo Casabona señala: «*En cuanto al autor, éste no puede realizar acciones con riesgo superior al consentido, ni tampoco actuará el consentimiento*

2. *Casos de riesgo permitido: Distinción entre consentimiento y riesgo permitido*

Nótese que en el ejemplo propuesto se ha incurrido en un incremento del riesgo permitido y no en un simple riesgo permitido. Respecto a la validez del consentimiento como supuesto de exclusión de responsabilidad penal, en los casos de riesgo permitido y de adecuación social, no existe uniformidad en la doctrina, dado que muchos consideran que en estos casos la configuración del injusto imprudente dejaría de realizarse por dichas razones (criterios de imputación objetiva), y no por el consentimiento del titular del bien jurídico. En esta línea, Romeo señala: «(...) el consentimiento en una conducta arriesgada, pero dentro del cuidado debido, es irrelevante para el caso en que se concrete dicha conducta en un resultado lesivo (...)»¹⁹. En contra de considerar irrelevante al consentimiento para los casos de riesgo permitido y de adecuación social se encuentra Berdugo, para quien una profundización de estas figuras deja en evidencia «(...) que el verdadero fundamento de su irrelevancia penal radica en el consentimiento y no en que el comportamiento arriesgado haya seguido en su desarrollo una determinada forma»²⁰.

Creo acertada esta segunda postura planteada por mi Maestro, dado que, en la eventualidad en que el resultado llegase a ocurrir, el análisis del consentimiento respecto del riesgo permitido tendría que ser realizado previo al análisis de imputación objetiva. Este último solo cobraría sentido, en tanto, previamente, el titular del bien jurídico haya dispuesto sobre el mismo; siendo que, de no existir un consentimiento por parte del titular del bien jurídico para realizar dicha acción de riesgo permitido, dicho riesgo se convertiría en un riesgo no permitido; afectándose con ello la libertad de disposición del titular del bien²¹.

En estos casos, incluso en los supuestos en los que la acción riesgosa permitida no hubiera generado daños al titular del bien jurídico, sí cabría

de la víctima cuando la lesión producida no sea consecuencia del riesgo que representa la conducta imprudente y en el que se consintió». Ibid., p. 290.

¹⁹ Ibid., p. 291.

²⁰ BERDUGO, El delito de lesiones... op. cit., p. 81.

²¹ En igual línea, Corcoy Bidasolo señala que el consentimiento se encuentra detrás de todos los supuestos de «riesgo permitido»: «3.2.- En general, pues, una actividad peligrosa, aun cuando en el control del riesgo se utilicen todas las medidas de cuidado posible, sólo será permitida si se cuenta con el consentimiento de los intervinientes en ella. El consentimiento es pues un elemento esencial para que en determinados casos pueda hablarse de riesgo permitido, lo que no quiere decir que sea siempre suficiente». CORCOY BIDASOLO, M., El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989, p. 319.

imputar la configuración de algún tipo penal contra la libertad individual (léase, por ejemplo, coacción), por haberse realizado sin la aprobación del mismo. Así, si la persona no hubiese consentido respecto de la realización de cierta conducta, por más que se tratase de un riesgo permitido o de una conducta adecuada socialmente, igual se habría generado una vulneración al bien jurídico libertad individual.

En esta línea, en los delitos imprudentes considero perfectamente posible incorporar la exigencia del consentimiento en los casos de incremento de riesgo permitido, en tanto el primero es presupuesto de la permisión que el riesgo exige; y, por tanto, presupuesto para el análisis de imputación objetiva respecto del resultado imprudente producido.

Así, solo tiene sentido plantear la existencia de un incremento del riesgo permitido que se materializó en la producción de un desvalor de resultado, si –previo a ello– existió un consentimiento respecto de este último; caso contrario, siempre habrá lesión. Por ello, el análisis del consentimiento es previo y distinto al de la imputación objetiva planteado por Roxin²²: mientras en el primer caso analizaremos si es posible establecer la existencia de un riesgo permitido –o incremento– consentido por el titular del bien jurídico que se pone en riesgo de lesión (análisis en torno al consentimiento); en el segundo caso analizaremos si el mismo excedió los alcances del consentimiento y si ello se concretizó en la producción de un resultado desvalorado (análisis de imputación objetiva).

De esta manera, en el ejemplo del barbero propuesto, en el caso en que la persona hubiese consentido que le afeiten conforme con el deber de cuidado (utilizando la crema de afeitar apropiada para ello), habría consentido en la realización de un riesgo permitido, que significan los cortes superficiales que podían generarse en el rostro y cuello cuando le hicieran la barba; por lo que, de haber ocurrido los mismos, no se habría vulnerado bien jurídico alguno, por haber existido un consentimiento en el riesgo de su producción (la realización de una acción de riesgo permitido que presupone el consentimiento sobre el mismo); es decir, por haberse materializado las lesiones en el marco del riesgo permitido y sin ningún incremento de éste.

Distinta sería la situación si la persona no hubiese consentido sobre el incremento del riesgo y no hubiera dado su autorización para que se le hiciera la barba sin la crema de afeitar que ayudaba a deslizar la cuchilla; o si la persona, ni siquiera hubiera consentido respecto del riesgo permitido en sí y no hubiera dado su autorización para que le hicieran la barba (por ejemplo, hubiera acudido a la barbería para un corte de pelo, se hubiera

²² ROXIN, Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., pp. 386-402.

quedado dormido y el barbero hubiera aprovechado también para hacerle la barba, utilizando la crema de afeitar indicada para el trabajo). En estos casos, de haberle producido cortes en el rostro, sea ya por el incremento del riesgo permitido no consentido o por el riesgo permitido no consentido (análisis en torno al consentimiento); el barbero tendría que responder por las lesiones causadas al cliente, es decir, por la producción de un resultado desvalorado que se produjo a partir del incremento del riesgo permitido no consentido o del riesgo permitido no consentido (análisis de imputación objetiva); evidenciándose que el análisis en torno al consentimiento y el análisis en torno a la imputación objetiva se dan en dos momentos distintos.

Es más, incluso si el barbero se hubiese lucido en el trabajo y no hubiese efectuado corte alguno en el rostro al cliente que no dio su consentimiento para que le hagan la barba, considero que, como mínimo, se hubiera configurado un delito contra la libertad (coacción), no pudiendo en este caso el riesgo permitido sobre la integridad física del cliente excluir todo tipo de responsabilidad penal, por ser, en realidad, un supuesto de riesgo no permitido respecto del bien jurídico libertad del cliente (titular del bien jurídico).

Atendiendo a estas precisiones, considero que la solución a los problemas generados en torno a la imputación objetiva en los injustos imprudentes, a través del riesgo permitido (postura propuesta por Roxin), no excluye el análisis previo que debe hacerse en torno al consentimiento; sino que, por el contrario, contiene en sí misma el reconocimiento al consentimiento, en tanto éste, de por sí, presupone un análisis previo al concepto de riesgo permitido y a las reglas de imputación objetiva, no pudiendo el riesgo permitido tener la calidad de tal, si no es autorizado por el titular del bien jurídico; caso contrario, se configurará, en todo caso, un delito de coacción.

Ahora bien, cabe precisar la diferencia en el tratamiento del consentimiento en los casos de incremento de riesgo permitido y en los casos de riesgo permitido. Mientras en los casos de incremento de riesgo permitido, el consentimiento cubre el riesgo de otras eventuales lesiones derivadas de dicho incremento; en el caso de los supuestos de riesgo permitido o de adecuación social, «(...) *para que la conducta sea penalmente irrelevante, el autor tiene que haber actuado con el cuidado que espera el que ha consentido en la acción arriesgada*»²³, es decir, conforme con el deber de cuidado (análisis en torno a la imputación objetiva), lo que además

²³ BERDUGO, El delito de lesiones... op. cit., p. 83.

presupone un consentimiento en la realización de la acción de riesgo permitido (análisis en torno al consentimiento).

En resumen, puede decirse que el riesgo, para ser permitido, debe presuponer un análisis previo en torno al consentimiento; de manera que sólo será riesgo permitido el riesgo consentido. Ello no implica que el consentimiento sea tan sólo un mero componente del riesgo, ya que, incluso en los casos en los que no exista un resultado desvalorado (imputable objetivamente), su análisis será igualmente relevante para determinar la comisión de algún otro delito contra la libertad, como por ejemplo, el delito de coacción.

III. CONSENTIMIENTO POTENCIAL: UNA CAUSA DE ATIPICIDAD PENAL

Ahora bien, la problemática que se genera en torno a los delitos imprudentes se produce porque, a diferencia de los delitos dolosos, el resultado es azaroso (es decir, producto del azar), actuando siempre el sujeto con la expectativa o confianza en que el mismo no se producirá. Así, el titular del bien jurídico se representa el posible resultado que el riesgo de la acción puede generar, y lo acepta, con la esperanza (confianza) de que no se dará; por lo que, si dicho resultado ocurriera, resulta evidente que el consentimiento que dio el titular sobre el riesgo debe aplicarse también a éste.

Esto me lleva a plantear la existencia de un consentimiento que considero adecuado denominar «consentimiento potencial», es decir, de un consentimiento en el riesgo potencial que supone la realización del desvalor de acción, el mismo que es previsto por quien brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada, pero otorgado con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo. Este consentimiento abarcaría todos los casos de injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico se auto coloca en peligro (la denominada autopuesta en peligro dolosa), vulnera el deber de cuidado (ejemplo, incrementando el riesgo permitido, realizando un riesgo prohibido, entre otros), así como todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su propio bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero (la denominada heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste).

El consentimiento potencial no sólo servirá para dar respuesta a los casos en los que de por medio se encuentre la realización de una acción imprudente (se acepte voluntariamente la vulneración del deber de cuidado); sino también para los casos en los que el sujeto consienta respecto de las consecuencias (riesgos) que se puedan producir de la realización de

una acción dolosa, en la que el resultado lesivo no es querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico (por ejemplo, los casos en los que el titular del bien jurídico salud consiente en someterse a una operación quirúrgica que le causará lesiones y que incluso conoce puede llevarlo a la muerte; los casos en los que un boxeador acepta ser lesionado por los golpes que le propine su rival, incluso a pesar de saber que con ello también se genera el riesgo de su muerte).

Éste será el criterio a ser utilizado para resolver los conflictos que surgen con ocasión de los injustos imprudentes (sobre todo los vinculados con el tráfico motor que suelen ser muy comunes en todas las sociedades) y el criterio más idóneo para resolver la problemática respecto del tercero en los delitos imprudentes.

En todos estos casos, sin importar que no recaiga respecto de la lesión del bien jurídico, sino respecto de la posibilidad del riesgo de lesión; el consentimiento potencial operará como una causa de exclusión del tipo (causa de atipicidad), por no suponer la lesión de bien jurídico alguno. Así, en la medida en que el consentimiento tiene como fundamento la autonomía de la voluntad, que es presupuesto para la disposición de los bienes jurídicos y, por tanto, para alcanzar la autorrealización personal, siempre supondrá la exclusión del tipo penal por la no lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; razonamiento que también es de aplicación al consentimiento potencial respecto del riesgo que pueda suponer la vulneración del deber de cuidado, es decir, la realización del desvalor de acción en el injusto imprudente.

En tal sentido, en caso de existir un error respecto de la concurrencia o no del consentimiento, a éste se le dará el tratamiento de un error de tipo; de manera que, en caso de que el mismo sea invencible, no existirá sanción penal; mientras que, en caso de que sea vencible, se eliminará el dolo y se sancionará por la modalidad imprudente (a no ser que la misma –por cuestiones de política criminal– únicamente se pudiera sancionar como falta, o no se encuentre tipificada por el legislador como ilícito penal)²⁴.

IV. CONCLUSIONES

En los delitos imprudentes, el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentran plenamente vinculados, debido a que el segundo debe producirse a partir del primero, es decir, a partir de la vulneración

²⁴ Sobre los errores en torno al consentimiento, ver: CHANG KCOMT, R., *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Op. Cit. p. 287 ss.

del deber objetivo de cuidado; no siendo necesario considerar al injusto imprudente como sólo desvalor de acción para darle relevancia al consentimiento como causa de atipicidad. En este tipo de delitos, el consentimiento no será en la lesión del bien jurídico personal (resultado acaecido), sino en el riesgo de su lesión (acción de riesgo).

El consentimiento en el riesgo en los delitos imprudentes se legitima en la necesaria previsibilidad (conocimiento) del resultado que la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción) debe generar (razón por la que sólo puede darse en la imprudencia consciente, pero no en la inconsciente). Así, el consentimiento que brinda el titular del bien jurídico individual es realizado respecto de la acción peligrosa y tomando en cuenta que ésta puede generar cierto resultado, el mismo que debe ser de previsible atribución a la acción efectuada (la relación de causa-efecto entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado debe ser previsible para quien otorga el consentimiento). Caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento.

El consentimiento en el riesgo también goza de importancia en los casos de riesgo permitido, en tanto el riesgo, para ser permitido, debe presuponer un análisis previo en torno al consentimiento; de manera que sólo será riesgo permitido el previamente consentido. Ello no implica que el consentimiento sea tan sólo un mero componente del riesgo, ya que, incluso en los casos en los que no exista un resultado desvalorado (imputable objetivamente), su análisis igual será relevante para determinar la comisión de algún otro delito contra la libertad, como, por ejemplo, el delito de coacción.

Por lo expuesto, en los delitos imprudentes, en los que el resultado es azaroso y el titular del bien jurídico actúa con la expectativa o confianza en que el resultado no se va a producir, he preferido denominar al consentimiento en el riesgo, como «consentimiento potencial». Con ese término, hago alusión a los casos en los que el sujeto brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada (desvalor de acción), con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo.

Este consentimiento abarcaría todos los casos de injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico se auto coloca en peligro (autopuesta en peligro dolosa de la víctima), vulnera el deber de cuidado (incrementa el riesgo permitido o realiza un riesgo prohibido), y todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su propio bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero (heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste).

En esta línea, el consentimiento potencial no sólo servirá para dar respuesta a los casos en los que de por medio se encuentre la realización de una acción imprudente; sino también para los casos en los que el sujeto consiente respecto de los riesgos de la realización de una acción dolosa en la que el resultado no sea querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico.

Breves alcances críticos a la tesis de la expansión de Silva Sánchez

Edison Carrasco-Jiménez*



I. INTRODUCCIÓN

LA TESIS GERMANA SOBRE UNA LEGISLACIÓN PENAL específica surge a propósito de los fenómenos descritos por la *Risikosoziologie*, principalmente, en Ulrich BECK y su *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), y aún más tarde en *Soziologie des Risikos* de LUHMANN (1999)¹, es el denominado *Risikotrafrecht* («derecho penal del riesgo») (ALBRECHT, 1995; PRITTWITZ, 1993; SEELMANN, 1992; WOLTER, 1981). Si bien la idea de una *Risikogesellschaft* («sociedad del riesgo») no estuvo exenta de críticas², y aún concebida como *demodé* en 1999 (BORA, 1999, p. 10), lo cierto es que en el derecho se considera una verdadera *Perspektivenwechsel* (BORA, 1999, p. 11), siendo utilizada de modo paradigmático en los análisis del derecho penal ambiental (KÖCK, 1999; SEELMANN, 1992), cuestión que luego se extendería a los delitos de drogas y al terrorismo (BRUNHÖBER, 2018).

Es esta la discusión que *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (1999) de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, importa o internaliza a España, y que luego es replicada

* Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España. Máster en Criminología, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Perteneciente al «Instituto Internacional de Humanidades, Crítica de la Cultura y Ciencias Sociales». <https://orcid.org/0000-0002-8217-1553>, ecarrasco@udla.cl.

¹ Entre otras referencias, véase (LESITSCHNIG, 2011; PRITTWITZ, 1993).

² Véase, por ejemplo, las críticas de Japp al trabajo de Grundmann, y las contestaciones de éste (GRUNDMANN, 1999a, 1999b; JAPP, 1999).

en Iberoamérica (SILVA SÁNCHEZ, 2001). A grandes rasgos, esta primera edición se cimenta sobre dos cuestiones: a) que el derecho penal actual ha aumentado y debido a los fenómenos que el modelo relaciona con la llamada sociedad postindustrial; b) que la naturaleza de dicho aumento tiene características distintas al derecho penal nuclear. Mientras éste posee principios, garantías y reglas de imputación estrictas y rígidas, aquél las posee más bien laxas o flexibles.

La segunda edición de su obra (2001) introduce el *Feindstrafrecht* de Jakobs, atribuyendo a éste, iguales causas que para el derecho penal del riesgo ambiental de empresas (SILVA SÁNCHEZ, 1999).

La virtud y mérito de la tesis de Silva Sánchez, a nuestro juicio, radica en tres aspectos.

El primero de ellos, es la de reunir bajo un solo prisma, ambas discusiones del derecho penal, en torno a una sencilla descripción: la tendencia de la legislación penal a su, entonces, actual crecimiento. A esto denomina «expansión». Para ello, intenta explicar dicha «expansión» de ambos grupos de legislaciones (derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo), bajo un mismo conjunto de causas sociales.

El segundo, es el de situar al derecho penal del riesgo dentro de un panorama de tensión con las posiciones minimalistas en derecho penal, tanto alemanas (la Escuela de Frankfurt, principalmente) como italianas (*Diritto penale minimo*).

Un tercer aspecto, es el aplicar la tesis de la contaminación del *Bürgersstrafrecht* con el *Feindstrafrecht* de Jakobs, pero ahora respecto del derecho penal del riesgo ambiental de empresas, para proponer para este derecho penal del riesgo (como una «segunda velocidad») consecuencias jurídico-penales más morigeradas, como por ejemplo, la aplicación de pena de multa en vez de la de prisión, entendiéndola plenamente procedente tanto para el derecho penal tradicional, como para el derecho penal del enemigo («tercera velocidad»).

II. CRÍTICAS A LA TESIS EXPANSIVA

La propuesta de Silva Sánchez no ha quedado exenta de diversas críticas (véase, Carrasco Jiménez, 2016a), y en otros casos, se le contrastaron con otros modelos de explicación semejantes, propuestos por la doctrina penal española (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007; GRACIA MARTÍN, 2003). De cualquier modo, parte de las críticas más que a las reflexiones propias de Silva Sánchez se dirigen al fundamento teórico de sus observaciones

(CARRASCO JIMÉNEZ, 2016b), al igual como se le pueden formular a las posturas germanas (PRITTWITZ, 1993).

En algún momento expresamos ciertas críticas (CARRASCO JIMÉNEZ, 2016b, 2017), de las cuales, podemos extraer algunas para exponerlas. Unas están referidas al fundamento teórico de la tesis expansiva, como lo es la así llamada «teoría del riesgo» de Ulrich Beck, y otras, a la tesis expansiva en sí misma.

1) *Críticas a la teoría del riesgo*

a) Metonimia entre la disfuncionalidad en la producción del capital y el riesgo

Uno de los efectos de la disfuncionalidad en la producción del capital, como lo son los riesgos industriales y medioambientales, se sitúan como principales en la teoría social del riesgo, pero donde causas como lo es la disfuncionalidad en la producción del capital, son relegadas a un segundo plano, provocando un desplazamiento en la problemática social del problema real.

Ello hace que, la tesis expansiva, al «traducir» la teoría del riesgo en clave penal, importe este problema centrando su discurso en los riesgos con consecuencias penales, pero desplazando el problema de la disfuncionalidad del capital que traería aparejado, a la vez, disfuncionalidades como la misma criminalidad socioeconómica.

b) Inversión de la fórmula de Marx de conciencia/actuación por actuación/conciencia

Una segunda crítica es el problema que surge a consecuencia del planteamiento de Beck de actuar primero, luego, tomar conciencia (BECK, 1986).

Postula Beck la inversión de la fórmula de Marx de conciencia/actuación por actuación/conciencia, o que en clave cartesiana se podría decir que invierte la máxima «tomo conciencia, ergo actúo», por «actúo, ergo, tomo conciencia». Esta idea ha sido replicada en las reflexiones sobre este derecho del riesgo³. Sin embargo, tal inversión de la fórmula produce problemas de racionalidad en el ámbito político de las decisiones

³ «Später (verantworten müssen)» die zeitlichen Pole von Risikokommunikation» (Bora, 1999, p. 10).

político-criminales y penales. Si los actos administrativos de gobierno y los actos legislativos de carácter político criminal se fundan en actuar antes y tomar conciencia luego, se cae en la amplia posibilidad de un actuar irracional del Estado. Y si el Estado toma medidas de aumentar la penalidad bajo esta premisa, no sería más que una política penal de reacción, cercana a la reacción informal y privada de los particulares. Con lo que lo «objetivo» exigido por Liszt (LISZT, 1995), se subjetiviza, convirtiéndose la política del Estado misma en reacción informal.

2) *Críticas a la tesis de la expansión*

a) Quiebre teórico y/o metodológico

Notamos la existencia de un cierto quiebre teórico y/o metodológico general (no jurídico-penal) con la introducción de la tercera velocidad en la segunda edición de «La Expansión...». Ello porque la solución político-criminal dada por Silva Sánchez en la 1.º edición respecto de los delitos socioeconómicos, al menos era lógicamente coherente al señalar una proporcionalidad directa: si el derecho penal nuclear es de principios, garantías y reglas de imputación estricta, y como tal, le corresponde igualmente una pena de igual severidad como lo es la privación de libertad (prisión), entonces a los delitos socioeconómicos que son de principios, garantías y reglas de imputación laxas, correspondería igual pena más laxa que al derecho penal nuclear, tal como lo representaría para el autor, las penas de multa. La 2.º edición representa un quiebre en dicha coherencia, puesto que, al introducir la tercera velocidad, que a buenas cuentas es la regulación del derecho penal del enemigo, el cual consiste en principios, garantías y reglas de imputación laxas, pero correspondiéndole una pena severa como lo es la prisión. La lógica de la proporcionalidad se rompe, porque rompe su misma base de argumentación fundada en la proporcionalidad directa, y sin justificarse metodológicamente, hace uso en este caso de la proporcionalidad inversa.

b) Reducción del espectro de análisis para la explicación de fenómenos sociales

Al adoptar para el derecho penal una construcción teórica como la sociología del riesgo, se reducen las explicaciones a las que aquella proporciona para la explicación de causas sobre los fenómenos sociales. Ello

supone cerrar el diafragma para otras causas que podrían explicar de modo diferente los aumentos a la legislación penal. Y es así, desde que la tesis expansiva circunscribe al aumento de legislación penal a un momento determinado, pero ello hace perder de vista lo que hay de general en los aumentos de la legislación penal, si se analizan períodos más largos, lo cual implica que dichos aumentos no tengan explicación en fenómenos sociales situados en lo inmediato o en la contingencia, si no que serían explicables por causas ancladas en tiempos más largos.

Un ejemplo de esto es que, al considerar como tiempo para la producción de fenómenos relacionados al aumento de derecho penal los inicios de la sociedad del riesgo, solo compromete los 20 últimos años contados hacia atrás desde el año de la 1.º edición de «La expansión...», es decir, aproximadamente desde el desastre de Chernobyl en 1986. Sin embargo, el mismo Jakobs para su «derecho penal del enemigo» –el cual es a buenas cuentas la «intensificación» en «La Expansión...»–, considera que las normas que le dan arranque, muchas provienen en el StGB desde 1872, lo cual hace considerar bastante mayor extensión de tiempo que solo 20 años en la producción de los fenómenos de intensificación del derecho penal.

Lo anterior supone también que no se toma en cuenta el papel de las administraciones gubernamentales en EUA en materia internacional, tanto con su propio derecho como su influencia en el orbe, y que repercute tanto en su propio derecho penal como el de otros Estados influenciados por sus políticas. Aún antes de la 1.º edición de «La Expansión...», ya Sáez Valcárcel en España, denominaba la postura de EUA en la política-criminal sobre todo en materia de drogas, como «expansión» (SÁEZ VALCÁRCEL, 1989).

- c) El terrorismo encubierto de los «stay-behind» y su influencia en el aumento de la legislación penal

Frente a un terrorismo que podríamos llamar «común», existe otro tipo de terrorismo que si bien, una de sus características es la organización terrorista, su origen no se encuentra totalmente en grupos reconocidamente anti sistémicos. Dicho terrorismo ha producido un aumento de la criminalidad, y también, aumento de las legislaciones penales. La expresión histórica de esto, y que es básicamente el modelo de observación que consideramos, es el terrorismo de los «stay-behind», hecho histórico conocidamente probado y estudiado académicamente (Véase, CALLEJA, 2017; GANSER, 2009, 2010, 2014).

Este fenómeno básicamente consiste en la creación y apoyo de los grupos «stay-behind» en Europa, por los servicios secretos de inteligencia norteamericanos e ingleses (CIA, MI5), la OTAN, y algunos Estados y funcionarios de Estado, los que habrían operado durante toda la «guerra fría» y cuya razón para su formación habría sido el combatir una supuesta invasión soviética, siendo usados como rompedores de movimientos de protesta social y como un ejército en operaciones de desestabilización política (PICHLER, 2009).

Los métodos utilizados era el de propagación del miedo (GANSER, 2010) con el objetivo de «desestabilizar el orden público para estabilizar el orden político y para justificar una intervención represora que sería recibida con alivio por la población» (PICHLER, 2009), entre ellas, el endurecimiento de la legislación penal (GANSER, 2010).

Así y en Italia, y con la acción de los «stay-behind» de «Gladio», dio pie a todo un período de agitación terrorista conocida como «Anni di piombo», el cual trajo una serie de leyes penales, procesal penales y/o de control ciudadano, tales como la Legge Reale n. 152 del 22 de marzo de 1975 (Legge n. 152/1975), que otorga una serie de atribuciones a la policía y prescribe delitos contra el orden público.

Si bien hubo encarcelados como el caso de Vincenzo Vinciguerra, otros como Delle Chiaie, libró extrañamente de condena (ARIAS, 1989; CALLEJA, 2017), no obstante ser este partícipe en diversos hechos internacionales. Colaboró en España en el asesinato de un Juez y su posible participación en la muerte de unos abogados laboristas en la calle Atocha (GARCÍA, 1987). Contactado por el servicio secreto de Pinochet, la DINA (CAMARASA & PRIETO, 2014; CAVALLO, 2008; COOK, 2014, p. 287; DINGES, 2005; MARTORELL, 1999; PEÑA, 2010), cooperó con dicho organismo con actos de sabotaje y de contrainteligencia, y en la muerte y tortura de personas (EL MOSTRADOR, 2003). Realizó además otros asesinatos en compañía de otros soldados de «Gladio», como Mauricio Girogi y Augusto Cauchi, los cuales se encontraban en Chile, junto a otros 5 neofacistas, grupo entero el cual también habría participado en el atentado contra Bernardo Leighton (EL MOSTRADOR, 2003; IGLESIAS, 2013; PEÑA, 2010; RIVAS, 2007). Luego pasó a asesorar a Pinochet en cuestiones de comunicación estratégica y contra-información, dotándole aquél de casa y oficina. Posteriormente se trasladaría a Argentina (EL MOSTRADOR, 2003).

Fuera de Italia, se descubrió que en al menos 15 países europeos los «stay-behind» funcionaban, entre ellos Alemania, España, Suiza, Francia, Bélgica, en concomitancia o no con los servicios secretos de cada país, pero siempre en connivencia con la CIA y el MI6. Y a raíz de su funcionamiento,

dio origen a diversos hechos, como, por ejemplo, el atentado terrorista en el Oktoberfest del 26 de septiembre de 1980 en Múnich.

La expresión del terrorismo descrito arroja una serie de características: a) existencia de terroristas conectados en redes organizativas de carácter transnacional; b) redes compuestas de aparatos de inteligencia de Estados, de funcionarios de Estado, grupos, corporaciones, individuos, etc.; c) una estructura piramidal, cuya base desconoce la cúpula; d) existencia de una maquinaria destinada al encubrimiento de los responsables de la cúpula, y por ende, a desarticular, obstaculizar, o redirigir la atención de las investigaciones en otras direcciones, o hacia otros responsables, fueren eternos a la organización, fueren responsables que están en la base de la pirámide; e) los atentados terroristas tienen por objetivo que los ciudadanos consientan en disminuir su libertad y en aumentar el poder de las agencias destinadas a funciones policiales en un sentido amplio; f) se oculta el verdadero objetivo terrorista, y en su lugar se revelan actores y objetivos falsos a la opinión pública.

Son estas características las que hacen advertir su presencia en otros casos tratados como terrorismo común, sea doméstico o transnacional. Estos podrían ser los casos del atentado en Oklahoma City en 1995 conocido como «OK bombing» y el 11/S en Nueva York en el 2001. Ambos hechos produjeron un aumento de la legislación penal en E.U.A y de leyes limitativa de libertades civiles, tales como la Public Law 104-132 o «Antiterrorism and effective death penalty Act of 1996», conocida en siglas como AEDPA; y la «Patriot Act» o «USA Patriot Act» del 2001, respectivamente. Ambos instrumentos otorgaron poderes de intervención al Estado Federal sin precedentes en la historia de E.U.A. (BEALL, 1998; O'BRYANT, 2006; ORYE, 2002; RAAB, 2006; TOMPKINS, 2002; WHITEHEAD & ADEN, 2002). Pero también y a la vez, en ambas situaciones existen múltiples inconsistencias, tales como evidencias no consideradas, ocultamiento de otras evidencias y de información, pruebas engañosas, investigaciones marcadamente negligentes, etc. (GAGE, 2012; HOFFMAN, 1998; NOWOSIELSKI, 2006; THOMPSON, 2006). Además, existen estudios, no refutados aún, que demuestran que, en ambos casos, la tesis oficial podría ser completamente dubitable (Véase, EASTMAN & COLE, 2013; HARRIT ET AL., 2009; HOLZER ET AL., 1996; ROUSSEAU, 2012; WU et al., 2010).

Con lo cual, no sería extraño pensar en el actual funcionamiento y conformación de grupos «stay-behind». Si la historia aquí no se repite, al menos rima, y si se hace posible observar un patrón general, podría existir una cierta continuidad histórica que le quitaría el carácter de ser un fenómeno específico y relativo a la sociedad del riesgo. Y tal fenómeno es un factor que estaría aumentando, de modo constante, la legislación penal de

los Estados, pero en los cuales se haría necesario, antes que nada, determinar la causalidad en dichos fenómenos, antes de aumentar simplemente la legislación penal.

III. CONCLUSIÓN

Nuestras observaciones críticas se dirigen, y se han dirigido, a algunos puntos específicos, principalmente de corte más teórico. Las apreciaciones al quiebre por introducir sin justificación, la proporción indirecta a un modelo de proporción directa, y aquellas referidas al concepto de izquierda son cuestiones más de tipo metodológico-generales.

Sin embargo, relacionado con esto último, hay algunas cosas que han sido predictivas en la tesis de la expansión, como el que la izquierda política ha sido un «demandante» frecuente de más legislación penal, y como el que la consideración de la víctima ha sido un factor que ha aumentado la legislación penal.

En su momento señalamos críticas respecto del concepto de izquierda que Silva Sánchez utilizaba (CARRASCO JIMÉNEZ, 2016b), tal vez porque en el momento de ellas, no podía decirse que toda la izquierda política estuviera por la vía de la maximización penal. Sin embargo, y lastimosamente, la izquierda política se ha dejado permear por ciertas ideologías que se enquistaron larvariamente en el tronco más humanista de aquella, *estalinizando* (si se me permite el neologismo) su estructura. Por ende, la observación de Silva Sánchez sobre esta izquierda demandante de más legislación penal es absolutamente aún más certera hoy, que entonces cuando lo describiese. De ahí que hagamos la referencia a su carácter predictivo.

Misma predicción y actualidad es posible observar en cuanto a la posición de la víctima, la cual ha sido, hasta cierto punto, absorbida por la izquierda política, y tramitada y sostenida por una generación adolescente de un perfil emocionalmente lábil y sobrereactivo, con consecuencias claras en la penalidad social (redes sociales), y en fases más extremas, en el aumento de legislación penal.

La tesis de la expansión nos parece una excelente reflexión político-criminal con consecuencias en el derecho penal que el autor aborda. Lejos de agotar el tema, la tesis remarca un problema interesante, como lo es, el de los aumentos de la legislación penal. Creemos que, dentro de esta línea, aún habría que contestar preguntas tales como, si son admisibles o necesarios los aumentos a la legislación penal, y de ser así, cuándo lo serían. De cualquier forma, este tópico excede en mucho al derecho penal o a la política criminal, no pudiendo ni correspondiéndole ser contestada

por ambas disciplinas, ni por objeto, ni por método, sino más bien, a la sociología jurídica y a la criminología.

REFERENCIAS

- ALBRECHT, H.-J. (1995). Strafe und Prävention. Eine Herausforderung für Rechtswissenschaft und Justiz. *Diskurs*, 1, 15-22.
- ARIAS, J. (1989, febrero 21). Indignación en Italia ante la absolución de Delle Chiaie por el atentado de Piazza Fontana. *El País*. https://elpais.com/diario/1989/02/22/internacional/604105206_850215.html
- BEALL, J. (1998). Are We Only Burning Witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996's Answer to Terrorism. *73 Indiana Law Journal* 693 (1998), 73(2). <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol73/iss2/17>
- BECK, U. (1986). *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Suhrkamp.
- BORA, A. (1999). Einleitung: Mehr Optionen und gesteigertes Risiko—Zur Stellung des Rechts in der Risikogesellschaft. En A. Bora (Ed.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft* (pp. 9-28). Duncker & Humblot.
- BRUNHÖBER, B. (2018). Funktionswandel des Strafrechts in der Sicherheitsgesellschaft. En J. Puschke & T. Singelstein (Eds.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft* (pp. 193-215). Springer Fachmedien. https://doi.org/10.1007/978-3-658-19301-0_9
- CALLEJA, E. G. (2017). Entre dos continentes: Estrategia de la tensión desde la ultraderecha latinoamericana a la europea. *Tiempo devorado: revista de historia actual*, 4(1), 166-227. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5925782>
- CAMARASA, J., & PRIETO, C. B. (2014). *América nazi: América del Sur, un puerto seguro para los peores asesinos del siglo XX*. Penguin Random House Grupo Editorial Argentina.
- CARRASCO JIMÉNEZ, E. (2016a). La «expansión del derecho penal» y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 54, 147-194.
- CARRASCO JIMÉNEZ, E. (2016b). Observaciones críticas de tipo metodológicas y teóricas a «la expansión del derecho penal» de Silva Sánchez. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 56, 183-227.
- CARRASCO JIMÉNEZ, E. (2017). El concepto de «expansión» del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de «inflación» penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, 37(0). <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3059>
- CAVALLO, A. (2008). *La historia oculta del régimen militar*. UQBAR.
- COOK, B. A. (2014). *Europe Since 1945: An Encyclopedia*. Routledge.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2007). *La Política criminal en la encrucijada*. B de F.

- DINGES, J. (2005). *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*. The new Press.
- EASTMAN, T. E., & COLE, J. H. (2013). WTC Destruction: An Analysis of Peer Reviewed Technical Literature 2001–2012. *Journal of 9/11 Studies*, 37, 1-16. <http://www.journalof911studies.com/resources/2013EastmanColeVol37Apr.pdf>
- EL MOSTRADOR. (2003, septiembre 27). Los neofascistas que Pinochet enroló para «trabajar» en Chile. *El Mostrador*. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2003/09/27/los-neofascistas-que-pinochet-enrolo-para-trabajar-en-chile/>
- GAGE, R. (2012). *9/11, Explosive Evidence Experts Speak Out* [Documental; DVD].
- GANSER, D. (2009). *Gladio: Por qué la OTAN, la CIA y el MI6 siguen negando, por Daniele Ganser*. Red Voltaire. <http://www.voltairenet.org/article163137.html>
- GANSER, D. (2010). *Los ejércitos secretos de la OTAN: La operacion Gladio y el terrorismo en Europa Occidental*. El Viejo Topo.
- GANSER, D. (2014). The «Strategy of Tension» in the Cold War Period. *Journal of 9/11 Studies*, 39, 1-19. <http://www.journalof911studies.com/resources/2014GanserVol39May.pdf>
- GARCÍA, J. (1987, julio 5). Stefano delle Chiaie: «La matanza de la calle de Atocha fue instigada por sectores de la policía». *El País*. http://elpais.com/diario/1987/07/05/espana/552434405_850215.html
- GRACIA MARTÍN, L. (Ed.). (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*. Tirant lo Blanch.
- GRUNDMANN, R. (1999a). Wer hat Angst vor F. Nietzsche? Replik auf K.P. Japp. *Zeitschrift für Soziologie*, 28(4), 313-316.
- GRUNDMANN, R. (1999b). Wo steht die Risikosoziologie? *Zeitschrift für Soziologie*, 28(1), 44-59.
- HARRIT, N. H., FARRER, J., JONES, S. E., RYAN, K. R., LEGGE, F. M., FARNSWORTH, D., ROBERTS, G., GOURLEY, J. R., & LARSEN, B. R. (2009). Active Thermitic Material Discovered in Dust from the 9/11 World Trade Center Catastrophe. *The Open Chemical Physics Journal*, 2(1). <https://benthamopen.com/ABSTRACT/TOCPJ-2-7>
- HOFFMAN, D. (1998). *The Oklahoma City bombing and the politics of terror*. Feral House.
- HOLZER, T. L., FLETCHER, J. B., FUIS, G. S., RYBERG, T., BROCHER, T. M., & DIETEL, C. M. (1996). Seismogram offers insight into Oklahoma City bombing. *Eos, Transactions American Geophysical Union*, 77(41), 393-399. <https://doi.org/10.1029/96EO00269>
- IGLESIAS, P. M. and F. (2013). *The Devil's Agent*. Xlibris Corporation.
- JAPP, K. (1999). Risikosoziologie als „Fröhliche Wissenschaft“ Zu Reiner Grundmanns „Wo steht die Risikosoziologie?«. *Zeitschrift für Soziologie*, 28(4), 311-313.

- KÖCK, W. (1999). Grundzüge des Risikomanagements im Umweltrecht. En A. Bora (Ed.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft* (pp. 9-28). Duncker & Humblot.
- LESITSCHNIG, O. (2011). *Von der «Risikosoziologie» zum «Umweltstrafrecht»: Soziologische Risikotheorien im Sinne Luhmanns und Becks und deren Funktionalisierung im «Umweltstrafrecht»*. vdm Verlag Dr. Müller.
- LISZT, F. von. (1995). *La Idea del fin en el derecho penal* (C. Pérez del Valle, Trad.). Comares.
- MARTEORELL, F. (1999). *Operación Cóndor, el vuelo de la muerte: La coordinación represiva en el Cono Sur*. Lom Ediciones.
- NOWOSIELSKI, R. (2006). *9/11: Press For Truth* [DVD]. Disinformation.
- O'BRYANT, T. C. (2006). The Great Unobtainable Writ: Indigent Pro Se Litigation After the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. *Harv. CR-CLL Rev.*, 41, 299. http://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/hcrcl41§ion=16
- ORYE, B. R. (2002). The Failure of Words: Habeas Corpus Reform, the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, and When a Judgment of Conviction Becomes Final for the Purposes of 28 U.S.C. 2255(1). *WILLIAM AND MARY LAW REVIEW*, 44, 46.
- PEÑA, C. (2010, julio 9). Mariana Callejas (II): Las dos vidas de su casa-cuartel en Lo Curro. *CIPER Chile. Centro de Investigación e Información Periodística*. <http://ciperchile.cl/2010/07/09/mariana-callejas-ii-las-dos-vidas-de-su-casa-cuartel-en-lo-curro/>
- PICHLER, A. (2009). Nato's secrets armies. En *The History Channel*. <https://www.youtube.com/watch?v=yolUbO8jwbo>
- PRITTWITZ, C. (1993). *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. V. Klostermann. https://www.jura.uni-frankfurt.de/66163894/C_Prittwitz__Strafrecht_und_Risiko__1993.pdf
- RAAB, C. P. (2006). Fighting Terrorism in an Electronic Age: Does the Patriot Act Unduly Compromise Our Civil Liberties? *Technology Review*, 2, 20.
- RIVAS, P. (2007). *Chile, un largo septiembre*. Lom Ediciones.
- ROUSSEAU, A. (2012). Were Explosives the Source of the Seismic Signals Emitted from New York on September 11, 2001? *Journal of 9/11 Studies*, 34, 1-23. <http://www.journalof911studies.com/resources/RousseauVol34November2012.pdf>
- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (1989). Política legislativa antidrogas: La ilusión represiva. *Jueces para la democracia*, 7, 15-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529935>
- SEELMANN, K. (1992). Risikostrafrecht: Die «Risikogesellschaft» und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 75(4), 452-471. <https://www.jstor.org/stable/43126870>
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1999). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=192531>

- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer; B de F.
- THOMPSON, P. (2006). *The terror timeline: Year by year, day by day, minute by minute; a comprehensive chronicle of the road to 9/11 – and America's response*. Regan.
- TOMPKINS, J. B. (2002). *The impact of the USA Patriot Act of 2001 on non-U.S. banks* (pp. 1-21). The International Monetary Fund Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law Held.
- WHITEHEAD, J. W., & ADEN, S. H. (2002). Forfeiting «Enduring Freedom» for «Homeland Security»: A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department's Anti-Terrorism Initiatives. *American University Law Review*, 51(6), 1081-1133. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.cl/&httpsredir=1&article=1149&context=aulr>
- WOLTER, J. (1981). *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*.
- WU, M., GORDON, R. E., HERBERT, R., PADILLA, M., MOLINE, J., MENDELSON, D., LITTLE, V., TRAVIS, W. D., & GIL, J. (2010). Case Report: Lung Disease in World Trade Center Responders Exposed to Dust and Smoke: Carbon Nanotubes Found in the Lungs of World Trade Center Patients and Dust Samples. *Environmental Health Perspectives*, 118(4), 499-504. <https://doi.org/10.1289/ehp.0901159>

La necesidad de pena en Colombia

Miguel Córdoba Angulo*



I. INTRODUCCIÓN

CON ESTE DOCUMENTO PRETENDO RENDIR un homenaje sentido y sincero al Prof. Dr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, quien desinteresadamente me ayudó académica, personal y profesionalmente; me colaboró en la obtención de una beca para cursar un doctorado en la Universidad de Salamanca y además fue el director de mi tesis titulada «*EL CONTENIDO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA*», obteniendo el título en diciembre de 1987.

El trabajo doctoral versó básicamente sobre el análisis de las diferentes teorías que explicaban el concepto dogmático de la culpabilidad, como a continuación se presenta de manera sucinta.

II. TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad es una expresión que ha sido utilizada de manera amplia. En algunas ocasiones se ha usado como sinónimo de responsabilidad penal, en otras, en alusión al principio de política criminal que proscribía la responsabilidad objetiva, sin embargo, este documento hará referencia a la categoría dogmática culpabilidad a través de las siguientes teorías¹.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en la misma universidad, Doctor en derecho de la Universidad de Salamanca, Prof. de las universidades Externado y de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante.

¹ CÓRDOBA ANGULO, M., *El contenido material de la culpabilidad en la doctrina penal española*. Tesis Doctoral. España: Universidad de Salamanca, 1987. Para ampliar

1. *Teoría psicológica*²

A partir del pensamiento del alemán FRANZ VON LISZT se originó la teoría psicológica de la culpabilidad basada en el concepto clásico del delito. Según esta, la culpabilidad se reduce al estudio del vínculo psíquico entre el autor y el hecho ilícito, a partir del dolo y la culpa, entendidas como dos especies o formas de culpabilidad. En otras palabras, «*la culpabilidad se agota en el dolo o en la culpa: dolo y culpa son la culpabilidad misma*»³.

La teoría psicológica ha sido cuestionada por dos problemas principales: (a) no logra explicar la culpa inconsciente porque a pesar de no existir vínculo psíquico, sí existe comportamiento culposo, debido a la previsibilidad del resultado; (b) no explica el estado de necesidad disculpante, porque a pesar de existir vínculo psicológico la conducta no es culpable.

2. *Teoría psicológica-normativa de la culpabilidad (neokantismo)*⁴

Esta teoría entiende la culpabilidad como un juicio de valor, como un reproche que se realiza al individuo que ha cometido una conducta típica y antijurídica, cuando le era exigible actuar de conformidad con el derecho (libre albedrío).

La teoría psicológica-normativa de la culpabilidad no es una posición doctrinal rigurosa, sino un conjunto de pautas orientadas a rechazar las corrientes psicológicas, de ahí la existencia de una variedad de criterios. A manera de ejemplo, algunos opinan que el dolo y la culpa son formas de culpabilidad, en cambio para otros son especies de la misma.

A pesar de estas diferencias, «*(...) es claro que la culpabilidad se comprendió del examen del dolo y la culpa del agente, la imputabilidad*

sobre este tema ver en: CÓRDOBA ANGULO, M., Derecho penal y criminología: algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad. En: *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. N.º 37. Universidad Externado de Colombia. (Enero/abril, 1989); pp. 75-94. Vol. xi. CÓRDOBA ANGULO, M., Culpabilidad. En: BERNAL, J. et al., *Lecciones de derecho penal, parte general*. Tercera Edición. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2019. pp. 517-527.

² CÓRDOBA, El contenido material de la culpabilidad, Op. Cit., pp. 34-44. Para ampliar sobre este tema ver en: CÓRDOBA, Derecho penal y criminología, Op. Cit., pp. 78-79. CÓRDOBA, Culpabilidad, Op. Cit., pp. 519-520.

³ AGUDELO BETANCUR, N., Curso de derecho penal (esquemas del delito). Cuarta Edición. Medellín. Ediciones Nuevo Foro. 2011. p. 62.

⁴ CÓRDOBA, El contenido material de la culpabilidad, Op. Cit., pp. 45-74. Para ampliar sobre este tema ver en: CÓRDOBA, Derecho penal y criminología, Op. Cit., pp. 78-79. CÓRDOBA, Culpabilidad, Op. Cit., pp. 520-521.

–incluida a veces como presupuesto– y la no exigibilidad de otra conducta, elemento que por su contenido normativo permitía excluir de la culpabilidad aquellos casos en los que no podía exigirse al agente un comportamiento distinto del realizado, así fuese imputable y hubiese actuado con dolo o culpa»⁵.

3. Teoría normativa de la culpabilidad (finalismo)⁶

La teoría de la acción final fue sistematizada por el Prof. HANZ WELZEL (1939), cuya postura repercutió en diversos planos, de los que vale la pena destacar: (a) esclareció el concepto y la estructura de la acción (final); (b) impactó ampliamente la teoría general del delito, como, por ejemplo, la reubicación del dolo y la culpa en el tipo, conservando la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad.

«[E]l esquema finalista sostiene que la culpabilidad es un *puro juicio de reproche*»⁷, despojándola de elementos subjetivos (dolo y culpa), dando paso a una teoría puramente normativa de la culpabilidad. El reproche personal se dirige al individuo que incurrió en una acción típica y antijurídica, a pesar de que pudo actuar de manera distinta, esto es, acorde con la ley.

Dicho esto, la diferencia de la culpabilidad desde la óptica causalista y la correspondiente al finalismo radica en los elementos que conforman la culpabilidad. Mientras que en la primera el dolo y la culpa hacen parte de la culpabilidad o son la culpabilidad misma, en el finalismo la culpabilidad se compone de la imputabilidad, el conocimiento potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, ubicando sistemáticamente en el tipo subjetivo el dolo y la culpa.

4. Críticas a la teoría normativa de la culpabilidad⁸

A pesar de la aparente claridad conceptual del contenido de la teoría normativa de la culpabilidad, se han planteado algunas críticas:

⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., Fundamentos de derecho penal general. Segunda Edición. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2019, p. 294.

⁶ CÓRDOBA, El contenido material de la culpabilidad, Op. Cit., pp. 75-101. Para ampliar sobre este tema ver en: CÓRDOBA, Derecho penal y criminología, Op. Cit., pp. 81-83. CÓRDOBA, Culpabilidad, Op. Cit., pp. 521-522.

⁷ AGUDELO, Op. Cit. p. 134.

⁸ CÓRDOBA, El contenido material de la culpabilidad, Op. Cit., pp. 101-105. Para ampliar sobre este tema ver en: CÓRDOBA, Derecho penal y criminología, Op.

De tiempo atrás, el positivismo rechazó el libre albedrío (la posibilidad del individuo de actuar libremente) por la imposibilidad de ser demostrado científicamente.

También ha sido objeto de crítica que el juicio de reproche hecho por esta teoría al sujeto que ha obrado mal, pudiendo haber obrado bien, contiene una alta carga moralizante. Asimismo, se ha cuestionado que el fin de la pena sea la retribución, dejando de lado el carácter preventivo de la misma.

Aproximadamente en los años 70's se dio paso del pensamiento sistema al pensamiento problema⁹, entre los que se debe destacar el Prof. Roxin.

5. *La culpabilidad en la postura de Claus Roxin*¹⁰

ROXIN propuso la creación de la categoría dogmática «responsabilidad», en lugar de la culpabilidad, cuyo contenido sería más amplio y su propósito consistiría en evaluar, en cada caso, por un lado, la culpabilidad y por otro la necesidad de la pena, partiendo de los fines preventivos de la misma.

Con ello, la categoría dogmática responsabilidad se ubicaría con posterioridad a la tipicidad y a la antijuridicidad. Los elementos constitutivos de esta serían la culpabilidad del sujeto y la necesidad de la aplicación de la pena con fines de prevención general y especial. Por el contrario, si se prueba que ninguno de los efectos preventivos es necesario no podría hablarse de responsabilidad penal. ROXIN incluso planteó la aplicación excepcional de una pena inferior al grado de culpabilidad, cuando los fines de prevención así lo demuestren, siempre y cuando se conserve lo que él cataloga como «la reserva mínima de prevención general».

III. LA NECESIDAD DE PENA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El actual Código Penal colombiano fue creado a través de la Ley 599 de 2000. Un análisis sistemático del mismo nos permite afirmar que la

Cit., pp. 83-87. CÓRDOBA, Culpabilidad, Op. Cit., pp. 522-523.

⁹ Sobre este punto en particular véase: CÓRDOBA, Culpabilidad, Op. Cit., pp. 523-524. Deben destacarse como partidarios del pensamiento problema: Prof. Roxin en Alemania. En España, entre otros, Gimbernat, Muñoz Conde, Mir Puig, Córdoba Roda, Berdugo, Arroyo.

¹⁰ CÓRDOBA, El contenido material de la culpabilidad, Op. Cit., pp. 261-276.

culpabilidad está integrada por la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

La primera referencia normativa a la necesidad de pena está contenida en el artículo 3.º, norma rectora, que establece:

«PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan» (Negrilla fuera de texto original).

Como se observa, el inciso 2.º incorporó el principio de necesidad de pena que se reflejó de manera expresa en los artículos 34 y el párrafo del artículo 124 del C.P.

El primero de ellos, prevé la aplicación de la pena natural en materia de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, estableciendo que *«[e]n los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria»*. (Subraya fuera de texto original).

Por su parte, el párrafo del artículo 124 del C.P., contenía una causal de ausencia de punibilidad en el delito de aborto, cuando el embarazo había sido el resultado de acceso carnal, acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida, con fundamento en el principio de necesidad de pena, facultando al juez a prescindir de la imposición de la pena, así:

«En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto» (subraya fuera de texto original).

La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de esta norma catalogando el contenido del párrafo como una excusa absolutoria, como una facultad reglada que debe cumplir con unos requisitos mínimos para su aplicación, en los siguientes términos: *«(...) el legislador en el párrafo acusado instituye lo que en la doctrina se ha denominado como una excusa absolutoria, una verdadera causal de impunidad legal, abandona el*

*rigor ciego que a la comisión del delito y la declaración de responsabilidad impone como consecuencia necesaria la pena a su autor, para que el juez, analizadas las circunstancias del caso concreto, pueda concluir en la prescindencia de la imposición de la pena, si se reúnen unos requisitos (...)*¹¹.

Esta disposición declarada exequible, tuvo vigencia hasta la expedición de la sentencia C-355 de 2006, que declaró la inexecutable del artículo 124 del C.P. y reconoció la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes eventos: (a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Según lo anterior, al día de hoy, el principio de necesidad de pena tiene desarrollo expreso en la legislación penal sustancial en el artículo 34 del C.P., el cual se replica en parte, en el artículo 324 numeral 6.º del Código de Procedimiento Penal, para la aplicación del principio de oportunidad, según el cual, este se aplicará cuando *«el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción»*.

Por otra parte, el Código Penal también utiliza como fundamento el criterio de necesidad de pena para conceder los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional.

En el caso de inimputables el criterio de necesidad se utiliza para fundamentar y para suspender la aplicación de las medidas de seguridad consistentes en internación en establecimiento psiquiátrico e internación en casa de estudio o trabajo.

1. *El principio de necesidad de pena en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*

Es escasa la jurisprudencia pertinente al desarrollo del principio de necesidad de pena, sin embargo, es preciso destacar el pronunciamiento de la

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 647, expediente D-3292, 20 junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹², que se refirió a la aplicación del artículo 34 de la Ley 599 de 2000, al prescindir de la imposición de la pena.

Según relata la sentencia, un individuo que se desplazaba en una motocicleta junto con su compañera sentimental, omitió una señal de PARE y como consecuencia de ello, colisionó con un vehículo ocasionándole la muerte a su pareja.

La Sala Penal al analizar en sede de casación la sentencia condenatoria de segunda instancia en contra del motociclista, ahondó en el análisis del segundo inciso del artículo 34 del C.P. Para ello, partió del estudio de los artículos 3 y 4 del C.P, concluyendo que la necesidad de pena debe, además de responder a los fines de prevención general y prevención especial, limitarse a los casos previstos en el artículo 34 del C.P. (Concepto restringido).

Con ello afirmó que este artículo tiene aplicación después de superado el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y únicamente en los casos en que las consecuencias de la conducta culposa hayan recaído sobre el autor o su núcleo más cercano¹³.

Para el caso puntual, había lugar a prescindir de la pena en razón al cumplimiento de las exigencias vigentes para su aplicación, a saber: (a) se trata de un delito culposo, (b) la víctima está en el grado de parentesco previsto en la ley, y c) se presumía que la pérdida de este ser querido, como consecuencia de su actuar imprudente, le había causado afectación personal.

2. *El principio de necesidad de pena en la doctrina colombiana*

En la doctrina colombiana son limitadas las referencias al principio de necesidad de pena.

En la doctrina nacional debe destacarse la postura de GUSTAVO COTE, quien a partir del concepto de Constitucionalización del derecho penal permite una interpretación amplia del inciso 2.º del artículo 3.º, en el sentido de que dicho principio es aplicable al Código Penal en general y no únicamente a los supuestos previstos en el artículo 34 y otros casos especialmente regulados en la ley penal. Tiene razón cuando afirma que una interpretación restrictiva restringiría «(...) *la posibilidad del juez de hacer*

¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, rad. 52750. 6 de agosto de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

¹³ El artículo 34 del C.P. cubre a: sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

un ejercicio argumentativo en torno a la proporcionalidad, al limitar la consideración de la necesidad a unos pocos predeterminados por el legislador; creemos que es precisamente en este escenario, en donde de acuerdo con la lógica del Estado constitucional, se hace más pertinente la argumentación pública del juez a través de la sentencia sobre la proporcionalidad y por consiguiente sobre la justificación de la sanción penal, la cual no es posible sino se permite la reflexión sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Es insuficiente la confianza ciega en la decisión previamente tomada por el legislador sobre la necesidad de la pena en todos los casos, en donde exista una explicación dogmática formal de la ocurrencia de un delito»¹⁴.

En síntesis, su propuesta radica en confiar en una posición argumentativa y proactiva de los jueces, como el mejor instrumento de salvaguarda del principio de legalidad, proporcionalidad y necesidad que deben ser inseparables¹⁵.

Por su parte, JOSÉ FERNANDO MESTRE ha resaltado las diferencias existentes entre la aplicación del principio de oportunidad y la necesidad de pena. Si bien en ambas figuras se aplican criterios de política criminal, en materia de necesidad de pena salta a la vista su importancia al tratarse de aspectos dogmáticos sustantivos referidos a la justicia y razonabilidad de la sanción penal, dirigidos al juez y no a la fiscalía, porque tratándose de necesidad de pena el análisis no es de inocencia, sino orientado a evitar la punibilidad con fundamento en los fines de la pena. En cambio, el principio de oportunidad obedece a lineamientos de política criminal.

3. *Un criterio amplio de necesidad de pena*

Como ha quedado expuesto, normativa, jurisprudencial y doctrinariamente, ha sido escaso el desarrollo que ha tenido la necesidad de pena, de hecho, no existe unidad de conceptos en cuanto a si se trata de una eximente de responsabilidad o de ausencia de punibilidad, aunado a que su aplicación, según algunos, se ve limitada a los eventos en los que el mismo legislador lo ha previsto, como serían: la individualización de la pena (art. 61 del C.P.), la

¹⁴ COTE, G., *Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena* [En línea]. No. 116. Bogotá: Vniversitas ucls, 2008. p. 136. [Citado el 18 noviembre de 2021]. Disponible en: [5 Cote.p65 \(corteidh.or.cr\)](https://www.corteidh.or.cr/Cote.p65). Véase también en COTE, G., *La necesidad de la pena – reflexiones a partir de los artículos 3.º y 4.º del Código Penal colombiano*. No. 114. Bogotá: Vniversitas, 2007.

¹⁵ Cfr. COTE. *Constitucionalización del Derecho Penal*. Op. Cit. p. 136.

suspensión de la ejecución de la pena (art. 63 del C.P.), el artículo 34 del C.P. y en la aplicación de las medidas de seguridad (art. 69 y ss.).

De acuerdo con lo anterior, vale la pena reflexionar si esta limitación normativa resulta ajustada a la ley penal colombiana, a las normas rectoras, a la Constitución Política y al bloque de constitucionalidad.

El artículo 3.º del Código Penal, establece que la pena responderá a los principios de *necesidad*, proporcionalidad y razonabilidad. Esta norma no diferencia si se trata de delitos dolosos o culposos y es prevalente respecto al resto del ordenamiento jurídico penal porque hace parte de las normas rectoras y está llamada a irradiar la aplicación e interpretación de los demás institutos jurídico penales. Como normas rectoras «*se designan las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; son pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial sobre todo si se tiene en cuenta su rango judicial. Por eso, se designa a tales normas con el calificativo de «rectoras», pues están designadas a regir, conducir y a orientar todo el sistema jurídico penal, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con el punto de partida adoptado (...)»¹⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De acuerdo con lo anterior, en aplicación de la norma rectora contenida en el artículo 3.º del C.P., ¿debería ampliarse su aplicación para prescindir de la pena con fundamento en el criterio de necesidad más allá de las previsiones expresamente contenidas en la ley?

Desde una interpretación sistemática constitucional y legal, la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, el inciso 2.º del artículo 3.º del C.P., por tratarse de una norma rectora, no puede ser restringida por otra disposición legal de menor jerarquía como, por ejemplo, el artículo 34 del C.P. En un Estado social de derecho no pueden imponerse penas que resulten desproporcionadas inútiles e innecesarias¹⁷. Tampoco se puede limitar la facultad de interpretación racional en cabeza de los jueces en cada caso en concreto sobre la necesidad o no de la pena.

Atendiendo al principio de interpretación sistemática de la ley, debe considerarse a «la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece»¹⁸.

¹⁶ VELÁSQUEZ, Op. Cit. p. 40-42.

¹⁷ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 647, expediente D-3292, 20 junio de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 032, expediente D-2108, 27 enero de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que «[d]e nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a los límites de una sola disposición (...), cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones. El ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; solo de este modo es posible superar supuestas incongruencias al interior de un orden normativo. La integración de normas jurídicas, por virtud de la remisión que hace una de ellas, solo es concebible en la medida en que dicha operación completa el sentido de disposiciones que dependen mutuamente para su cabal aplicación. No se trata de manera analógica de interpretar el derecho, o de extender el imperio de alguna disposición a asuntos no contemplados en el ordenamiento legal»¹⁹.

Una propuesta a considerar sería la posibilidad de la aplicación de un concepto amplio del principio de necesidad en normas tales como el Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010), el Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), entre otros.

En conclusión, el principio de necesidad de pena consagrado en el inciso 2.º del artículo 3.º del C.P. colombiano, no se puede limitar a unos pocos casos expresamente consagrados en la ley, sino que debe irradiar todo el ordenamiento penal, ya que se trata de una norma rectora que a su vez hace parte de la Carta Política y del bloque de constitucionalidad, tal como lo exige un Estado social de derecho.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 569, expediente D-2689, 17 mayo de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

El retorno del «quot delicta, tot poenae»

Francisco Galván González*



I. EL ORIGEN DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

EL DATO PRECISO COMO FIGURA reconocida expresamente está relacionado con la elaboración del *Digesto* o *Pandectas* de Justiniano en los años 530-533. El apartado del *Digesto* o *Pandectas* en el que se encontró el texto que dio origen al «*quot delicta, tot poenae*» es en el libro XLVII, título I sobre los delitos privados, apartado 2:

2. De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el que los cometió salga impune, porque un delito no debe de atenuar la pena de otro delito¹. (1) Así, pues, el que hurtó y mató un esclavo, responde con la actuación de hurto, por hurto y con la «de la ley» Aquilia por matar, y ninguna de estas dos acciones consume la otra. (2) Lo mismo se dirá si robó y mató, pues responde con la acción de bienes robados por la violencia y con la «de la ley» Aquilia. (3). Se ha preguntado si después de la condición a causa del hurto puede ejercitarse también la «de la» ley Aquilia, y escribía Pomponio que sí, porque las estimaciones de una y otra acción es distinta, pues la «ley» Aquilia, abarca la estimación del valor máximo en aquel año y la condición a causa de hurto no excede del valor del momento de la aceptación del juicio. Más si es un esclavo quien

* Profesor honorífico de la Universidad Autónoma de Sinaloa (México). Primer discípulo mexicano del prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (1990/1992).

¹ Demetrio SODI, *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el código del Distrito Federal de 1.º de abril de 1872*, México, 1905, p. 69: La legislación romana adoptó el principio de la no impunidad y estableció que cuando se cometen dos delitos, deben sufrirse dos penas, cuando tres, tres, y cuando cuatro, cuatro. He aquí el espíritu de una de sus leyes «Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullus impunitas detur».

cometió estos delitos, cualquiera de las dos acciones se extingue cuando el esclavo fuera entregado por el daño en virtud de la otra acción. (4) Asimismo, si uno hubiera flagelado a un esclavo hurtado por él, responde con dos acciones: la de hurto y la de injurias «al dueño»; y si al caso lo mata, también con tres acciones. (5) Igualmente, si uno había hurtado una esclava ajena y abusara de ella, podrán ejercitarse dos acciones: la de corrupción de esclavo y la de hurto. (6) Y si hubiera herido al esclavo que había hurtado, también tendrán lugar dos acciones: la «de la ley» Aquilia y la de hurto. (Ulp 41 Sab.)².

Este texto que sirvió de punto de partida para la explicación de los hechos en los que una persona realizaba varios delitos, tiene una naturaleza jurídica netamente procesal porque es en la posibilidad de ejercer [o *ejercitar* en ese tiempo] la misma o varias *acciones procesales* lo que determina la aplicación o no de este apartado del *Digesto* o *Pandectas*. Por ello, se acepta que, en su inicio, la *pluralidad* o la realización de varios delitos se decida con cada una de las *acciones procesales* de la ley que se actualizaba, debió ser resuelta, como corolario, con la aplicación de cada una de las penas que en ellas se regulaban, es decir, *cada delito una acción procesal; cada delito una pena*, y con ello, aparece el criterio de *suma de las penas*, que hoy conocemos como *criterio aritmético de las penas* o *principio de acumulación material*.

II. EL ANÁLISIS DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

2.1. La escuela de los glosadores

El «quot delicta, tot poenae» permaneció sin cuestionamiento hasta el descubrimiento del *Digesto* o *Pandectas*, y el inicio de su análisis en la Universidad de Bolonia por Irnerio y sus discípulos, quienes serían llamados los glosadores. Sin embargo, en sus elaboraciones, pareciere que el «quot delicta, tot poenae» no motivó su atención, porque en la *doc jur pen* no existe información que señale lo contrario.

² A. D'ORS/F. HERNÁNDEZ-TEJERO/P. FUENTESSECA/M. GARCÍA-GARRIDO/J. BORILLO, *El Digesto de Justiniano. Tomo III. Libros 37-50*, Pamplona, 1975, p. 599.

2.2. La escuela de los postglosadores

Este grupo de juristas también es conocido como *consultores*, *bartolistas* o *los prácticos*³ por su metodología de trabajo. Su importancia en el desarrollo del derecho romano durante la época de su existencia permanece hasta hoy.

Por ello, se reconoce que es entre los siglos XIII y XVII cuando: (1) aparece en el lenguaje jurídico el «quot delicta, tot poenae»; (2) inicia su análisis sometiéndose a revisión y cuestionamiento en relación con hechos de la realidad de la época, destacándose las aportaciones de Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Julio Claro y Próspero Farinacio, a decir de Ángel José SANZ MORÁN:

Cualquiera que sea la importancia que se quiera conceder a la ciencia humanística italiana y española del siglo XVI en tanto que fundadores de la teoría del concurso de delitos, lo cierto es que muchos de los logros atribuidos a tales autores se encontraban ya en los estatutarios de los siglos XIII y siguientes, singularmente Bartolo y Baldo.

Es en esta época cuando se acuña el brocardo «quot delicta, tot poenae», generalizándose para todos los supuestos de pluralidad delictiva el criterio punitivo que ordena la suma aritmética de las penas correspondientes a las diversas infracciones en que se incurrió. Ello fue fruto de una interpretación excesivamente literal del pasaje anteriormente comentado de Dig. 47,1,2: «Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur...»⁴. Sin embargo, en la práctica sigue siendo una pauta decisiva el carácter compatible o no de las sanciones que corresponda imponer.

Se debe a Bartolo el mérito de haber establecido una clasificación orientada a esclarecer la cuestión de si en los delitos «circa rem extra personam» (y sólo en ellos) se presentan en el caso concreto varias infracciones o una sola. Nos interesa aquí la distinción que este autor efectúa entre «delicta momentanea», en los que lo decisivo es la unidad de fin, y

³ FRANCISCO BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal el primer penalista de América española*, México, 1957, p. 38: La lista de los *prácticos* se inicia a finales del siglo XIII o comienzos del XIV, con Alberto de Gandino. Los siglos XVI y XVII marcan el máximo florecimiento de su escuela. [Y en la cita 48] Alberto de Gandino de entre los *postglosadores*, hacia el año 1300, el práctico criminalista de más fama e influjo. Juez en Florencia, en Bolonia y otras ciudades, se le debe el primer sistema penal ya de verdadera importancia, titulado *Libellus de Maleficiis*.

⁴ «De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el que los cometió salga impune». [Traducción copiada de] A. D'ORS/F. HERNÁNDEZ-TEJERO/P. FUENTESECA/M. GARCÍA-GARRIDO/J. BORILLO, *El Digesto de Justiniano. Tomo III. Libros 37-50*, Pamplona, 1975, p. 599.

«delicta sucesiva», en los que no se da dicha finalidad común. Esta distinción posee relevancia práctica, pues en oposición a la regla general de acumulación antes indicada, se pronuncia una sola pena cuando las diversas infracciones tengan en común el fin perseguido con su realización. También se impondrá una sola pena cuando diversos actos delictivos lleven al mismo resultado o se dirijan contra la misma persona. Se quiere ver en esto último un remoto antecedente del delito continuado, en conexión con un texto de Baldo en que se considera como un solo delito los varios hurtos cometidos en un mismo lugar y tiempo.

Encontramos así en los postglosadores una serie de bases firmes, desarrolladas con mayor claridad por juristas posteriores que nos permiten cifrar en este periodo los primeros intentos de abordar un estudio diferenciado de las hipótesis de concurso de delitos. Es común a estos autores y a la doctrina jurídica del siglo XVI el esfuerzo por elaborar criterios que permitan excluir determinados supuestos de pluralidad delictiva del rígido sistema de la acumulación de penas⁵.

III. EL ABANDONO DEL «*QUOT DELICTA, TOT POENAE*»

El proceso de cuestionamiento del «*quot delicta, tot poenae*» iniciado por los juristas romanos [*postglosadores/prácticos*] culmina con su abandono, cuando el fenómeno de la pluralidad de delitos [*concursum delictorum*] cambia del criterio fundamentador de naturaleza procesal [cada delito una acción procesal], orientándose por el de la forma de cómo se originan los diversos delitos; es el análisis del hecho el que determina si existieron varios delitos, y no la posibilidad de ejercer una o varias acciones procesales. Este pensamiento, se puede ubicar, a finales del siglo XVII con el trabajo «*De concursu delictorum*» de A. Becker (1692)⁶.

Estas ideas de A. BECKER, según SANZ MORÁN, servirán de apoyo para que Johann Christoph KOCH⁷ formule —en los términos de hoy— la *teoría del concurso de delitos*. Por ello, se acepta que es a partir de este jurista cuando la *teoría del concurso de delitos* empieza a tener un tratamiento más técnico y será incorporada en los *Cps*. Es en el Código Penal para el Reino de Baviera, promulgado por el Rey Maximiliano José, en

⁵ *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 43 y 44.

⁶ Ángel José SANZ MORAN, *El concurso...*, p. 47.

⁷ Joachim HRUSCHKA, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», Nuria Pastor Muñoz (trad.), en *Imputación y derecho penal*, Bogotá, 2006, p. 52: [...] JOHANN CHRISTOPH KOCH (1732-1808), que fue estudiante en Jena, donde también obtuvo el grado de *Dr. iur.* y pasó a ser docente en 1756, y en quien pueden verse las huellas de la formación de DARIES.

Munich, el 16 de mayo de 1813, elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, en el que se plasman las ideas de Johann Christoph KOCH⁸.

En el párrafo 108 del *Cp* Baviera se da un concepto de lo que hoy llamamos *concurso de delitos*, llamado por FEUERBACH «conurrencia de crímenes». En el párrafo 109 está la regulación del *concurso real* y la definición del criterio de la combinación para su castigo. Y en el segundo párrafo del párrafo 110 estaría la referencia al *concurso ideal* basando su punibilidad en el principio de absorción. El contenido de estos párrafos se relacionan con la explicación que FEUERBACH realizaba en su *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, de 1801.

Este desarrollo histórico del «quot delicta, tot poenae» estaría diciendo que su abandono se iniciaría después de 1300 años [533, vigencia del Digesto, 1813 Código penal bávaro]. Pero, este abandono no fue absoluto ni en todos los lugares porque la aceptación del criterio *unidad y pluralidad de acciones humanas* para cuantificar los delitos, trajo efectos jurídicos importantes: (1) el origen del delito continuado (*delictum continuatum*); (2) la elaboración de los criterios de medición de la pena: principios de *absorción, combinación, acumulación jurídica* y de *asperación*; (3) el reconocimiento del llamado *concurso de leyes* o *unidad de ley*.

IV. EL RETORNO DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

Si bien este *retorno no es pleno*, se ha venido configurando con el deterioro del control de la punibilidad como límite del poder punitivo, y relacionado con las figuras jurídicas que sirvieron para delimitar la aplicación del «quot delicta, tot poenae».

4.1. *El delito continuado (delictum continuatum)*

Se acepta que el origen histórico de este fue para evitar la imposición de la pena de muerte por el tercer hurto o robo simple. Fue una respuesta *para beneficio* al considerarse las dos o más acciones de apoderamiento como si hubiere sido una sola acción, lo que originaba, *un solo delito*; así, el «quot delicta, tot poenae» [*tres robos, tres penas*] desaparecía porque el hecho era uno solo, y por lo mismo, existía *delito único y pena única*.

⁸ La relación entre Johann Christoph KOCH y FEUERBACH se debe a su coincidencia en la Universidad de Jena.

Esta situación, relacionada con los efectos jurídicos del delito continuado (*delictum continuatum*), inició su abandono por tres procedimientos: (1) el sistema de su punibilidad mediante el principio de la *asperación* o *aspersión* [pena del delito cometido con aumento obligatorio].

(2) La exigencia en cuanto que, para la existencia del *delito continuado*, debería presentarse la *identidad del sujeto pasivo*, como sucedió en México desde el año de 1987 cuando se emitió el siguiente criterio de jurisprudencia:

DELITO CONTINUO NO CONFIGURADO. Independiente de que en el Código Federal el llamado delito continuado no tiene entidad, tanto en los Códigos que lo comprenden, como la doctrina, al respecto predicando como características del mismo la pluralidad de acciones, la unidad de intención y la identidad de lesión, y es por ello, que es indispensable para que se integre la forma continuada de ejecución, el que la acción recaiga sobre el mismo pasivo, y si hay distintos pasivos, podrán haber identidad en la figura delictiva que se integra, pero no en la lesión que se produce.

PRIMERA SALA: INFORME DEL 87. Precedente: Séptima Época: Volumen 58, Segunda Parte. P. 29.

Con esta tesis de jurisprudencia, plagada de errores [*mejor horrores*], el *delito continuado* inició su proceso de desaparición, a partir de la misma institución que le dio vida jurídica: *los tribunales*.

Así, con esta jurisprudencia, los *Cps* mexicanos de hoy, regulan la *identidad del sujeto pasivo como requisito del delito continuado*, y los tribunales en sus resoluciones, ante su no presencia, deciden la aplicación del *concurso real de delitos*: «*quot delicta, tot poenae*».

(3) El cambio de los supuestos de *delito continuado* como casos de *concurso real*. En Alemania, esta desaparición del delito continuado está siendo impulsada desde los tribunales, y aceptada por la *doc jur pen*, según lo explica *Claus ROXIN*:

En resumen, se puede decir que la «sentencia del siglo» de la Gran Sala, que ha llevado al abandono de la acción continuada, ha sido aceptada por la praxis judicial. Ha superado en lo fundamental los problemas derivados del cambio y paso a la nueva situación, aunque para ello ha hecho algunas concesiones —a veces, yendo demasiado lejos— a la anterior jurisprudencia sobre el delito continuado. Habrá que aguardar aún para ver cómo se produce la ulterior evolución, que en muchos aspectos todavía está en curso. En vista de la grave inseguridad jurídica y de las numerosas discordancias e incoherencias que la anterior jurisprudencia trajo consigo (nm. 256ss), la decisión de la Gran Sala merece en principio una valoración positiva.

El abandono de la acción continuada también ha sido acogido favorablemente por buena parte de la doctrina, aunque no en pocas ocasiones también ha sido rechazado o al menos juzgado muy críticamente. No pocos autores habrían preferido alguna restricción al concepto tradicional de acción continuada, otros quieren todavía hoy –enlazando con el dato de no ser completo el rechazo del delito continuado en la BGHSt 40, 138– continuar manteniendo para determinadas constelaciones el delito continuado o sustituirlo por construcciones similares. Así *Schlüchter/Duttge* proponen trabajar con la figura denominada por ellos unidad de acción continuada, en la que se unen los requisitos del concepto anterior de acción continuada con un estrecho contexto temporal y espacial. *Gep-pen* quiere resolver los casos de «hechos dolosos que se extienden en el tiempo», es decir, la realización de un plan general «por partes» (el autor hurta, se apropia indebidamente o deslealmente dispone, sucesivamente y en varias ocasiones de acuerdo con un plan global preconcebido, de pequeñas cantidades que podría haberse procurado a través de una sola acción), mediante una aplicación ampliatoria de la unidad natural de acción. La praxis todavía no ha acogido estos enfoques⁹.

4.2. *El concurso de leyes o unidad de ley*

En sus inicios, según la opinión dominante la aplicación de una de las leyes que concurren y son incompatibles realiza el desplazamiento de las otras. Esta idea que se caracteriza como «teoría de la absoluta exclusión delictiva»¹⁰, no se cuestiona que la concurrencia sólo es en abstracto y, por lo mismo, los efectos jurídicos en el caso concreto son los que se derivan de la ley que se aplica, pues la otra debe ser olvidada. Este pensamiento que, inclusive, en Alemania era indiscutible, hoy está sometido a revisión en ese y en otros países¹¹.

Esta revisión de la «teoría de la absoluta exclusión delictiva» ha derivado en la llamada «teoría de la combinación». En México, a diferencia de Alemania, los *Cps* en su mayoría tienen una disposición en la que se regula la *unidad de ley*, lo que, de inicio, obliga a la observancia del contenido de dicho artículo. Esta situación –que no existe en Alemania– se convierte en el primer obstáculo para la aplicación de la «teoría de la combinación»,

⁹ *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (dir.)/José Manuel PAREDES CASTAÑÓN/Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO (trd./notas), Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1033 y 1034.

¹⁰ Ramón GARCÍA ALBERO, «*Non bis in ídem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, p. 187.

¹¹ En España, véanse las obras de Ramón García Alberto, Enrique Peñaranda Ramos, Nuria Castelló Nicás, entre otros.

por ello, creemos, que aun y cuando se pudiera ser partidario de la teoría de la combinación, en tanto se mantenga en los *Cps* la actual regulación de la *unidad de ley* y no exista disposición en la que de manera expresa se faculte aplicar el efecto de cierre o la vuelta a la vida de la ley que ha sido desplazada, el intérprete y aplicador de la norma en el caso concreto deben seguir reconociendo que el desplazamiento es total y anula la posibilidad de cualesquiera efecto jurídico remanente de la ley desplazada.

4.3. *El concurso de delitos*

El reconocimiento jurídico del *concurso de delitos* se manifestó, en sus inicios, en la regulación de las tres clases de este: *real*, *ideal* y *medial*, y en diferente criterio para su punibilidad: *acumulación jurídica*, *absorción*, *asperación* o *aspersión*; con ello, se reconocía que el «*quot delicta, tot poenae*», estaría siendo limitado. Esta idea, podemos decir, permaneció por casi doscientos años, porque en este siglo XXI, el regreso del «*quot delicta, tot poenae*» se está consolidando mediante varios procedimientos.

4.3.1. La no regulación expresa del concurso medial

Si esta figura jurídica no tiene regulación expresa la respuesta, «en cada caso concreto será: (1) *unidad de ley*, (2) *concurso real*. En la respuesta del inciso (1) debe analizarse si la relación *medio-fin* queda satisfecha con la aplicación de alguno de los principios de la *unidad de ley*: *consunción*, *subsidiariedad*». Si el caso no se resuelve como supuesto de *unidad de ley* deberá aplicarse el concurso real.

4.3.2. La distinción entre el concurso ideal y el concurso real de delitos

Si bien hoy en la mayoría de los *Cps* de manera expresa –con nombre o sin él– se regulan estas dos clases de concurso de delitos, esto no ha evitado que existan propuestas en cuanto a la desaparición del concurso ideal, o la no regulación expresa de la distinción, que significa la propuesta de *unificación* o *criterio único* para las distintas formas del *concurso de delitos*; ejemplo de esta idea los *Cps* de *Austria* (§ 28), *Colombia* (Art. 31), *Francia* (Art. 132), *Japón* (Art. 45), *Portugal* (Art. 30°, 77°), *Suiza* (§ 68).

La regulación del concurso de delitos en estos *Cps* con un *criterio único*, el cual es valorado como mejor que el *criterio de la distinción* permite, a sus defensores, recomendar su adopción, proponiendo que, en un futuro, esta debe ser la técnica de regulación para así salvar los problemas que se han generado con la misma.

Ante el poco avance de la propuesta de *unificación* en el derecho comparado, el *criterio de la distinción* permanece hasta hoy, mañana quien sabe. Si bien esta propuesta de la *unificación* ha orientado algunos de los últimos *Cps*, como el de Colombia, su aceptación ha sido cuestionada, y también, *ha sido abandonada para regresar al criterio de la distinción*, como sucedió desde el año de 1974 en el *Cp* italiano.

Esta situación demuestra que ni en la *legislación* ni en la *doc jur pen* existe *pax dogmática* al respecto, lo cual permitirá más y mejores discusiones y un mejor entendimiento de este tema.

4.3.3. La punibilidad del concurso de delitos

El surgimiento del *concurso de delitos* como figura limitadora del «quot delicta, tot poenae» permitió, que el criterio para la regulación de su punibilidad, fuese acorde con esta naturaleza y, por ello, la fórmula para su punibilidad fue el principio de *absorción, asperación*, y al final el de *acumulación jurídica potestativa*. Esta orientación de una *punibilidad limitadora*, empezó su abandono cuando se dejaron de lado los principios anteriores, *primero*, con el cambio de *acumulación jurídica potestativa* por el de *acumulación jurídica obligatoria*.

En los últimos años, en México, se está imponiendo una regla de punibilidad para el concurso ideal, *aplicar la regla del concurso real* para cierta clase de tipos penales¹²; o para la realización con *dolo* de la figura típica según el artículo 70 del *Cp* Sonora (México):

Artículo 70. En los casos de concurso real, se [...].

Tratándose de concurso ideal, si el delito fue dolosamente ejecutado para violar varias disposiciones penales o varias veces la misma

¹² Código Penal Federal: Artículo 64. En caso de concurso ideal [...], con excepción de los casos en que uno de los delitos por los que exista concurso ideal sea de los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, ambas reglamentarias de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, supuestos en los cuales se aplicarán las reglas de concurso real. [...].

disposición, o se realizó a sabiendas de que tal posibilidad ocurriera, se sancionará conforme a las reglas del concurso real¹³.

Con esta regulación establecida en el párrafo tercero la regla para la sanción del concurso ideal sólo se aplica cuando éste se haya producido mediante culpa.

4.3.4. El principio de acumulación material y el regreso del «*quot delicta, tot poenae*»

Si el *principio de acumulación material* se identifica con el «*quot delicta, tot poenae*», el *quantum* de la pena se forma con la suma de cada una de las penas de los delitos que integran el concurso. En sentido estricto ningún *Cp* mexicano lo regula para el *concurso ideal* pero puede presentarse, en el caso concreto, si las penas que se impongan no sobrepasan el límite señalado por el legislador, como en el art. 68 del *Cp* del Estado de México:

Artículo 68. En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que deberá aumentarse inclusive hasta la suma de las penas de los demás delitos, sin que el total exceda de cincuenta años.

En este *Cp* pensemos un concurso ideal entre homicidio simple (prisión de diez a quince años), lesiones (prisión de dos a seis años) y daños (prisión de seis a doce años). Las tres penas de prisión suman un total de treinta y tres años y al no exceder el límite de cincuenta años se impondrán todas y, con ello, existirá la aplicación del principio de *acumulación material*.

La regulación de la *punibilidad del concurso de delitos* en el *Cp* español y en los *Cps* mexicanos demuestra que el principio *tot delicta tot poena* que está en la base del sistema de la *acumulación material* no ha sido dejado de lado definitivamente: (1) su presencia se mantiene en España cuando los beneficios relacionados con el cumplimiento de la pena de prisión se obstaculizan (art. 78 *Cp*); (2) o cuando estos beneficios se niegan, como en México; (3) cuando las penas son incompatibles de cumplimiento simultáneo; (4) cuando las penas impuestas no exceden del límite legal (el triple de la más grave o el tiempo límite) que cada vez tiene mayor duración (en México, 60, 70, 80, o hasta 110 años de prisión). Piénsese en el siguiente supuesto: una persona es sentenciada por dos delitos que tienen cada uno

¹³ [Sin cursivas en el texto original].

pena de prisión de dos años y uno con pena de prisión de un año: deberá cumplir los cinco años de prisión porque no se cumple el triplo (seis años) o el límite máximo de cumplimiento. Esto demuestra que el sistema de *acumulación jurídica* sólo beneficia a quienes cometen los delitos mayormente penados. Si ello es así, entonces, el sistema de *acumulación material* o *aritmética* genera impunidad donde debería evitarla, lo que hace de este un sistema para los delitos de menor impacto social; (5) cuando se establece una regla general y se regulan excepciones para ciertos supuestos.

De esta manera, el *criterio de acumulación jurídica* se usa sólo para justificar y como protección para evitar las críticas del principio «*quot delicta, tot poenae*» que está en el contenido de estas excepciones sancionadas con el criterio de la *acumulación material o aritmética*.

4.3.5. La prescripción

El procedimiento para que se presente la prescripción en los supuestos de *concurso de delitos*, tampoco es único: (1) la regla de prescripción se identifica con el *principio de absorción*, el cual no consideramos correcto porque si los delitos son independientes, entonces, la pretensión punitiva, también, nace y termina en momentos diferentes para cada delito. De acuerdo con su contenido la prescripción del concurso real de delitos se presenta con la del delito de mayor punibilidad, por lo que si ésta no se presenta no se daría la prescripción de los demás delitos que forman el concurso, manteniéndose el concurso real de delitos hasta en tanto no prescriba el que tiene la mayor punibilidad; (2) los delitos prescriben *de manera separada* y en el plazo señalado para cada uno de ellos, y como cada delito tiene su propio momento de realización, entonces, su prescripción puede darse de manera simultánea si es que su momento de realización tiene coincidencia o se entrecruzan, según este criterio llamado del *paralelismo*; (3) la prescripción de cada uno de los delitos se computará de manera separada y simultánea. Cuando la prescripción del delito que merezca la mayor o el delito que se realice en el último tiempo definirán el término de su prescripción pero no la del *concurso de delitos* porque cada delito prescribe por separado, de manera que, por efectos de la prescripción, el concurso de delitos puede ser al final un caso de delito único y habrá sólo el proceso por el delito que no haya prescrito.

Si la prescripción nace con el delito, entonces, en los supuestos de *concurso real*, esta se da para cada delito y no para la figura del concurso de delitos. Esta postura es la que debiera orientar la *prescripción en los supuestos de concurso real* porque al ser independientes los delitos, también,

existe un momento diferente para el inicio de la prescripción y el desarrollo de la misma adquiere autonomía en cada uno de ellos. Además, si la figura del concurso de delitos tiene un reconocimiento de beneficio para el procesado, *el criterio de prescripción para cada delito y no para el concurso real* es más compatible con la idea de menos pena.

Otro supuesto que podemos ver como el retorno del «*quot delicta, tot poenae*», está relacionado con el término para que se presente la prescripción. Hace años, la idea aceptada era, en nuestro ámbito de cultura, que todos los delitos prescribían, lo cual hoy no es la regla, porque la imprescriptibilidad regulada en textos internacionales se proyectó a las legislaciones de los estados nacionales para esos delitos, y generó, la incorporación de otros.

Y también se aceptaba que, por lo general, para la prescripción era el *término medio aritmético de la pena*; esta idea, también está en retirada, como en el artículo 123 del Cp Guanajuato:

Artículo 123. La acción penal prescribirá en el término máximo de la sanción privativa de libertad del delito que se trate.

V. EL «*QUOT DELICTA, TOT POENAE*» IN BONAM PARTEM

Históricamente ha sido cuestionado porque su aplicación estricta es en perjuicio del sentenciado al tener que cumplir con todas las penas de todos los delitos cometidos. Pero, como toda regla para ser tal debe tener excepciones, esto se cumple en el texto del número 2 del artículo 77 del Cp español:

Artículo 77.

1. Lo dispuesto [...].
2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, *sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado*¹⁴.
3. En el segundo, [...].

Así, el «*quot delicta, tot poenae*» como figura subsidiaria, es una regulación en beneficio del sentenciado porque se le evita un cumplimiento de mayor alcance de las penas con la aplicación del *principio de asperación o exasperación*.

¹⁴ [Sin cursivas en el texto original].

Inimputabilidad y sistema penal. Breve Balance de un largo debate en Colombia

Juan Oberto Sotomayor Acosta*



I. EL CONTEXTO DE UNA TESIS DOCTORAL

EN SEPTIEMBRE DE 1986, poco después de culminar mis estudios de derecho en Medellín, llegué a la Universidad de Salamanca gracias a una beca de investigación la Diputación Provincial de Salamanca, donde fui acogido por un joven y carismático catedrático de derecho penal, el Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, a quien por aquel entonces solo conocía por las referencias que me había dado el profesor Juan Bustos Ramírez. Recuerdo que el primer día que hablamos me dijo que debía aprovechar la beca para realizar el doctorado y de inmediato me integró a su grupo de colaboradores. También me marcaron su generosidad y compromiso como maestro: el seminario semanal que en aquel momento dirigía fue un espacio de aprendizaje que marcó mi formación en derecho penal y, en especial, en la teoría general del delito. De Ignacio también admiro desde aquel entonces su compromiso con la defensa de los derechos humanos y su sensibilidad y solidaridad hacia la problemática latinoamericana, que lo llevaron a participar activamente en la lucha contra la dictadura en Chile y, años después, en la reforma legal derivada de los acuerdos de paz en El Salvador.

* Profesor de derecho penal, Universidad Eafit (Medellín). Este artículo es derivado del proyecto de investigación «Principios y garantías penales: sectores de riesgo», dirigido por M. Díaz y García-Conlledo en España (Código MINECO: DER2016-76715-R) y la cooperación de la Universidad Eafit (Código: 828-000073).

La primera vez que me reuní con Ignacio para hablar de mi tesis doctoral, me invitó a trabajar algún tema que aportara al derecho penal colombiano; fue entonces cuando le propuse realizar mi investigación doctoral sobre el tratamiento jurídico penal de la inimputabilidad, en particular sobre el déficit de garantías en el régimen penal derivado de la inimputabilidad. Se trataba de un asunto que había dado lugar a un intenso debate en la doctrina penal colombiana desde la vigencia del C.P. de 1936, el cual se había ampliado con la expedición del C.P. de 1980. En concreto, mi tesis *Inimputabilidad y sistema penal. Ideología de la defensa social: peligrosidad, irresponsabilidad y medidas de seguridad*, se centró en analizar de forma crítica el sistema penal derivado de la declaración de inimputabilidad y en elaborar un marco conceptual alternativo a la ideología de la defensa social, que posibilitara una respuesta razonable a algunos de los interrogantes ya planteados por la doctrina penal colombiana¹. Entre otros:

- a) ¿Todo sujeto que realiza el hecho en estado de trastorno mental o inmadurez psicológica es inimputable y por tanto debe imponérsele una medida de seguridad?
- b) ¿Puede reconocérsele a un inimputable una causa de justificación o de inculpabilidad (o exculpación)?
- c) ¿Dado que la pena presupone culpabilidad y ésta la imputabilidad, debe concluirse entonces que el inimputable no es culpable y por tanto tampoco penalmente responsable?
- d) ¿Son las medidas de seguridad aplicables al inimputable sanciones penales? Y, en cualquier caso, ¿deben ser temporalmente indeterminadas?

Lo primero que cabe destacar es que en Colombia estos interrogantes no se han dado como consecuencia del traslado mecánico de debates surgidos en otros lugares y a veces importados de manera artificiosa a nuestro medio, sino de una problemática propia, vinculada sobre todo al tratamiento dispensado al sujeto catalogado como inimputable bajo la vigencia del código penal de 1936, toda vez que por la influencia del positivismo naturalista se afirmaba la existencia de una responsabilidad social o legal (art. 11) predicable de todos los sujetos, incluyendo a quien ha obrado en estado de enajenación mental, grave anomalía síquica o intoxicación crónica (art. 29), lo que hacía de las medidas de seguridad una consecuencia

¹ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, texto que recoge la mencionada tesis doctoral, con un capítulo adicional referido al derecho penal colombiano.

siempre necesaria en tales casos. Por supuesto quien actuaba por fuera de dichas causales era con mayor razón considerado penalmente responsable, sólo que a diferencia del enajenado estaba sometido a pena y no a medida de seguridad².

Los problemas de este tratamiento se hicieron aún más evidentes en el C.P. de 1980, según el cual el hecho punible presupone la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2) y la culpabilidad, a su vez, presupone la imputabilidad del sujeto (art. 31); pese a ello, al inimputable le eran aplicables medidas de seguridad (art. 33), las cuales tenían una duración máxima indeterminada (arts. 94, 95 y 96) y en caso de enfermedad mental solo podían suspenderse si el sujeto recuperaba su «normalidad síquica» (arts. 94 y 95).

No obstante, transcurridas ya tres décadas de la culminación de esta tesis doctoral, quizás pueda afirmarse que el debate doctrinario que la originó, culminó (al menos en sus temas nucleares) con la expedición del C.P. de 2000, pues en alguna medida dicho texto recogió muchas de las propuestas surgidas durante este tiempo. Quizás sea entonces la hora de realizar un breve balance de la evolución de este debate y de su impacto en la configuración del sistema penal colombiano actual.

II. LA INIMPUTABILIDAD COMO CONCEPTO *DERIVADO*

El primero de los interrogantes planteados, es decir, si todo sujeto que realiza el hecho en estado de trastorno mental o inmadurez psicológica debe ser considerado inimputable y por tanto debe imponérsele una medida de seguridad, fue resuelto en Colombia con la expedición del C.P. de 1980, que permitió la caracterización de la inimputabilidad como un concepto *derivado*³, es decir, como un concepto que sólo surge de la concurrencia de un presupuesto biológico o psiquiátrico (el trastorno mental o inmadurez psicológica) y un determinado efecto psicológico derivado del mismo, cual es la incapacidad de comprensión de la ilicitud del hecho o la incapacidad de autodeterminación conforme a la misma. Se trata, por tanto, de un concepto mixto, en virtud del cual la inimputabilidad sólo se configura cuando del trastorno o inmadurez se deriva uno de los efectos psicológicos mencionados.

² Véase a AGUDELO BETANCUR, N., «La problemática de la inimputabilidad en la vieja y en la nueva jurisprudencia», en *Nuevo Foro Penal*, No. 18 (1983), pp. 256-257.

³ AGUDELO BETANCUR, N., *Los «inimputables» frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1986, pp. 40-56.

Si bien este concepto mixto de la inimputabilidad hoy puede considerarse pacífico en Colombia, lo cual explica que se haya mantenido incólume en el C.P. de 2000 (art. 33), en su momento la configuración de la inimputabilidad como concepto derivado significó una importante ruptura con la regulación anterior, en la que la imposición de la medida de seguridad dependía del solo hecho de que el sujeto hubiese realizado la conducta en cualquiera de los ya mencionados supuestos del art. 29 del C.P. de 1936; a partir del C.P. de 1980, es doctrina pacífica que el presupuesto de la medida de seguridad no es la enajenación o el trastorno sino la inimputabilidad, la cual no es identificable con el factor que la origina.

III. LA INIMPUTABILIDAD COMO CONCEPTO *RESIDUAL*

En lo que tiene que ver con la posibilidad de reconocerle a un inimputable una causa de justificación o de inculpabilidad, hoy en día no existen dificultades para responder en sentido afirmativo en relación con las primeras; en efecto, dado que la imputabilidad es un problema de culpabilidad y ésta presupone la realización de un comportamiento antijurídico por parte del sujeto, resulta más o menos fácil concluir que la ilicitud del comportamiento no depende de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto: actúa en legítima defensa quien racionalmente se defiende de una agresión injusta, actual o inminente, independientemente de que dicho sujeto sea un niño o un adulto, o padezca algún tipo de trastorno mental o inmadurez psicológica. Ello, sin embargo, no era algo tan evidente en la legislación penal de 1936, dado que a partir de lo previsto en los arts. 11 y 12 del C.P. de la época, un importante sector de la doctrina nacional entendía que para la aplicación de una medida de seguridad era suficiente con la existencia de un vínculo material o físico del sujeto con el hecho⁴. A partir de 1980 quedó claro en la ley penal que la imposición de la medida de seguridad presupone la realización de una conducta típica y antijurídica.

Menos obvio resultaba el reconocimiento de las causales de inculpabilidad o exculpación al inimputable, pues en este punto la dogmática penal tradicional no parece ofrecer respuestas satisfactorias. En efecto, en principio es perfectamente posible que un sujeto con trastorno mental o inmadurez psicológica pueda actuar en situación de estado de necesidad exculpante, insuperable coacción ajena o miedo insuperable, por ejemplo, pese a lo cual no está claro que dicha circunstancia pueda excluir la imposición de la medida de seguridad. En efecto, existe un amplio consenso

⁴ Para más detalles, AGUDELO BETANCUR, N., *Los «inimputables»*, pp. 5-10.

en la dogmática penal tradicional en considerar la imputabilidad como el primer elemento a analizar en el juicio de la culpabilidad⁵, de manera que la consideración del sujeto como inimputable simplemente excluye desde un comienzo la culpabilidad misma. En la concepción tradicional, la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de la ilicitud del hecho constituyen los presupuestos de la reprochabilidad; de ahí que su concurrencia resulte *prima facie* suficiente para entender que el sujeto estaba en posibilidad, en términos generales, de actuar conforme a derecho, salvo que se acredite la concurrencia de una causa de exculpación (o inexigibilidad), como las ya mencionadas, las cuales sólo tendría sentido analizar si se dan los presupuestos iniciales. Luego, en este esquema no parece en principio admisible que a un inimputable puedan reconocérsele eximentes como el miedo insuperable o la insuperable coacción ajena que impidan la imposición de la medida de seguridad, por cuanto, por una parte, dichas causales cumplen la función de excluir la culpabilidad de sujetos que en principio disponían de capacidad y posibilidad de comprensión y autodeterminación; aún más, para algunos autores en tales casos ni siquiera se estaría propiamente frente a supuestos de exclusión de la culpabilidad, sino más bien de eventos de *no necesidad* de pena, en razón de que las escasas posibilidades de motivación del sujeto que actúa en tales circunstancias harían innecesario el recurso a la pena con fines preventivos⁶.

La contradicción salta a la vista: al imputable, esto es, quien sí tiene capacidad de ser culpable y recibir en consecuencia el mayor reproche penal, se le debe excluir la pena si ha actuado en alguno de los supuestos de las llamadas causas de exculpación, pues en tal caso se entiende que no le es exigible otra conducta o no es necesaria la pena. Sin embargo, el inimputable, quien supuestamente no merece reproche penal, actuando en las mismas circunstancias no puede evitar ser sometido a un tratamiento coercitivo (salvo el caso del trastorno mental transitorio sin base patológica, art. 75 del C.P. actual) y, por lo menos en el caso colombiano, igualmente privativa de la libertad en la gran mayoría de los casos y tan o más aflictiva que la pena misma. Por supuesto, se trata de un trato discriminatorio carente de justificación, que vulnera claramente la exigencia constitucional (art. 13, Constitución Política) de dispensar a las personas que en razón de su salud mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, una protección especial (esto es, adicional o mayor a la dispensada a las demás personas, que en este caso serían los imputables).

⁵ De otra opinión, sin embargo, VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal, parte general*, 3.^a edición, Medellín, Comlibros, 2009, p. 830.

⁶ Por ejemplo, ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, Madrid, Civitas, 1997, p. 792.

El tema ha sido objeto de preocupación de la doctrina colombiana desde la vigencia del C.P. de 1936, momento desde el cual ya autores como Bernal Pinzón en primer término y luego Reyes Echandía y Estrada Vélez admitieron de manera expresa la posibilidad de que los inimputables pudieran actuar amparados por una causa de justificación o inculpabilidad⁷. En vigencia del C.P. de 1980 el debate fue adicionalmente enriquecido por Fernández Carrasquilla, para quien el inimputable puede actuar también con dolo (aunque natural) y por ende con culpabilidad (aunque incompleta o semiplena, según los planteamientos de este autor), lo cual significa entonces no sólo que la suya no es una responsabilidad objetiva, sino también que podrían reconocérseles causales de justificación e inculpabilidad⁸. La tesis de mayor acogida fue sin embargo la de Agudelo Betancur, para quien la inimputabilidad presupone la existencia de una especie de nexo causal entre el trastorno mental o la inmadurez psicológica y el hecho realizado, es decir, el trastorno o inmadurez debe constituir la explicación del hecho delictivo realizado por el sujeto, cosa que en su opinión no sucede cuando concurre miedo o coacción insuperables, pues en tales eventos la explicación del hecho se encuentra en el miedo o la coacción y no en el trastorno o la inmadurez. Luego, a efectos penales no es que en tales casos se le reconozca la eximente a un inimputable, sino que en razón de la coacción o el miedo no se está en presencia de un sujeto inimputable. En su opinión, la inimputabilidad es un concepto *residual*, pues la misma sólo se plantea «cuando no existen en el caso causales de atipicidad, ni justificantes ni disculpantes»⁹.

Esta concepción debe considerarse un desarrollo y perfeccionamiento (sobre todo desde el punto de vista de su fundamentación) de la tesis sostenida antes por Reyes Echandía, aunque tampoco está exenta de dificultades sistemáticas¹⁰. Mas lo cierto del caso es que se ha consolidado como un criterio práctico que evita la ya mencionada desigualdad de trato en la que incurrían los planteamientos tradicionales; de ahí que goce de amplio reconocimiento y la misma haya quedado plasmada de manera clara en el C.P. de 2000, cuyo art. 9 establece como requisito para la imposición de una medida de seguridad, la realización de una conducta «típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de

⁷ Un análisis detallado de las distintas posiciones de la doctrina penal de la época, en AGUDELO BETANCUR, N., *Los «inimputables»*, pp. 3 y ss.

⁸ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 317 y ss.

⁹ AGUDELO BETANCUR, N., *Los «inimputables»*, p. 80, en general, pp. 73-95, cursivas textuales.

¹⁰ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, pp. 213-222.

responsabilidad». De manera que el reconocimiento de dichas eximentes al «inimputable» no representa hoy en día problema jurídico alguno en el derecho penal colombiano.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INIMPUTABLE

Quizás la ruptura más importante de la doctrina penal colombiana con los planteamientos tradicionales sobre la inimputabilidad se presenta en torno a la cuestión de la supuesta irresponsabilidad penal del inimputable. En efecto, la tradicional teoría del delito entiende que la pena presupone la culpabilidad y el inimputable no puede actuar de manera culpable, razón por la cual éste carece de responsabilidad penal¹¹. No obstante, entiende también que es perfectamente viable que, pese a su inculpabilidad, el inimputable pueda ser sometido a medidas de seguridad, las cuales no se impondrían como respuesta a la realización de la conducta prevista como delito sino a la peligrosidad del sujeto.

De esta manera la dogmática penal tradicional ha construido un discurso jurídico artificioso, por cuanto dice partir de un concepto de la responsabilidad penal conforme al cual la responsabilidad penal presupone la culpabilidad del sujeto, lo cual inicialmente excluye a los inimputables. Pese a ello, permite de todas maneras que dichos sujetos sean privados de su libertad a partir de la vaga y manipulable noción de peligrosidad, con lo que de nuevo el discurso se torna contradictorio, pues la peligrosidad, a la que se considera un criterio ilegítimo o al menos insuficiente para imponer una pena a quienes son considerados capaces de un reproche penal (imputables), de manera inexplicable resulta suficiente para incidir de manera grave en la libertad y otros derechos de sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y desigualdad por razones mentales¹². El argumento central es que el inimputable no responde penalmente porque en realidad a él supuestamente no se le *sanciona* por el hecho cometido

¹¹ Cfr. JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 2003, p. 465. Esta fue también en el fondo la tesis que en vigencia del C.P. de 1980 sostuvo en Colombia ESTRADA VÉLEZ, F., *Derecho penal, parte general*, 2.ª edición, Bogotá, Temis, 1986, pp. 239-240, la cual dio lugar a un intenso debate en el que también participaron de manera muy activa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*, pp. 320-329 y AGUDELO BETANCUR, N., *Inimputabilidad y responsabilidad penal. A propósito de la polémica Estrada Vélez-Fernández Carrasquilla*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 47 y ss.

¹² Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, p. 249.

sino que se le impone una medida *preventiva* en razón de su peligrosidad o su problema mental.

La conclusión a la que finalmente ha llegado la doctrina penal colombiana es sin embargo la contraria, es decir: la inimputabilidad si bien excluye la pena, no excluye otras *sanciones* penales (medidas de seguridad), las cuales, aunque con fines preventivo-especiales, se imponen al sujeto en virtud de la comisión de un hecho previsto en la ley como delito, razón por la cual el inimputable es penalmente responsable, aunque se trata de una responsabilidad diferente a la del imputable. Por supuesto el punto central de discusión está en si las medidas de seguridad aplicables al inimputable tienen jurídicamente el carácter de sanciones, cosa que los planteamientos dogmáticos tradicionales suelen negar con el ya mencionado argumento de que si bien las medidas pueden considerarse un mal impuesto de manera coercitiva por una autoridad judicial, el mismo no se impone por la infracción de una norma de conducta sino por las características personales del autor y en últimas por su peligrosidad.

La falacia del argumento se torna evidente a medida que se repara en el hecho de que las medidas de seguridad previstas en el C.P. no pueden imponerse a cualquier sujeto con trastorno mental o inmadurez psicológica, por más peligroso que sea considerado, si no sólo a aquellos que han cometido cualquiera de las conductas previstas en ese mismo C.P. como delito¹³; luego, no se trata sólo de que se requiera la realización del *hecho* previsto como punible, sino algo más, esto es, que cumpla con todas las características requeridas para constituir un hecho penalmente *ilícito*. Si las medidas de seguridad no se impusieran como consecuencia de la realización de una conducta delictiva no habría ninguna razón para que estuvieran reguladas en el código penal y para que su aplicación fuese competencia exclusiva de un juez penal.

El reconocimiento de la responsabilidad penal del inimputable, en el sentido indicado, no implica ninguna novedad en el derecho penal colombiano, toda vez que se trata de una doctrina que se fue asentando de manera clara a partir de la entrada en vigencia del C.P. de 1936, que por influencia del positivismo naturalista italiano partía en su art. 11 del principio de responsabilidad social o legal, al establecer que «Todo el que cometa una infracción prevista en ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código». Por los mismos motivos, en el sistema penal colombiano la aceptación de la responsabilidad penal de los sujetos declarados como inimputables no supone en ningún caso una

¹³ Más ampliamente, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, pp. 146-161.

extensión del ámbito de aplicación del derecho penal, dado que en realidad nunca han estado fuera del mismo; lo que sí supone, por el contrario, es la restricción del ámbito de las sanciones penales sólo a los actos responsables, poniendo fin de una vez por todas a la ambigua existencia de un anacrónico sistema punitivo paralelo para los sujetos catalogados como inimputables, sistema que hasta hace poco se mostraba claramente en contravía de las más elementales garantías constitucionales.

Esta concepción tiene por supuesto importantes consecuencias, pues, por una parte, si las medidas de seguridad también son sanciones, significa que su imposición se encuentra sujeta a los límites constitucionales inherentes al ejercicio del poder punitivo estatal, independientemente de la forma que este asuma. Argumento este que precisamente fue uno de los tomados en cuenta por la Corte Constitucional colombiana para declarar la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad de duración indeterminada previstas en el anterior código penal, toda vez que tanto la pena que se impone al imputable como la medida de seguridad aplicable al inimputable, «implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal»¹⁴. Y las mismas consideraciones son las que explican el importante giro dado por el C.P. de 2000, que en sus arts. 70, 71 y 72 no sólo fijó un límite máximo de duración de las medidas de seguridad (20 y 10 años, según el caso), sino que estableció también un criterio para la determinación de la medida concreta.

Luego, conforme al C.P. de 2000 no hay duda de que la concurrencia de una causa de justificación o de exculpación excluye ya no solo la imposición de una pena sino también de una medida de seguridad (art. 9); conforme a ello, el inimputable es un sujeto penalmente responsable (en tanto sancionable), pues se encuentra sometido al régimen de medidas de los arts. 70, 71 y 72, aunque no culpable (y por ende no sancionable mediante *pena*). Y dado que las medidas constituyen una medida coercitiva tan grave como la pena misma, no podrán ser temporalmente indeterminadas (arts. 70, 71 y 72).

De esta manera, al acoger muchas de las propuestas que se venían reclamando por décadas, el legislador de 2000 puso fin a uno de los debates más largos e intensos en nuestra doctrina penal. No significa, por supuesto, que todos los asuntos hayan quedado resueltos, pues corresponde a la ciencia penal y a la jurisprudencia la tarea de reelaborar un concepto de

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1993; también en la sentencia C-297 de 2002.

imputabilidad¹⁵ del que puedan derivarse las consecuencias previstas en la actual legislación, pero sí han quedado delimitados con mayor claridad los límites de la intervención penal.

V. LA INIMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: UNA CONCEPCIÓN PROPIA

Esta concepción de la inimputabilidad que acaba de exponerse contraviene aspectos centrales de la doctrina estándar que sobre el tema ha construido la dogmática tradicional. Aún más, mirada desde dicha lente, algunos planteamientos de la doctrina nacional sobre el tema de la inimputabilidad podrían ser vistos como equivocados o producto de una «errónea» lectura de las fuentes originales. Sin embargo, en este caso se trata de una ruptura consciente, por cuanto el debate sobre la inimputabilidad en Colombia en todo momento ha girado en torno a nuestro propio derecho positivo y nuestra propia realidad social. Que ello conduzca a la hibridación o al mestizaje que supone la mezcla de teorías es lo que menos debería importar, con tal que contribuya a la resolución del problema de fondo, pues en muchos casos lo que desde el punto de vista de la teoría original puede ser visto como una tergiversación puede al mismo tiempo significar la apertura de espacios de adaptación y verdadera creación en atención a las particularidades propias de los lugares de aplicación¹⁶.

En este sentido la tesis doctoral que realicé bajo la dirección del profesor Berdugo Gómez de la Torre es una tesis *mestiza*, esto es, una tesis que no hubiera sido posible sin el marco de la teoría penal europea, por una parte, pero tampoco sin los interrogantes surgidos de la realidad jurídica y social colombiana de aquel momento. Por ello, entre las múltiples aspectos que tengo que agradecerle a Ignacio, después de más de treinta años de defensa de mi tesis doctoral, destaco en primer lugar el respeto que siempre tuvo por mis preocupaciones y mis ideas, así muchas veces no las compartiera, como estoy seguro que ocurrió en más de una ocasión. Ello dice mucho de su talante democrático y pluralista. ¡Gracias querido Ignacio!

¹⁵ Véase en tal sentido, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, pp. 236-277.

¹⁶ LÓPEZ MEDINA, D. E., «¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina?», en BONILLA MALDONADO, D. (editor), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2009, p. 86.

CAPÍTULO III.
DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Corrupción transnacional: del caso Lockheed al caso Odebrecht

Demelsa Benito Sánchez*



I. INTRODUCCIÓN

EN ESTE HOMENAJE al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre me he tomado la licencia de emplear como título de este capítulo el que utilizó el homenajeado en una de sus conferencias, pronunciada en la Universidad de Salamanca el 24 de mayo de 2021. El tema aquí objeto de estudio, la corrupción transnacional, ha ocupado y preocupado al profesor Berdugo desde hace años. Son innumerables sus publicaciones, conferencias y seminarios al respecto, en universidades españolas y extranjeras. Sobre este tema tuve el honor de que dirigiera mi tesis doctoral en la Universidad de Salamanca junto con el profesor Eduardo Fabián Caparrós. Precisamente, en el año 2009, ambos publicaban un extraordinario trabajo sobre los nuevos perfiles de la corrupción¹. Esos nuevos perfiles de la corrupción se aprecian a la perfección en la modalidad de la corrupción transnacional pues en este tipo de comportamientos se observa (a) la presencia de nuevos actores, más allá del funcionario público nacional, (b) las relaciones clientelares entre los implicados, (c) una lesividad mucho mayor que la corrupción clásica en tanto que sus efectos superan con creces el defectuoso funcionamiento de la Administración Pública, y (d) una conexión con otras modalidades delictivas

+ Profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas». *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 81, 2009, pp. 7-35.

como el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Este tipo de corrupción fue ignorado por el Derecho penal hasta tiempo muy reciente. Téngase en cuenta que, mientras que los delitos de cohecho han estado presentes en el Código Penal español y en los Códigos Penales de nuestro entorno desde la codificación del siglo XIX, el delito de soborno transnacional se incorporó a las legislaciones penales en las postrimerías del siglo XX, en países como Alemania, Argentina y México, y en los albores del siglo XXI, en países como España, Francia e Italia. En el momento actual, el abordaje de la corrupción transnacional es uno de los retos a los que se enfrenta la sociedad actual, como señaló el profesor Berdugo en su *Lección inaugural* del curso académico 2018-2019 en la Universidad de Salamanca, pronunciada el 13 de septiembre de 2018 en el Paraninfo del Edificio Histórico².

El referido trabajo sobre los nuevos perfiles de la corrupción fue uno de los primeros en los que el profesor Berdugo analizó el tema objeto de análisis en este capítulo. Sin embargo, su preocupación por la internacionalización del Derecho penal, una cuestión estrechamente vinculada con el tema que nos ocupa, se remonta a los inicios de su carrera³. En el abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional no puede obviarse la internacionalización de la sociedad en la actualidad. Esta característica del momento presente tiene repercusiones en todas las ramas del Derecho, entre ellas, el Derecho penal, como ha señalado el profesor Berdugo⁴. El tratamiento que desde los ordenamientos jurídicos actuales se dispensa a la corrupción no puede ignorar esta dimensión internacional, pues las iniciativas meramente nacionales para combatir este lesivo y globalizado fenómeno son ineficaces. Consciente de esta realidad, la comunidad internacional, reunida en diferentes foros desde los años noventa, fue adoptando toda una serie de convenios en la materia que tratan de armonizar las legislaciones penales nacionales con el objetivo de poder combatir la corrupción de una forma más coordinada y, por tanto, más eficaz. Además de la internacionalidad, hay una segunda característica de la corrupción

² Se puede consultar su *Lección inaugural* en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones desde Salamanca*. «Decíamos ayer, decimos hoy, diremos mañana». Universidad de Salamanca, 2018.

³ La tesis doctoral del homenajeado, defendida en la Universidad Complutense de Madrid en 1976, se tituló *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa. Su desarrollo hasta 1940*. Una actualización de la tesis se publicó bajo el título *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*. Universidad Pontificia de Salamanca, 1982.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Acerca de la internacionalización del Derecho penal». En PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. 2012, Tirant lo Blanch, p. 22.

en el momento actual que el profesor Berdugo destaca en sus trabajos: su vinculación con la delincuencia económica⁵. Esta característica obliga a abordar la lucha contra la corrupción transnacional con las herramientas con las que trata de combatirse la delincuencia de cuello blanco, que tiene como protagonistas a las empresas, y en el caso concreto de la corrupción transnacional, a grandes empresas multinacionales, como nos muestra la realidad (Airbus, Odebrecht, Siemens, etc.). En otras palabras, no se puede diseñar una política criminal eficaz contra la corrupción transnacional que no tenga en cuenta la responsabilidad de las personas jurídicas y la relevancia de los programas de cumplimiento normativo como mecanismo de prevención⁶. El tercer rasgo distintivo de la corrupción transnacional que apunta el profesor Berdugo en sus escritos y que condiciona su abordaje es su vinculación, en múltiples ocasiones, a la delincuencia organizada⁷. Esta situación hace que la persecución y la sanción de la corrupción sea extremadamente complicada pues los recursos (legales y extralegales) con los que cuentan las redes de crimen organizados son casi ilimitados⁸. De hecho, en diversas ocasiones ha manifestado el homenajeado que el problema en el combate de la corrupción no es la criminalización primaria sino los procesos de criminalización secundaria, es decir, la escasa aplicación de las normas penales en materia de corrupción⁹.

Los efectos de esta corrupción internacional son devastadores para los sistemas políticos, para los sistemas económicos y para los derechos

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española». *Estudios de Deusto*, 63/1, p. 233.

⁶ Entre los primeros trabajos del profesor Berdugo en los que se relaciona la corrupción con las personas jurídicas, puede consultarse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, 20, 2013, pp. 1-26. Entre los trabajos más recientes, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas». *Revista Derecho y Sociedad*, 52, 2019, pp. 165-181, especialmente, pp. 168-169. En general, sobre el debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, 2013, pp. 161-181.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., p. 167.

⁸ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «Prólogo». En OLASOLO, H. / BUITRAGO DÍAZ, E. / MANÉ GRANADOS, C. S. Y SÁNCHEZ SARMIENTO, A. (Coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant lo Blanch, 2021, p. 37.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., pp. 175-176; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La respuesta penal internacional frente a la corrupción...». Cit., pp. 233-234. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones desde Salamanca...* Cit., p. 85.

humanos¹⁰. En el primer plano, la corrupción mina las bases sobre las que se asienta el Estado democrático y de Derecho, provocando que los ciudadanos pierdan la confianza en las instituciones democráticas. En el plano económico, la corrupción es un claro obstáculo al desarrollo pues supone un plus en el gasto público, retrae la inversión extranjera y restringe la competencia en los mercados. En el terreno de los derechos humanos, la corrupción es el paradigma de la desigualdad: quien más tiene recibe más y a quien menos tiene se le priva incluso de lo que posee y se le impide el acceso a los derechos y oportunidades propios del Estado social. Por eso, la corrupción incide con más dureza sobre los más desfavorecidos.

El diseño de políticas para tratar de reducir los comportamientos corruptos es, por tanto, indispensable para afianzar las democracias, para impulsar el crecimiento económico y para lograr una sociedad más igualitaria. Para el diseño de estas políticas se deben tener en cuenta los errores del pasado, esencialmente, el déficit de controles preventivos en las empresas y en la Administración Pública, y la ausencia de sanciones penales para determinadas modalidades de corrupción como el soborno transnacional. En este trabajo se pretende arrojar luz para diseñar una estrategia eficaz en la lucha contra la corrupción transnacional, para lo cual se parte del estudio de dos casos que han marcado el abordaje de estas conductas. El primero es el caso Lockheed, que tuvo lugar cuando ni siquiera existían normas que prohibieran y castigaran el soborno transnacional, pero a partir del cual toda la política criminal contra la corrupción comenzó a cambiar. El segundo es el caso Odebrecht, un caso reciente que pone de manifiesto que la práctica del soborno transnacional continúa siendo una constante en las relaciones comerciales internacionales, casi medio siglo después del escándalo de la Lockheed Corporation. El caso Odebrecht nos lleva obligatoriamente a la reflexión acerca de lo que está fallando en la actual política criminal contra la corrupción internacional. Precisamente, el caso Odebrecht ha preocupado al profesor Berdugo no solo desde el punto de vista académico sino también personal, dado su afecto por los países de América Latina, en donde las consecuencias de este caso han sido demoledoras, y en especial por Brasil, país del que procede la multinacional, y país por el que el profesor Berdugo siente una especial vinculación como director del Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Salamanca.

¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas». Cit., pp. 12-17.

II. LECCIONES APRENDIDAS DEL CASO LOCKHEED

En pleno regeneracionismo de la vida política y económica de los Estados Unidos, estalló en el año 1972 el escándalo Watergate, evidenciando toda una serie de prácticas ilícitas realizadas por la clase política y empresarial del país. No tan conocido como el caso que obligó a dimitir al presidente Nixon es el que tuvo como protagonista a una empresa aeronáutica del país, la Lockheed Corporation. Esta multinacional pagó decenas de millones de dólares en concepto de sobornos desde los años sesenta a funcionarios públicos de diversos países para obtener contratos con sus Administraciones Públicas, como reconoció el entonces presidente de la compañía ante una subcomisión de investigación en el Senado de Estados Unidos¹¹.

El escándalo de la Lockheed Corporation no fue un suceso aislado en las relaciones comerciales internacionales de la época, dominadas por las empresas estadounidenses. Como revelaría en 1974 una investigación llevada a cabo por la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos, alrededor de 400 empresas norteamericanas habían realizado pagos cuestionables o ilegales a funcionarios extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales, susceptibles de ser calificados como corrupción en el exterior¹².

Ni la Lockheed Corporation ni el resto de empresas mencionadas en esa investigación pudieron ser condenadas por el pago de esos sobornos en el extranjero pues, en ese momento, la única corrupción que se castigaba en Estados Unidos, como en el resto de países, era la que iba destinada a sobornar a los propios funcionarios públicos, pero no la que implicaba a funcionarios de terceros Estados. Se entendía entonces, como ha señalado el profesor Berdugo, que estas prácticas eran un problema de los países cuyos servidores públicos solicitaban o admitían los sobornos, y no un problema de los países cuyas empresas los pagaban¹³.

¹¹ DARROUGH, M., «The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience». *Journal of Business Ethics*, 93, 2004, pp. 257-258; KOEHLER, M., «The Story of the Foreign Corrupt Practices Act». *Ohio State Law Journal*, 73:5, 2012, pp. 932-938.

¹² ELDRIGE, P., «Without Bounds: Navigating Corporate Compliance through Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act». *Arkansas Law Review*, 66, 2013, p. 736; RATCLIFFE, R., «The FCPA's Legacy: A Case for Imposing Aiding-and-Abetting Liability on Corporations through an Amended Alien Tort Claims Act». *Texas International Law Journal*, 49:83, 2014, pp. 92-93; WILLBORN, E., «Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors». *Minnesota Journal of International Law*, 22, 2013, p. 424.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., p. 171.

Al conocer el modo de actuar de sus empresas, la opinión pública estadounidense se estremeció y condenó tales prácticas. Recuérdesse que el país vivía una situación complicada: venía de perder la guerra de Vietnam y en las calles se clamaba por los derechos civiles. La clase dirigente del país se vio obligada a tomar medidas para restaurar la confianza pública en la integridad de la economía estadounidense¹⁴. El resultado fue la aprobación, en el año 1977, de la *Foreign Corrupt Practices Act* (en adelante, por sus siglas en inglés, FCPA), ley que castiga penalmente el soborno a servidores públicos de otros Estados en el marco de las relaciones comerciales internacionales.

La recién aprobada *Act* no estuvo exenta de polémica. Desde su adopción fue criticada por las multinacionales del país pues argumentaban que la nueva ley les colocaba en una situación de desventaja respecto de sus competidoras de otros países ya que estas últimas no tenían prohibida por sus legislaciones la práctica del soborno en el extranjero¹⁵. De ahí que el gobierno estadounidense solicitara en organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE la adopción de un texto internacional vinculante que obligara al resto de países a prohibir estas prácticas¹⁶. Pero tales pretensiones no fueron satisfechas. El gobierno de Estados Unidos no consiguió obtener más que textos de *soft law* en los organismos internacionales¹⁷. El resto de la comunidad internacional (en especial, los países europeos) no parecía ser consciente de los desastrosos efectos de la corrupción transnacional pues debieron transcurrir dos décadas hasta ver los primeros textos legales internacionales vinculantes en la materia.

Pese a que la FCPA no tuvo mucha aplicación en sus primeros años de vigencia¹⁸, de ella se aprendieron diversas lecciones que marcarían la futura política criminal internacional en materia de corrupción. En primer lugar,

¹⁴ TURK, M., «A Political Economy Approach to Reforming the Foreign Corrupt Practices Act». *Northwestern Journal of International Law & Business*, 33:2, 2013, pp. 332-333.

¹⁵ HOVEN, E., *Auslandsbestechung. Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung*. Nomos, 2018, p. 39.

¹⁶ PIETH, M., «International Efforts to Combat Corruption», en ALVAZZI DEL FRATE, A. / PASQUA, G. (Eds.), *Responding to the Challenges of Corruption*, UNICRI, 2000, p. 21.

¹⁷ Por ejemplo, la OCDE y la Cámara Internacional de Comercio publicaron recomendaciones donde se instaba a las empresas a no recurrir al soborno en el desarrollo de sus actividades comerciales internacionales.

¹⁸ Se puede consultar al respecto, WESTBROOK, A., «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act». *Georgia Law Review*, 45, 2011, pp. 489-577; WILLBORN, E., «Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA...». Cit., pp. 422-452.

con esta ley comienza el reconocimiento de que la corrupción tiene una lesividad que va más allá del ataque a la Administración Pública, como se había entendido tradicionalmente. En segundo lugar, la FCPA puso sobre la mesa la necesidad de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un tema que fue tabú en varios ordenamientos continentales hasta tiempo reciente pero que poco a poco va incorporándose a los Código Penales pues es indispensable para abordar la delincuencia económica. En tercer lugar, la FCPA llevó a reflexionar sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal en la materia, habida cuenta del carácter eminentemente transnacional de la corrupción en el momento actual¹⁹. En cuarto lugar, la FCPA puso de manifiesto que no solo es necesaria una política de castigo frente a la corrupción transnacional, sino que también es esencial una política preventiva, como ha destacado el profesor Berdugo en sus múltiples publicaciones sobre la materia²⁰. Téngase en cuenta que la *Act* impone a las empresas toda una serie de obligaciones contables que tratan de evitar, precisamente, la existencia de una contabilidad paralela que facilite el pago del soborno.

La FCPA, que nació del escándalo de la Lockheed Corporation, fue el germen de la normativa internacional de referencia en materia de corrupción transnacional. La Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada por la Organización de Estados Americanos en el año 1996, fue el primer documento internacional vinculante que exigió a los estados la tipificación del soborno transnacional. En el precepto en cuestión, el art. 8 de la Convención, es clara la influencia de la norma estadounidense. En 1997, en el seno de la OCDE, se adoptó el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las relaciones comerciales internacionales²¹. De manera similar a la FCPA, el Convenio de la OCDE

¹⁹ Sobre la influencia de la FCPA en la política criminal actual en materia de corrupción, véase, incidiendo en estos tres puntos, NIETO MARTÍN, A., «La privatización de la lucha contra la corrupción». En ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, pp.194-196.

²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas». Cit., p. 25; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., p. 178; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La respuesta penal internacional frente a la corrupción...». Cit., pp. 234-235; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Prólogo». En BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel, 2012. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal*. Cit., pp. 189-192.

²¹ Sobre el análisis de los convenios internacionales en materia de corrupción se pueden consultar los siguientes trabajos del profesor BERDUGO: «Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal». *Revista*

contiene no solo las medidas represivas, es decir, la tipificación del soborno transnacional, sino también medidas preventivas, poniendo el foco, como hace la FCPA, en las normas sobre contabilidad en las empresas. La importancia de esta norma es tal que el profesor Berdugo ha dicho de ella que es la «pieza clave» en la lucha contra el soborno transnacional, junto con el referido Convenio de la OCDE²². Posteriormente, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, del año 2003, también exigiría a los estados el castigo del soborno transnacional, en un precepto, el art. 16.1, donde también se deja ver la influencia de la FCPA.

El escándalo de la Lockheed Corporation vio la luz hace ya medio siglo. En ese momento, no existían normas que permitieran castigar la corrupción transnacional. Con ese caso todo cambió. De ese escándalo derivó la FCPA y, con ella, toda una normativa internacional de referencia en la materia. Los compromisos asumidos por los estados al ratificar estos instrumentos internacionales llevaron a la modificación de las legislaciones internas para combatir la corrupción transnacional. Sin embargo, aún queda un reto pendiente: la aplicación de esas legislaciones. El informe que elabora periódicamente Transparencia Internacional sobre la aplicación del Convenio de la OCDE muestra datos demoledores. Solo cuatro países, de los más de cuarenta que lo han ratificado, realizan una aplicación activa del mismo, mientras que la mayoría no lo aplican o realizan una aplicación escasa o limitada, como se puede ver en la tabla 1. En este sentido el profesor Berdugo ha puesto de manifiesto la necesidad de incidir en los procesos de criminalización secundaria, en tanto que la incorporación de tipos penales sobre corrupción transnacional ya se ha realizado con éxito²³.

Tabla 1. Aplicación del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

Active enforcement	4 countries with 15,58% of world exports US, UK, Switzerland, Israel
Moderate enforcement	9 countries with 20,2% of world exports Germany, France, Italy, Spain, Australia, Brazil, Sweden, Austria, Norway, Portugal

Penal, 37, 2016, pp. 23-45; «La respuesta penal internacional frente a la corrupción...». Cit., pp. 236-247.

²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., p. 171.

²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., pp. 175-176.

Limited enforcement	15 countries with 9,6% of world exports Netherlands, Canada, Austria, Denmark, South Africa, Argentina, Chile, Greece, New Zealand, Colombia, Lithuania, Slovenia, Estonia, Costa Rica, Latvia
Little or no enforcement	19 countries with 36,5% of world exports China, Japan, Korea (South) Hong Kong, India, Mexico, Ireland, Russia, Singapore, Belgium, Poland, Turkey, Czech Republic, Luxembourg, Hungary, Finland Slovakia, Peru, Bulgaria

Fuente. Transparency International. *Exporting Corruption. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-corruption Convention*. Transparency International Publications, 2020.

II. LECCIONES APRENDIDAS DEL CASO ODEBRECHT

En el año 2015 saltaba a la luz el que probablemente sea el caso más significativo de corrupción internacional hasta la fecha. El caso Odebrecht reúne todas las características que definen la corrupción internacional: las relaciones clientelares entre multinacionales y altos cargos públicos, la utilización de entramados empresariales y de paraísos fiscales para procurar el pago de los sobornos, la vinculación a otras modalidades delictivas como el crimen organizado y el blanqueo de dinero, etc. Odebrecht S.A., compañía brasileña dedicada esencialmente al sector de la ingeniería civil, era la cúspide de un grupo societario de enormes dimensiones. En el año 2002, Odebrecht fundó Braskem S.A., empresa petroquímica que desde el año 2003 cotizaba en la bolsa de Nueva York a través de los certificados ADR (*American Depositary Receipt*), razón por la cual la empresa era destinataria de la FCPA en tanto que era un emisor de valores en el sentido de la sección 78dd-1 de la *Act*. Dentro de todo el entramado empresarial se hallaba la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., con un papel precipuo en la red de pagos de sobornos pues dentro de esta empresa se ubicaba la llamada «División de operaciones estructuradas», que desde su creación en el año 2006 tenía como fin, precisamente, la gestión del pago de los sobornos de todo el conglomerado Odebrecht».

«De acuerdo con la investigación llevada a cabo por el departamento de justicia de Estados Unidos, en colaboración con las autoridades brasileñas y suizas, Odebrecht pagó alrededor de 788 millones de dólares en concepto de soborno desde el año 2001 a diversos funcionarios extranjeros para conseguir contratos en sus países, especialmente, contratos de obra

pública. Para realizar el pago de los sobornos, Odebrecht contaba con una estructura financiera secreta gestionada por esa «División de operaciones estructuradas», o como la denominaron las autoridades de Estados Unidos, «División de sobornos». Este departamento gestionaba una ingente «caja B» gracias a un sistema informático que canalizaba todo el dinero a través de diferentes entidades *off-shore*, desde las que después se transfería el soborno a su destinatario. En ocasiones también se recurría a la entrega de dinero en metálico en los clásicos maletines. Todo este sistema de Odebrecht fue también utilizado por Braskem para sobornar a políticos en Brasil. Ambas compañías firmaron un *plea agreement* a finales de 2016 con el departamento de justicia de Estados Unidos en el que se declararon culpables de los hechos descritos, que constituyen una violación de las normas anti-soborno de la FCPA. En virtud de los *plea agreements*, Odebrecht y Braskem aceptaron pagar una multa conjunta de 3'5 billones de dólares a los países que llevaron a cabo la investigación: Estados Unidos, Brasil y Suiza²⁴.

Medio siglo después del caso Lockheed, las prácticas de soborno transnacional se siguen reiterando en las relaciones económicas internacionales. Sin embargo, hay algo diferente entre ambos momentos históricos: las legislaciones. Antes no existía una base legal para sancionar estos comportamientos y ahora sí. Sin embargo, el caso Odebrecht demuestra que aún queda mucho por hacer en esta lucha contra la corrupción transnacional pues pese a contar con todo un marco legislativo de referencia, a nivel internacional y nacional, los casos de soborno se suceden. Aquí se exponen algunas lecciones aprendidas del caso Odebrecht a tener en cuenta.

(1) Es imprescindible la adopción de medidas de prevención de la corrupción en las empresas multinacionales, las protagonistas de esta modalidad de corrupción a gran escala en el mercado mundial. Los programas de cumplimiento, tan populares en los últimos años, no pueden quedarse en un mero maquillaje para eludir una eventual responsabilidad penal de la empresa en países como España en los que así se ha estipulado. Estos programas deben dirigirse a instaurar en la organización una verdadera cultura ética que disuada de la comisión de delitos. La importancia de estos programas en las empresas es tal que los *plea agreements* mencionados de Odebrecht y Braskem incluyen el compromiso de adoptar un *compliance program* que incluya toda una serie de controles internos para evitar

²⁴ Plea Agreement Cr. No. 16-643 (RJD), United States v. Odebrecht S.A., 2016 (United States District Court for the Eastern District of New York). Plea Agreement Cr. No. 16-644. (RJD), United States v. Braskem S.A., 2016 (United States District Court for the Eastern District of New York).

una contabilidad paralela y para detectar e impedir violaciones de la FCPA, así como de otras normas anticorrupción. El programa de cumplimiento deberá contener los siguientes elementos, según se establece en los *plea agreement* en consonancia con lo dispuesto en el documento del departamento de justicia de Estados Unidos titulado *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. (a) Compromiso explícito de la alta dirección. (b) Previsión de políticas y procedimientos para prevenir el soborno. (c) Sistema periódico de revisión de riesgos. (d) Vigilancia e independencia del órgano de monitoreo. (e) Formación para todos los empleados, incluidos los altos cargos. (f) Instauración de un sistema de denuncia interna y de investigación de estas denuncias. (g) Implementación de un sistema de *due diligence* para las relaciones con socios comerciales, incluyendo operaciones de adquisiciones y fusiones. (h) Verificación periódica de todo el programa anticorrupción. (i) Nombramiento de un *independent compliance monitor* para supervisar la implementación del programa de cumplimiento²⁵.

(2) El caso Odebrecht también nos ha enseñado la necesidad de implementar férreos controles en las Administraciones Públicas para evitar la compra-venta de decisiones favorables, especialmente, en los procedimientos de contratación pública, ámbito muy ligado a la corrupción, en general, y a la corrupción transnacional, en particular. De hecho, la OCDE ha señalado que más de la mitad (el 57%) de los sobornos transnacionales se producen en este sector de la contratación pública²⁶, y casi dos terceras partes de los sobornos transnacionales se producen en sectores muy relacionados con la contratación pública, como el sector extractivo, el sector de la construcción, el sector transporte y el sector de la información y comunicación (19%, 15%, 15%, 10%, respectivamente)²⁷. En este punto son imprescindibles medidas extrapenales que garanticen la transparencia en la contratación y procedimientos basados en criterios objetivos, a la vez que es esencial un sistema de sanciones por incumplimientos con la Administración Pública, como la imposibilidad de volver a contratar con ella o de obtener ayudas o beneficios fiscales por un periodo determinado. Igualmente es imprescindible contar con autoridades de control independientes, no designadas por los partidos políticos, para evitar posibles actuaciones en favor de los políticos que las nombraron. Todas estas medidas,

²⁵ Véanse los *plea agreements* mencionados en la nota anterior, en concretos, los anexos C y D de cada documento.

²⁶ OECD. *Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*. OECD Publishing, 2014, p. 32.

²⁷ OECD. *Foreign Bribery Report...* Cit., p. 22.

como las penales, no deben quedar en papel mojado. Los estados han ido adoptando normas sobre transparencia y contratación pública, muchos de ellos alentados por la OCDE. Lo que se necesita ahora es su verdadera aplicación, lo mismo que se necesita respecto de las normas penales.

(3) También nos ha enseñado el caso Odebrecht lo difícil que es tener conocimiento de un caso de corrupción a pesar de que sus magnitudes sean desorbitadas. Estos entramados empresariales hacen que sea relativamente sencillo ocultar este tipo de prácticas ilícitas, de ahí que sea muy difícil que lleguen a conocimiento de las autoridades. Por eso se debe incentivar la denuncia de la corrupción, como mecanismo para facilitar el descubrimiento de estos comportamientos delictivos y la depuración de responsabilidades. En las primeras iniciativas internacionales en materia de corrupción se prestó poca atención a los *whistleblowers*, esas personas que revelan un hecho de corrupción, y que en ocasiones ponen en riesgo hasta su propia vida y la de su familia²⁸. No nos referimos aquí a los arrepentidos o *pentiti*, sino a quien revela un hecho sin haber participado en él. La Convención de Naciones Unidas sí se refiere a estos denunciadores en su art. 33, instando a los estados a adoptar medidas legales para protegerlos. En los últimos años han visto la luz numerosas iniciativas internacionales que reclaman a los estados protección para los denunciadores²⁹. Aunque todas estas iniciativas suponen un avance, queda aún mucho por hacer para protegerlos frente a represalias. La situación respecto de los arrepentidos es diferente. Respecto de ellos, como ha señalado el profesor Berdugo, se debe reflexionar sobre la conveniencia de aplicar atenuantes u otras fórmulas que puedan reducir su condena³⁰.

(4) Otra lección aprendida del caso Odebrecht es la necesidad de reforzar la cooperación internacional para abordar la prevención y la persecución de las conductas de corrupción internacional. Por su propia naturaleza, son comportamientos que traspasan las fronteras, especialmente, en lo que a los flujos de dinero se refiere. Es por eso esencial lograr la cooperación de los países que reciben los capitales procedentes de la

²⁸ En Colombia, la fiscalía abrió investigaciones después de que un testigo clave del caso Odebrecht y su hijo fueran encontrados muertos en 2018. En Brasil, el que fuera vicepresidente de la compañía, y también testigo clave del caso, apareció muerto en 2019.

²⁹ Se pueden consultar, por ejemplo, las siguientes: Unión Europea. *Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*; Naciones Unidas. *Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de denunciadores*, 2016; Consejo de Europa. *Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers and explanatory memorandum*, 2014.

³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., p. 179.

corrupción. El control sobre los flujos de dinero es indispensable para la prevención de la corrupción y del blanqueo de capitales, dos modalidades delictivas íntimamente unidas. Además, la cooperación internacional es esencial para la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos. Téngase en cuenta que la corrupción persigue obtener una ganancia económica, por eso, la estrategia anticorrupción no estará completa sin la privación al delincuente de los capitales ilícitos, tema al que el profesor Berdugo le ha dedicado diversos estudios en los últimos años³¹. La estrategia *crime does not pay* es esencial para impedir el disfrute de lo obtenido por el delito de corrupción, lo que servirá para la disuasión de potenciales delincuentes en el futuro.

IV. REFLEXIONES FINALES

En *De los delitos y de las penas*, señalaba Beccaria que es mejor prevenir los delitos que castigarlos. Esta máxima de la obra que marca el nacimiento del Derecho penal moderno ha estado siempre presente en los trabajos del profesor Berdugo en la materia que nos ocupa. En una de sus últimas publicaciones señala que debemos «tomar conciencia de la necesidad de políticas preventivas que aborden las situaciones que posibilitan el soborno internacional y que sin duda exceden al Derecho penal»³². Medidas preventivas como las señaladas en el epígrafe anterior, a las que sin duda deben sumarse otras, son esenciales para evitar los desbastadores efectos de la corrupción.

Pese a que el foco deba ponerse en las medidas extrapenales, no podemos ignorar que el Derecho penal cumple también una función de prevención de los comportamientos más intolerables para la sociedad. Por eso, el Derecho penal también está llamado a desempeñar una labor importante en la lucha contra la corrupción, en general, y contra la corrupción

³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso». *Revista Penal*, 40, 2017, pp 22-42. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (Eds.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch, 2020. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Garantizar que el delito no resulte provechoso: el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción». En SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. BdF, 2017, pp. 903-914. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (Dir.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Tirant lo Blanch, 2017.

³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional...». Cit., pp. 178.

transnacional, en particular. Pero en este punto no debe caerse en el populismo punitivo. Las normas penales anti-corrupción deben respetar, como cualquier otra norma penal, los principios que legitiman y limitan el uso del *ius puniendi* en estados democráticos³³. Por eso no puede defenderse un aumento indiscriminado de las penas para los delitos de corrupción o la eliminación de beneficios penales para los condenados por estos delitos, proclamas que lanzan a menudo los políticos para calmar a la sociedad pero que ni son respetuosos con los principios esenciales del Derecho penal, ni suelen materializarse en mejores investigaciones que generen un aumento de las condenas por delitos de corrupción pues, como ha señalado el profesor Berdugo, lo necesario es reforzar los procesos de criminalización secundaria en este ámbito, en tanto que los Códigos Penales ya cuentan con multitud de figuras delictivas relacionadas con la corrupción³⁴. Esto pasa por un refuerzo de las autoridades encargadas de investigar y enjuiciar la corrupción, sin olvidar aquí también que las garantías procesales-penales no se pueden ignorar en estos delitos, como en ninguno otro, en Estados de Derecho, como el nuestro. En este punto, es apropiado volver a recordar a Beccaria en su obra *De los delitos y de las penas*. Indicaba el milanés que no disuade tanto la dureza de la pena como la certeza y prontitud de la misma. En este sentido, si queremos que el Derecho penal cumpla su función preventiva anti-corrupción no podemos olvidar esas palabras. Los estados deben invertir en los recursos necesarios para que los corruptos reciban su pena, siempre con el respeto a las garantías penales, y efectivamente la cumplan, incluyendo la privación de las ganancias derivadas de la corrupción.

Las ideas aquí expuestas se ajustan al modelo de Derecho penal que siempre ha defendido el profesor Berdugo, máxime en épocas convulsas como las actuales, en las que se reclama el empleo del Derecho penal para resolver cualquier problema de la sociedad, a veces incluso obviando las garantías constitucionales. Finalizaba el profesor Berdugo una de sus conferencias sobre este tema, pronunciada en la Universidad de Münster en 2019 con el título *Die aktuelle Bekämpfung der internationalen Korruption*, preguntándose si todo vale en la lucha contra este lesivo fenómeno. Su respuesta, que comparto, fue tajante: ¡no! Pese a que nos encontremos ante una modalidad delictiva con efectos demoledores para las democracias, para la economía social de mercado y para los derechos humanos,

³³ La preocupación del profesor Berdugo por el populismo punitivo puede verse recientemente en su Prólogo a BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*. J.M. Bosch, 2020, pp. 17-20.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La respuesta penal internacional frente a la corrupción...». Cit. p. 233.

el Derecho penal en el Estado de Derecho no puede ignorar principios esenciales como el de legalidad, el de culpabilidad y el de proporcionalidad. Y también en un ámbito como este, el de la criminalidad económica, se deben encontrar fórmulas para favorecer la reinserción del condenado, que probablemente diferirán de los modelos resocializadores pensados para el delincuente de cuello azul. Este Derecho penal es el que el profesor Berdugo ha transmitido con esmero a sus discípulos. Para mí es un honor figurar entre ellos y contribuir a esta obra homenaje que espero disfrute. ¡Gracias, *Doktorvater!*

REFERENCIAS

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Acerca de la internacionalización del Derecho penal». En Pérez Cepeda, A. (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. 2012, Tirant lo Blanch.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal». *Revista Penal*, 37, 2016, pp. 23-45.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas». *Revista Derecho y Sociedad*, 52, 2019, pp. 165-181.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Garantizar que el delito no resulte provechoso: el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción». En Silva Sánchez, J.M. / Queralt Jiménez, J.J. / Corcoy Bidasolo, M. / Castiñeira Palou, M. T. (Coords.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. BdF, 2017, pp. 903-914.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española». *Estudios de Deusto*, 63/1, p. 233.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso». *Revista Penal*, 40, 2017, pp. 22-42.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Prólogo». En Benito Sánchez, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel, 2012.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Prólogo». En Benito Sánchez, D. *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*. J.M. Bosch, 2020, pp. 17-20.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa. Su desarrollo hasta 1940*. Tesis doctoral inédita. Universidad Complutense de Madrid, 1976.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*. Universidad Pontificia de Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones desde Salamanca*. «Decíamos ayer, decimos hoy, diremos mañana». Universidad de Salamanca, 2018.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Iustel, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas». *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 81, 2009, pp. 7-35.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (Dirs.). *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Tirant lo Blanch, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / MATELLANES RODRÍGUEZ, N. «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista General de Derecho Penal*, 20, 2013, pp. 1-26.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (Eds.). *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch, 2020.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. «Prólogo». En Ólasolo, H. / Buitrago Díaz, E. / Mané Granados, C. S. y Sánchez Sarmiento, A. (Coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant lo Blanch, 2021.
- DARROUGH, M. «The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience». *Journal of Business Ethics*, 93, 2004.
- ELDRIGE, P. «Without Bounds: Navigating Corporate Compliance through Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act». *Arkansas Law Review*, 66, 2013.
- FRONZA, E. / INSOLERA, P. «El caso Odebrecht». En Ólasolo, H. / Buitrago Díaz, E. / Mané Granados, C. S. y Sánchez Sarmiento, A. (Coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*. Tirant lo Blanch, 2021.
- HOVEN, E. *Auslandsbestechung. Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung*. Nomos, 2018.
- KOEHLER, M. «The Story of the Foreign Corrupt Practices Act». *Ohio State Law Journal*, 73:5, 2012, pp. 932-938.
- NIETO MARTÍN, A. «La privatización de la lucha contra la corrupción». En Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A. (Dirs.): *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013.
- OECD. *Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*. OECD Publishing, 2014.
- PIETH, M. «International Efforts to Combat Corruption», en Alvazzi Del Frate, A. / Pasqua, G. (Eds.). *Responding to the Challenges of Corruption*, UNICRI, 2000.
- RATCLIFFE, R. «The FCPA's Legacy: A Case for Imposing Aiding-and-Abetting Liability on Corporations through an Amended Alien Tort Claims Act». *Texas International Law Journal*, 49:83, 2014.
- TURK, M. «A Political Economy Approach to Reforming the Foreign Corrupt Practices Act». *Northwestern Journal of International Law & Business*, 33:2, 2013.
- WESTBROOK, A. «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act». *Georgia Law Review*, 45, 2011, pp. 489-577.
- WILLBORN, E. «Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors». *Minnesota Journal of International Law*, 22, 2013, pp. 422-452.

El delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas*

Dino Carlos Caro Coria**



I. REGULACIÓN JURÍDICA DEL FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN EL PERÚ

LOS PARTIDOS POLÍTICOS PUEDEN DEFINIRSE como asociaciones permanentes conformadas por ciudadanos que, «con base en sus programas y la afiliación voluntaria, se esfuerzan por ocupar con su equipo de gestión, por la vía de las elecciones, los puestos políticamente decisivos de un Estado y así poder implementar sus ideas para la organización de la comunidad y la solución de los problemas existentes»¹. Marcial Rubio señala que, «no solo son una pieza fundamental de la vida política contemporánea, sino que también son una forma de organización que la sociedad utiliza para organizarse con el fin de llegar al poder y gobernar»².

El rol de los partidos políticos es de vital importancia para el sistema democrático puesto que lo legitima, viabiliza y expresa, además de asumir

* Esta contribución está dedicada a mi Maestro, el Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, quien conjuntamente con mi también Maestra, la Profa. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, influyó decididamente en mi formación como penalista, así como en la vocación humanista que, desde Pedro Dorado Montero, inspira a todos los que nos hemos formado en las aulas de la tan prestigiosa Universidad de Salamanca.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal y Compliance en la Universidad de Lima y en la Universidad ESAN.

¹ HOFMEISTER, Wilhelm y GRABOW, Karsten (2013). *Partidos Políticos en la Democracia. Organización y Funciones*. Colonia El Campo: Fundación Konrad Adenauer, p. 8.

² RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 123.

determinadas conductas, obligaciones y responsabilidades, ello por cuanto «no solo les asiste el deber de participar en los procesos electorales para acceder al gobierno y conducir el Estado, sino el de actuar en el marco de los principios y valores que propugna la democracia, considerando que son vehículos para canalizar las demandas de la sociedad, teniendo como reglas la tolerancia y el respeto al adversario»³.

El primer antecedente de regulación de los partidos políticos en el Perú se registra en la Constitución de 1933, que, en su artículo 53⁴ declaraba la ilegalidad de los partidos políticos de organizaciones internacionales, reconociendo por defecto que, las nacionales sí eran legales. Por su parte, la Constitución para la República del Perú de 12 de julio de 1979, en sus artículos del 68.º al 71.º, definía a los partidos políticos como instituciones que expresan el pluralismo democrático, siendo concebidos como instrumentos fundamentales para la participación política de la ciudadanía, sujetos al respeto de la Constitución y la ley en el ejercicio de sus actividades; sin embargo, no se les reconocía su personalidad jurídica al no encontrarse inscritos en el Libro de Personas Jurídicas. Su ejercicio sólo se limitaba a su actuación en los comicios electorales, porque a nivel normativo, no se contemplaba la posibilidad de su financiamiento en períodos no electorales.

La Constitución de 1993 mantiene la regulación de los partidos políticos, pero los engloba en un concepto más amplio que es el de «*organizaciones políticas*», término que comprende no sólo a partidos políticos, sino también a «*movimientos o alianzas*», no quedando claro la diferencia existente entre éstos. El primer párrafo del artículo 35.º prescribe «*los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica*». Se reconoce, por tanto, su personalidad jurídica a partir de su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas.

No es sino hasta la reforma de 10 de enero de 2019, mediante Ley N.º 30905, que se modifica el artículo 35.º de la Constitución Política de 1993, a efectos de reconocer la figura del financiamiento de los partidos

³ VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo (2019). «El rol de los partidos políticos en democracia». *El Peruano*. Lima: 11 de marzo de 2019. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia/76480-el-rol-de-los-partidos-politicos-en-democracia>

⁴ Artículo 53.º.— El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política.

políticos y regular otros aspectos que se encontraban contemplados en la Ley de Organizaciones Políticas. Así, el segundo párrafo del artículo 35.º reformado señala *«la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general»*. Por tanto, es a partir de esta reforma constitucional que, nuestro ordenamiento jurídico prevé, en relación al financiamiento de organizaciones políticas, un marco constitucional con una norma de desarrollo que recae en la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas (en adelante, LOP). Esta ley fue promulgada el 01 de noviembre de 2003 y constituye el primer antecedente legal que se ocupa en específico de regular la figura del financiamiento de los partidos políticos: no se comprende a las organizaciones políticas definidas por la Carta de 1993 como movimientos o alianzas, por lo que, se entenderá que existe reserva de la denominación de «partido», reconociéndose como tales únicamente a los inscritos en el Registro de Organizaciones Políticas.

Ahora bien, en lo que corresponde a las fuentes de financiamiento permitidas, la LOP reconoce dos tipos: privado y público; siendo que, este último, a su vez, se clasifica en directo e indirecto. En cuanto al financiamiento público, comprende al conjunto de recursos económicos que el Estado, mediante sus instituciones políticas, otorga a las agrupaciones políticas para ayudarlas a que, como entidades de interés público, cumplan con sus objetivos de contribuir a la democratización del país, promoviendo la participación política ciudadana⁵. Por su parte, el financiamiento privado es definido por el ONPE como *«aquél constituido por las cuotas y aportes de sus afiliados, por los ingresos resultantes de sus actividades, por los rendimientos patrimoniales, créditos que concierten, donaciones y otros ingresos, con el propósito que estos sean utilizados en sus actividades de funcionamiento ordinario y de campañas durante los procesos electorales en que participen (...)»*⁶.

Además, la LOP plantea la exigencia de verificación y control de las fuentes de financiamiento privado, imponiendo determinadas obligaciones y responsabilidades a los partidos políticos, consistentes principalmente, en su deber de dotarse de una estructura tal que, les permita contar

⁵ SERRANO, J. L., & SERRANO, J. L. (2006). «Fuentes del financiamiento para los partidos políticos en México». *Espacios Públicos*, México, vol. 9, no. 18, p. 74.

⁶ Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE). «Supervisión del financiamiento de las organizaciones políticas». Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://www.onpe.gob.pe/servicios/financiamiento-organizaciones-politicas/financiamiento-publico/>

con un sistema de control interno que garantice la adecuada utilización y contabilización de los recursos económico-financieros de la organización, designándose a la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios (GSFP) de la ONPE como el órgano encargado de la verificación y control externo de la actividad económica-financiera de los partidos políticos. Para ello, las organizaciones políticas están obligadas a presentar en el plazo de 06 meses contados a partir del cierre del ejercicio anual, un informe de la actividad económico-financiera de sus aportes. El incumplimiento de las obligaciones de verificación y control generarán la aplicación de sanciones, siendo éstas principalmente de corte pecuniario (escala de multas, pérdida de financiamiento).

Pareciera ser que, la aplicación de multas a los partidos políticos receptores de fuentes prohibidas o a aquellos que omiten reportar información contable real a la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la ONPE constituye más que un desincentivo, un incentivo perverso, ya que ni se aplican cobros coactivos a los partidos políticos sancionados, ni existe alguna restricción para la continuidad de su ejercicio. En otras palabras, se está dando el mensaje a los partidos políticos de que *«aun cuando sean receptores de dinero o fondos de fuente prohibida u omitan intencionalmente brindar información veraz a la entidad electoral competente, continuarán operando, y no serán pasible a nada más que a una sanción pecuniaria»*.

En líneas generales, lo que busca la LOP es fortalecer la capacidad de supervisión, fiscalización y sanción de la administración electoral (en particular, de la ONPE), y así evitar que el dinero sucio proveniente del narcotráfico u otras actividades criminales terminen siendo fuente de financiación de los partidos políticos. Además de hacer todos los esfuerzos para que el dinero sucio no termine favoreciendo la elección de oscuros personajes vinculados al crimen, resulta fundamental que en una democracia se sepa quién o quiénes financian a los candidatos en el marco de un proceso electoral, pues una vez que estos son elegidos comenzarán a «pagar el favorcito», y lo harán, presuntamente, haciendo un uso indebido de las atribuciones que el cargo les confiere, algo que, a todas luces, distorsiona los valores de la República⁷.

⁷ RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael (2020). «Financiamiento de los partidos políticos y elecciones 2021». *La Ley*. Lima, 19 de octubre de 2020. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://laley.pe/art/10200/financiamiento-de-los-partidos-politicos-y-elecciones-2021>

II. SOBRE LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL FINANCIAMIENTO PROHIBIDO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN EL PERÚ

A nuestro parecer, la regulación administrativa sancionatoria del financiamiento prohibido de los partidos políticos resulta ser insuficiente para asegurar la legalidad de las actividades de captación de fondos por parte de los partidos políticos y la defensa del sistema democrático, por las razones que exponemos seguidamente.

Primero, una de las críticas relacionadas a la ineficiente regulación administrativa sancionatoria es la falta de claridad o error en las normas al momento de regular restricciones, topes y excepciones a la financiación privada. Al respecto, se advierte la existencia de contradicción entre el artículo 30°, que corresponde al financiamiento privado y el artículo 31°, sobre las fuentes de financiamiento prohibido reguladas por la Ley N.º 31046. El primero de los preceptos prescribe, en su inciso a) que, las organizaciones políticas pueden recibir aportes de personas naturales o jurídicas sin fines de lucro, siempre que no superen las ciento veinte (120) UIT al año. Mientras que, el artículo 31.º restringe a las organizaciones políticas, en sus incisos d) y e), la posibilidad de recibir aportes de personas naturales o jurídicas sin fines de lucro, salvo cuando estos estén exclusivamente destinados a actividades de formación, capacitación e investigación. El problema de antinomia es evidente, existiendo riesgo que, pueda ser usado por las organizaciones políticas como mecanismo para evadir la sanción correspondiente.

Segundo, el artículo 31°, literal f) de la Ley N.º 31046 establece la posibilidad de exonerar de responsabilidad a los partidos políticos en dos casos: 1) *Cuando haya mediado error o ineficiente control por parte del Poder Judicial o de las entidades financieras, materializándose en donaciones a los partidos políticos de personas sentenciadas, comprendidas en el literal f) de la Ley*, 2) *Cuando a pesar que, el Poder Judicial ha remitido a las entidades financieras la relación de las personas comprendidas en el literal f), éstas autorizaron las transferencias de este grupo de personas, a favor de las organizaciones políticas*. El hecho que, la responsabilidad por aceptación de financiación prohibida lo asuman terceros, por falta de una mayor eficiencia de los órganos de control económico-financiero, pareciera blindar indebidamente a las organizaciones políticas, exceptuándolas de asumir la responsabilidad directa que les corresponde, lo que evidentemente reviste un efecto perverso, al generar mayor corrupción en el financiamiento.

Tercero, el texto original de la LOP reguló dos tipos de sanciones: *la pérdida de financiamiento público directo y las multas*. La primera⁸, resultó ser una disposición inaplicable; debido a que no existió financiamiento público directo de los partidos políticos hasta el 2016, cuando se modifica la ley. No obstante, este problema finiquitó con la modificación de la LOP a través de la promulgación de la Ley N.º 30689 y la Ley N.º 31046, que eliminó esta clase de sanción y apostó por establecer un régimen sancionatorio sustentado en la imposición de multas. Además, la gradualidad de las sanciones pecuniarias no genera un sistema integral de sanciones, por cuanto solo toma en consideración un tipo de sanción, lo que no solo es poco disuasivo, también es de carácter no coercitivo.

Ahora bien, la ausencia de facultades de la ONPE para iniciar procedimientos de cobranza coactiva impide la real efectividad de este régimen sancionatorio, razón por la que, a fines del 2020, se planteó una reforma para, entre otras cosas, otorgar a este organismo la facultad de cobranza coactiva; asimismo, se establecía que, en caso, no existiera qué cobrar por falta de solvencia económica del partido político, podría aplicarse la suspensión de los derechos partidarios, con lo cual se aumentaría notablemente el incentivo de los partidos políticos de cumplir con los pagos de la multa. En otras palabras, de aprobarse esta reforma, los partidos políticos que no paguen sus multas impuestas producto de la comisión de infracciones a la LOP no tendrían forma alguna de participar con candidaturas en los procesos electorales⁹.

Por lo desarrollado hasta este punto, es claro que la regulación administrativa sancionatoria del financiamiento prohibido de los partidos políticos no asegura su legalidad ni mucho menos la defensa del sistema democrático. Por lo que, es indispensable la implementación de un sistema gradual integral de sanciones que incorpore también a las sanciones de corte penal.

⁸ Al respecto, en la Resolución N.º 0079-2015-JN, publicada el 17 de junio de 2015, el Pleno del JNE tildó a este tipo de sanción de trasgresora de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del derecho sancionador, razón por la que, en atención a ello, declaró nula la Resolución Jefatural N.º 045-2015-J/ONPE que resolvió sancionar al Partido Nacionalista Peruano con la pérdida del financiamiento público directo correspondiente al año 2015, por no haber cumplido con presentar la Información Financiera Anual de 2013 dentro del plazo legal establecido. Cabe mencionar que esta no fue la única resolución que cuestionaba este tipo de sanción.

⁹ MEDINA, Percy (2020). «La Onpe tendrá la facultad de cobranza coactiva en caso partidos no paguen multas». En *Ideele radio*. Lima, 20 de setiembre de 2020. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://www.ideeleradio.pe/lo-ultimo/percy-medina-la-onpe-tendra-la-facultad-de-cobranza-coactiva-en-caso-partidos-no-paguen-multas/>

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PENALIZACIÓN DEL FINANCIAMIENTO PROHIBIDO DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS

Las prácticas de financiación privada de partidos políticos con aportes de fuente ilícita o prohibida corrompen los principios que inspiran el sistema político, tales como (i) la transparencia en el manejo de los recursos recaudados por los partidos y sus fuentes; (ii) la equidad de oportunidades políticas que debe regir entre todas y cada una de las organizaciones; (iii) la representatividad, interna y externa, de las organizaciones políticas; (iv) la institucionalidad de estas organizaciones; y (v) en el plano interno, la igualdad en la competencia por la asunción de un puesto en la organización política.

Entre los efectos que produce el financiamiento ilegal se encuentran la pérdida de legitimidad y credibilidad de los partidos políticos, acarreado la disminución de la confianza ya no solo en los partidos, sino incluso en la democracia misma. Así, concretamente, en el año 2018, de acuerdo con el Barómetro Latinoamericano, más del 90% de los encuestados peruanos manifestaron tener poca o ninguna confianza en los partidos políticos¹⁰. Igualmente, para el 2019, ya los partidos políticos ocupaban el tercer lugar en los índices de percepción de corrupción¹¹. Según el Informe Técnico del Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI), entre octubre de 2019 y marzo de 2020 «*El ranking de las instituciones no confiables, es encabezado por los partidos políticos, cuya tasa de desconfianza es 31 veces la de confianza (93,4% y 3,0% respectivamente). Seguido por el Congreso de la República (21 veces mayor respecto al porcentaje de confianza) y el Poder Judicial (7 veces mayor el porcentaje de desconfianza al de confianza)*». Por efecto reflejo, también podrían tomarse en cuenta estas cifras como un indicador de la desconfianza en el sistema democrático en la actualidad.

Otro de los efectos que se encuentra vinculado al financiamiento ilegal es el conflicto de intereses y la compra de influencias. Como señala Daniel Zovatto, «*aun en los casos en que los recursos para la actividad partidaria y electoral no provengan de fuentes cuestionables ni sean obtenidos por vías ilegales, es claro que las contribuciones privadas pueden comprometer el interés público y, en casos extremos, «privatizar» la toma de decisiones*

¹⁰ Corporación Latinobarómetro. *Informe 2018 Latinobarómetro*. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

¹¹ Instituto de Estudios Peruanos (IEP). *XV Encuesta Nacional Anual sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019. Para Proética, Capítulo Peruano de Transparencia Internacional*. Lima, diciembre de 2019. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: https://es.scribd.com/presentation/438451497/XI-ENCUESTA-SOBRE-CORRUPCION-2019-DE-PROETICA#fullscreen&from_embed

por parte de los funcionarios públicos»¹². Así pues, los candidatos podrían dejar de lado sus principios y dedicar el resto de su mandato a devolver favores recibidos durante la campaña; los funcionarios electos también «se ven tentados a “vender acceso” o dedicar tiempo preferencial a los grandes contribuyentes. Escuchar sólo una opinión privilegiada aleja aún más a los gobernantes de sus electores y tienden a empobrecer la calidad del gobierno»¹³.

El riesgo de captura de políticas a través de la financiación de partidos políticos y campañas electorales se percibe como prevaleciente en Perú. Por ejemplo, la investigación realizada por una ONG sugiere que algunas poderosas organizaciones del sector privado en las industrias de extracción tienen acceso directo a altos funcionarios gubernamentales y ejercen influencia sobre el proceso de toma de decisiones públicas a través de varios canales, partidos y campañas electorales¹⁴. A la fecha, buena parte de las organizaciones políticas¹⁵ más importantes del país vienen siendo investigadas por hechos relacionados al denominado caso «Lava Jato», notándose a partir de ello los vacíos de punición puesto que, en la mayoría de casos son investigadas por delitos distintos y accesorios al de financiamiento ilegal. Así pues, el financiamiento de los partidos políticos se ha convertido en un foco de corrupción de la democracia, en la medida que quien recibe el fondo a nombre del partido se compromete a tomar una decisión para que otros tomen una decisión en el sentido querido por el donante¹⁶.

Aunado a ello, existen serias dificultades para subsumir el financiamiento ilegal de partidos políticos dentro de los distintos tipos penales de

¹² Organismo Nacional de Procesos Electorales (ONPE). *Financiamiento de la política*. Lima, 2014, p.24. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Publicaciones/L-0104.pdf>

¹³ Oficina de Democracia y Gobernabilidad. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (2003). *Manual de Financiamiento de la Actividad Política: Una guía para fomentar la transparencia en las democracias emergentes*. Washington: USAID, p. 20.

¹⁴ OCDE (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, Paris, p.154. Consulta: 25 de setiembre de 2021. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264271470-es>

¹⁵ Al respecto, la ONPE informó que 10 partidos políticos recibieron por lo menos más de S/14 millones en financiamiento público en 2018, citándose entre éstos a Fuerza Popular, Peruanos por el Cambio, el PPC, entre otros, organizaciones que tomaron protagonismo con ocasión del caso Odebrecht y los presuntos aportes dinerarios destinados a diversas campañas electorales.

¹⁶ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO y CASTRO CUENCA, Carlos (2015). *Corrupción y delitos contra la administración pública*. Santiago: Librotecnia, pp. 39-40.

corrupción de funcionarios y lavado de activos, por lo que, una regulación penal expresa sobre financiamiento ilegal es beneficiosa no solo desde la exigencia del principio de taxatividad penal, sino también porque mejora la eficacia preventiva de los delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos.

Otro fenómeno asociado al financiamiento ilegal de los partidos políticos es la penetración de dinero vinculado a actividades criminales. Según la X Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2017, elaborada por IPSOS en setiembre de 2017 para Proética, Capítulo Peruano de Transparencia Internacional, siete de cada diez peruanos creen que el crimen organizado está infiltrado en la política, y el 36% de ellos considera que el motivo es el financiamiento de las campañas con dinero ilícito. Esta realidad no escapa a América Latina, por el contrario «*es una región donde la presencia del crimen organizado –particularmente el narcotráfico– es una realidad indiscutible, que moviliza miles de millones de dólares al año y es, por ello, capaz de corromper y subvertir las instituciones democráticas*»¹⁷. En concreto, las organizaciones delictivas pueden contribuir a las campañas de los políticos que creen que los protegerán contra un procedimiento si son atrapados; incluso en los países con inmunidad para los parlamentarios, algunos delincuentes ingresan a la política para obtener inmunidad contra un posible procesamiento¹⁸.

Asimismo, otro efecto asociado al financiamiento ilegal de partidos políticos es la inequidad o falta de igualdad de oportunidades¹⁹ entre las diferentes organizaciones políticas, ello se debe a que grandes sumas de dinero otorgan a partidos o candidatos una ventaja indebida frente a otros; aunque no siempre el partido o el candidato con más dinero gana la elección, existe obviamente una correlación: grandes disparidades en los niveles de financiamiento entre partidos y candidatos restringen las oportunidades de competencia política y tienden a eliminar a los competidores²⁰.

¹⁷ CASAS, Kevin y ZOVATTO, Daniel (2011). «Para llegar a tiempo: Apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina». En: *Financiamiento de los Partidos Políticos en América Latina*. México: IDEA Internacional, OEA y UNAM, p. 19.

¹⁸ Cfr. Oficina de Democracia y Gobernabilidad. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2003). *Manual de Financiamiento de la Actividad Política: Una guía para fomentar la transparencia en las democracias emergentes*. Washington: USAID, p. 20.

¹⁹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Un concreto caso de corrupción: el delito de financiación ilegal de partidos políticos*. En: CARO CORIA, Dino Carlos (Dir.); REYNA ALFARO, Luis Miguel (Edit.). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Ideas solución editorial, 2018, pp. 458-459.

²⁰ Cfr. Oficina de Democracia y Gobernabilidad. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2003). *Manual de Financiamiento de la Actividad*

Finalmente, el financiamiento ilegal también afecta a la institucionalidad de los partidos políticos, esto es así puesto que, también la inequidad interna promueve mecanismos electivos perniciosos en desmedro de la democracia interna y de las posibilidades igualitarias de elección partidaria. Si bien, el financiamiento no determina la volatilidad, el formato o la polarización del sistema de partidos, su regulación sí es capaz de crear incentivos que marginalmente afectan su institucionalización, democracia interna, niveles de transparencia y comportamiento²¹. Debe tenerse en cuenta que, desde el 2000, el Perú ya era el país con mayor grado de volatilidad electoral del periodo democrático; el segundo país con menor grado de afinidad de los ciudadanos con los partidos; y el país con menor índice de institucionalización del sistema de partidos de la región²².

Desde el derecho administrativo sancionador se ha buscado atender esta problemática. La Ley N.º 28094, publicada el 01 de noviembre de 2003, regula el financiamiento privado de las organizaciones políticas. En lo pertinente, limita el monto de la contribución proveniente del mismo aportante a no más de ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y somete a las organizaciones políticas al control externo de la ONPE, para lo cual exige la presentación de un informe anual de la actividad económico-financiera de los aportes, ingresos y gastos por ingresos ordinarios, y la rendición de cuentas sobre los gastos que se efectúan durante la campaña electoral.

No obstante, debe reconocerse que incluso dentro del propio ámbito administrativo sancionador, este recurso ha demostrado ser ineficaz para cumplir dicho fin. Según información oficial de la ONPE, entre los años 2011 y 2015, se impusieron 02 sanciones de multa por exceso de aportaciones, y 13 sanciones de pérdida de financiamiento público directo a 06 organizaciones políticas diferentes por no presentar el informe financiero anual²³. Independientemente de la discusión acerca de la viabilidad del Derecho penal para abarcar este tipo de infracciones, lo esbozado da cuenta de la disfuncionalidad del Derecho administrativo sancionador para

Política: Una guía para fomentar la transparencia en las democracias emergentes. Washington: USAID, p. 18.

²¹ Ibidem.

²² TANAKA, Martín. *Democracia sin partidos 2000-2005: los problemas de representación y las propuestas de reforma política.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP), 2005.

²³ Véase «*Elecciones Generales 2016. Resumen de Hallazgos*», emitido por la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la ONPE, que comprende los hallazgos efectuados a la información financiera de la campaña electoral Elecciones Generales 2016 [Primera y segunda elección].

encargarse de labores que podrían pensarse, *prima facie*, corresponden a este ámbito jurídico, incluyendo el nulo efecto disuasorio que genera.

Lo expuesto precedentemente abona a la tendencia de las organizaciones políticas de no rendir cuentas de los gastos efectuados, lo que impide la supervisión del dinero que perciben, el control de la identidad de los aportantes, así como el destino o uso que hacen del financiamiento privado, situación que puede ser aprovechada por particulares inescrupulosos para favorecer ilegalmente al candidato político a cambio de favores y prebendas en el ejercicio del poder. Toda esa falta de transparencia determina la ausencia de un control interno dentro de las organizaciones políticas infractoras y debilita el control externo realizado por la ONPE, lo que conlleva a postular la insuficiencia del marco administrativo regulatorio para el control y prevención del financiamiento ilegal de las organizaciones políticas.

IV. EL DELITO DE FINANCIAMIENTO ILEGAL, ILÍCITO, PROHIBIDO O INDEBIDO DE PARTIDOS POLÍTICOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En la medida que, la comprensión de la necesidad de ejercer control penal sobre el financiamiento prohibido de los partidos políticos es de reciente data, recurrir a las fórmulas provenientes del derecho comparado constituye un instrumento útil para diseñar e implementar un esquema nacional de respuesta ante el financiamiento ilegal de partidos políticos. Para tal efecto se ha reconocido que esta conducta es sancionada en las legislaciones penales de Italia, Francia, Alemania, España, Chile y Colombia, países que han adoptado diversos *nomem iuris* para delimitar las conductas delictivas. A pesar de esta divergencia nominativa, presentan como denominador común la represión de conductas de financiamiento de organizaciones políticas, contraviniendo el marco legal establecido.

1. *Italia*

El delito de financiamiento ilegal de partidos políticos se incorporó en Italia a través del artículo 7.º de la Ley 195²⁴, del 02.05.1974, modi-

²⁴ **Artículo 7.** Se prohíben los préstamos o contribuciones, en cualquier forma y en cualquier forma otorgada, por los órganos de la administración pública de organismos públicos, empresas con capital público de más del 20 por ciento o empresas controladas por ellos, sin perjuicio de la su naturaleza privatista, a favor de los partidos o sus articulaciones político-organizacionales y grupos parlamentarios. La prohibición

ficada por la Ley 659/1981 y la Ley 659/1981. Por la naturaleza de su formulación normativa, este delito se configura como uno de encuentro al sancionar tanto a quien efectúa la contribución, cualquiera sea el medio que utilice para tal fin, como al que recibe la misma. Del mismo modo, atendiendo a las características normativas, el bien jurídico protegido solo se circunscribe al pluralismo político y a la transparencia de las cuentas partidarias. El 25.07.2013, se presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley que proponía reformar el artículo 10-bis de la Ley 195/1974, estableciendo la despenalización del delito de financiamiento ilícito de partidos y, reemplazando la pena prevista de 4 años por una sanción pecuniaria equivalente al triple del monto.

2. Francia

Esta figura se incorporó en la legislación penal francesa a través de la Ley 88-227 del 11.03.1988, sobre *la Transparencia Financiera de la vida política*, modificada por el artículo 25 de la Ley Nro. 2017-1339 del 15.09.2017, *Ley para la confianza en la vida política*, artículo 11-5²⁵. Quizás el aspecto de mayor significación sea el reconocimiento de la bilateralidad de la conducta que comprende no solo al receptor del financiamiento ilegal sino también a quien brinda el financiamiento ilegal.

mencionada en el período anterior también se aplica a las empresas con una participación pública igual o inferior al 20 por ciento, así como a las empresas controladas por este último, donde dicha participación aún asegura el control de la compañía por parte de la compañía. Los fondos o contribuciones bajo cualquier forma directa o indirecta, por compañías no incluidas entre las previstas en el párrafo anterior, a favor de partidos políticos o grupos políticos / organizacionales o grupos parlamentarios también están prohibidos, a menos que dichos fondos o contribuciones hayan sido deliberados por el organismo social competente e inscrito regularmente en el balance y siempre que no estén prohibidos por la ley. Cualquiera que coincide o recibir contribuciones en violación de las prohibiciones contenidas en los párrafos anteriores, o, en el caso de las empresas que figuran en el segundo párrafo, sin haber intervenido deliberación del órgano corporativo o sin la contribución o financiación ha sido debidamente inscrito en el presupuesto de la sociedad misma, es castigada, solo por esto, con prisión de 6 meses a 4 años y con una multa de hasta tres veces las sumas pagadas en violación de esta ley.

²⁵ **Artículo 11-5.** Las personas que han donado o prestado a una o más partes o grupos políticos en violación de los Artículos 11-3-1 y 11-4 se castigan con tres años de prisión y una multa de € 45,000. Las mismas sanciones se aplican al beneficiario de la donación o préstamo otorgado: 1.º por una persona física en violación del artículo 11-3-1 y el quinto párrafo del artículo 11-4; 2.º Por la misma persona física a un solo partido o grupo político en violación del primer párrafo del mismo artículo 11-4; 3.º Por una persona jurídica, incluida la ley extranjera, en violación del artículo 11-4.

3. *Alemania*

El delito de financiamiento ilegal de partidos políticos se encuentra regulado en la Ley de partidos políticos [Gesetz über die politischen Parteien-Parteiengesetz] de 31 de enero de 1994 en el apartado § 31d [disposiciones penales]²⁶. La finalidad de la ley alemana, y con ello el bien jurídico protegido, se circunscribe, de acuerdo al §31d PartG, a la transparencia de las finanzas de los partidos políticos, la misma que según su concepción normativa tiene rango constitucional en el art. 21.1.4 de la Constitución alemana.

Distinto a otros ordenamientos jurídicos, en cuanto a su naturaleza, nos vemos frente a un delito de mera actividad, así como en la calificación de delitos especiales propios, incidiendo, por tanto, en la especial calificación del sujeto activo, solo puede abarcarse a los portadores de una obligación especial acorde a sus propias competencias funcionales consignadas en los tipos penales.

Digno de resaltar de esta ley resulta la ampliación de destinatarios de la norma, abarcando incluso a los auditores o asistentes que emitan informes incorrectos de auditoría. Si de establecer un parangón se trata, podemos remitirnos como antecedente de esta regulación a la «Ley de Prácticas Corruptas de Estados Unidos» que, desde su emisión, esto es el año 1977, regula ya las transgresiones contables, similarmente formulados como la ley alemana, pero orientados a delitos de corrupción internacional.

²⁶ § 31d Ley de Partidos Políticos

(1) Cualquier persona que con la intención de ocultar el origen o la utilización de los recursos del partido o su patrimonio, o de eludir la pública rendición de cuentas:

1. Proporciona información incorrecta sobre los ingresos o los activos del Partido en el informe de rendición de cuentas presentada al Presidente Bundestag alemán o presenta una declaración de cuenta incorrecta al Presidente del Bundestag alemán;

2. Como destinatario, una donación se puede dividir en cuotas y publicar o publicar, o

3. Contraviniendo el § 25 (1) oración 3, omite hacer entrega de una donación, Es castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa.

Conforme a la oración 1, no se impone ningún castigo a ninguna persona que bajo las condiciones del § 23b (2) realice un autoinforme de conformidad con el § 23b (1) para el Partido o participe en la recaudación.

(2) Se impondrá una pena de prisión de hasta tres años o una multa a cualquier persona que informó incorrectamente como un auditor o como asistente de auditor del resultado del examen de un informe anual, el informe de auditoría oculta hechos materiales o emite un dictamen de auditoría materialmente incorrecto. Si el delincuente actúa a cambio de un pago o con la intención de enriquecerse a sí mismo u otro o dañar a otra persona, el castigo es una pena de prisión de hasta cinco años o una multa.

4. *España*

Con la Ley Orgánica 1/2015 se modificó al Código penal español y se tipificó los delitos de financiamiento ilegal de los partidos políticos, en el Título XIII bis, artículos 304^o bis y 304^o ter²⁷. Según su formulación normativa, se debe reconocer la vinculación con los delitos contra la administración pública, ya que según lo señala Nieto Martín, «las razones de política criminal que empujan a favor de la criminalización de la financiación ilegal son similares a las que hemos visto en los delitos de cohecho y tráfico de influencias. A nadie se le escapa la capacidad que tienen los partidos, sobre todo los que ocupan el gobierno, en la conformación de las decisiones públicas y el dominio que tiene sobre la Administración. Dada esta situación de dominio, la financiación de un partido político por parte, por ejemplo, de una empresa resulta de una peligrosidad semejante a un soborno de un funcionario público. El poder influir en las decisiones del

²⁷ **Artículo 304 bis.** 1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5. Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido, b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7. Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros. 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 304 ter. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

partido a través de la financiación oculta abre las puertas a las empresas a poder influir sobre la Administración y en los asuntos públicos»²⁸.

El tipo penal español abarca un tipo básico que se divide a su vez en dos tipos y en dos tipos agravados. Del mismo modo, establece una cláusula de responsabilidad penal del partido político. De otro lado, como es usual en la legislación que regula este tipo de conductas, la norma está formulada en clave de ley penal en blanco, remitiendo su comprensión y aplicación a los preceptos contenidos en la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos.

Respecto a la estructura del tipo, siguiendo el modelo de otros ordenamientos jurídicos, castiga tanto al donante como al receptor, imponiéndoles igual pena. Nos hallamos, por tanto, ante un delito de encuentro o conducta bilateral.

5. *Chile*

En Chile, el financiamiento ilegal de partidos políticos ha sido incorporado mediante la Ley N.º 20.900 (Ley para el fortalecimiento y transparencia de la democracia) del 11 de abril de 2016. En esta Ley se comprenden los artículos 27bis, 27ter y 27 quater²⁹.

²⁸ Lecciones XXI. Corrupción y abuso de poder, en «Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial, 2.º Ed. Vol. II, Madrid 2015, p 474.

²⁹ **Artículo 27 bis.** El que otorgue u obtenga aportes para candidaturas o partidos políticos de aquellos regulados por esta ley y por la Ley N.º 18.603, cuyo monto excediere en un cuarenta por ciento lo permitido por la Ley, sea de manera individual o en el conjunto de los aportes permitidos, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa equivalente al triple de lo otorgado u obtenido. Tratándose de aportes otorgados u obtenidos por o de una persona jurídica, con infracción a lo que dispone el artículo 26, se impondrá la pena señalada en el inciso anterior, sin importar el monto del aporte, aplicándose lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal. No obstante, excepcionalmente y siempre que se trate de aportes aislados en los que no hay habitualidad y cuyo monto global sea inferior a cincuenta unidades de fomento, el servicio electoral podrá no presentar denuncia o querrela respecto de tales hechos, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda.

El ofrecimiento o la solicitud de los aportes sancionados por los incisos anteriores serán castigados con una multa equivalente al doble de lo ofrecido o solicitado. El que utilice los aportes obtenidos del fisco, en virtud de lo que prescribe la Ley N.º 18.603, orgánica constitucional de los partidos políticos, en una finalidad distinta a la cual están destinados, será castigado con Presidio menor en su grado medio.

Artículo 27 ter. El administrador electoral, el administrador general electoral o el administrador general de fondos de un partido político que, a sabiendas, en sus

Además de las similitudes con la legislación francesa, en tanto castiga también al financista, se incorpora el destino ilícito de la fuente de financiamiento del partido político.

6. Colombia

Solo recientemente, con la Ley N.º 1864 de 17 de agosto de 2017, «*mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática*», se ha introducido en Colombia tres tipos penales para la prevención penal de la financiación ilegal de partidos políticos, los artículos 396-A, *Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas*; 396-B, *Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales* y 396-C. *Omisión de información del aportante*³⁰.

rendiciones de cuentas al servicio electoral proporciona antecedentes falsos o certifique hechos falsos será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Artículo 27 quater. Las investigaciones de los delitos descritos en los artículos 27 bis y 27 ter solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio electoral, sin perjuicio del derecho de toda persona de denunciar dichas infracciones ante el mencionado Servicio.

Los juzgados de garantía y los tribunales del juicio oral en lo penal deberán remitir al Consejo Directivo del Servicio Electoral las sentencias firmes y ejecutoriadas que condenen a personas por los delitos previstos en la letra b) del artículo 28 bis de esta ley, en un plazo de cinco días hábiles desde que se encuentren en dicho estado.

³⁰ **Artículo 396 A. Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas.** El gerente de la campaña electoral que permite en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior. En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral. En la misma pena incurrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

Artículo 396 B. Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales. El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Artículo 396 C. Omisión de información del aportante. El que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos

V. EL DELITO DE FINANCIAMIENTO PROHIBIDO DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS EN EL PERÚ

1. *Consideraciones preliminares*

En el Perú, se incorporó el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas, a través de la Ley N.º 30997, *Ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas*, publicada el 27 de agosto de 2019. La criminalización de esta figura en el ordenamiento jurídico nacional es coherente con la reforma constitucional del artículo 35º de la Constitución de 1993, que, entre otros, estableció que el financiamiento ilegal genera sanción administrativa, civil y penal respectiva.

A través de esta norma se ha incorporado el Capítulo II, denominado «*Delitos contra la participación democrática*», dentro del Título XVII: Delitos contra la voluntad popular, del Libro Segundo del Código Penal, comprendiendo los siguientes ilícitos penales: (i) Financiamiento prohibido de organizaciones políticas (art. 359º-A del CP), y (ii) Falseamientos de la información sobre aportaciones, ingresos y gastos de organizaciones políticas (art. 359º-B del CP); así mismo, se describen los supuestos que constituyen (iii) Fuentes de financiamiento legalmente prohibidas (art. 359º-C del CP). Evidentemente, esta modificación tiene como finalidad establecer limitaciones a las fuentes con las cuales funcionan los partidos políticos.

2. *Fundamentos de tipificación autónoma del delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas*

La tipificación del delito de financiamiento prohibido respondió a una necesidad política criminal que consideramos se funda en tres motivos principales.

El primero, tiene que ver con el hecho que, por la presencia de casos como el de Lava Jato, conocido y difundido en los medios de comunicación, existen cuestionamientos desde el ámbito social, político y jurídico sobre la legalidad de los aportes económicos que la constructora brasileña Odebrecht habría generado a favor de distintas campañas electorales presidenciales en los años 2011 y 2016, quedando corroborada la insuficiencia del derecho

en la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

administrativo sancionador para regular y controlar este tipo de conductas relacionadas con posibles actos de corrupción y de lavado de activos.

El segundo, es manifiesta la falta de idoneidad de los delitos de corrupción de funcionarios y de lavado de activos para asimilar, en su descripción típica, todos los supuestos y alcances de financiamiento prohibido; lo que se evidencia en los esfuerzos que el Ministerio Público realiza actualmente para tratar de subsumir en el delito de lavado de activos los actos de financiamiento anteriores a la tipificación bajo análisis y acreditar su comisión en el estándar de prueba fijado jurisprudencialmente en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú el 11 de octubre de 2017, que establece que una condena por lavado demanda probar, más allá de toda duda razonable, que el dinero recibido tiene origen ilegal y que los receptores; los candidatos o representantes de las agrupaciones políticas, conocían o podían presumir la ilicitud de dicho origen.

El tercero, radica en el hecho que, no es necesario que la función pública sea afectada para que la intervención de la justicia penal quede habilitada. Hay supuestos delictivos, dentro del Código Penal, en los que la Administración Pública se protege de forma previa o anticipada, sin que se le genere daños. Esto sucede, por ejemplo, en el delito de tráfico de influencias, según el cual, también son punibles las influencias falsas o simuladas que no llegan a causar perjuicio alguno a la Administración Pública. Por tal, no hace falta esperar a que el candidato de una organización política triunfe o sea elegido, si es que ese fin se alcanza a través de mecanismos prohibidos por la ley, debiendo asegurarse anticipadamente el correcto ejercicio de la función pública.

Las investigaciones que actualmente se siguen contra diversas organizaciones políticas por el caso Lava Jato evidencia los vacíos de punición existentes, puesto que se presentan serias dificultades para subsumir el financiamiento ilegal de partidos políticos dentro de los distintos tipos penales de corrupción de funcionarios y lavado de activos. Una regulación penal expresa sobre el financiamiento ilegal es beneficiosa no solo desde la exigencia del principio de taxatividad penal, sino también porque mejora la eficacia preventiva de los delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos.

a. Intereses tutelados (bien jurídico protegido)

La legitimación de la intervención punitiva del Estado en materia de financiamiento ilegal de partidos políticos presupone la previa identificación del interés jurídico o bien jurídico protegido penalmente. Esta idea

deriva directamente de la primacía del principio de lesividad o protección exclusiva de bienes jurídicos, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La ubicación sistemática del delito de Financiamiento prohibido de las Organizaciones Políticas en el Capítulo II «Delitos contra la participación democrática», dentro del Título XVII: Delitos contra la voluntad popular, del Libro Segundo del Código Penal es un indicador de la naturaleza del bien jurídico que la norma penal pretende proteger: la voluntad popular y específicamente el de participación ciudadana. No obstante, la voluntad popular no es el único valor o interés que se protege, esta figura delictiva busca tutelar también la transparencia en el manejo de los recursos recaudados, la equidad de oportunidades políticas, la adecuada representación interna y externa, la institucionalidad, y en el plano interno, la igualdad de competencia por la asunción de un puesto de las organizaciones políticas. Como se puede notar, estos no son excluyentes y se encuentran ligados al funcionamiento democrático de las organizaciones políticas y la transparencia sobre el origen de sus recursos económicos, fines que son reconocidos constitucionalmente.

b. Tipo objetivo

El tipo penal sanciona al que *«de manera directa o indirecta, solicita, acepta o entrega o recibe aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio proveniente de fuente de financiamiento legalmente prohibida, conociendo o debiendo conocer su origen, en beneficio de una organización política o alianza electoral, registrada o en proceso de registro»*. Se trata de un delito de encuentro, por lo que es posible diferenciar entre una financiación prohibida pasiva, que comprende a quien recibe aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio proveniente de fuente de financiamiento legalmente prohibida; y otra, de tipo activo, que comprende a quien las realiza.

Asimismo, de la descripción normativa del tipo penal pareciera ser que se construye como una ley penal en blanco, al reconocer como elemento del tipo a un beneficio proveniente de una *«fuente de financiamiento legalmente prohibida»*. No obstante, el artículo 359°-C de la propia norma penal sustantiva, describe y numera los supuestos considerados como fuentes de financiamiento legalmente prohibidas, por tanto, no se hace necesaria la remisión a ninguna norma administrativa o extrapenal.

Finalmente, no debe dejar de considerarse que los supuestos de financiamiento prohibido de la norma penal y los de la norma administrativa,

por sustentar la imposición de sanciones de distinta naturaleza e intensidad, deberían ser diferentes, atendiendo principalmente a la función propia del derecho penal en la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

c. Conducta típica

La conducta típica de esta figura penal está constituida por cuatro verbos rectores: **solicitar, aceptar, entregar y recibir**. La redacción de la normativa penal resalta que estos pueden cometerse de manera directa o indirecta.

Ahora bien, en su modalidad pasiva comprende los verbos «solicitar, aceptar y recibir», por lo que, es entendido como un delito de mera actividad. Por su parte, en su modalidad activa se reconoce el verbo típico rector «entregar». De acuerdo a Perez Rivas, la conducta típica de entregar es de resultado, por lo que no conforma el tipo las conductas consistentes en el mero ofrecimiento o promesa³¹. En otras palabras, el objeto material de la financiación prohibida activa debe generar un beneficio.

d. El beneficio a una organización política o alianza electoral

El tipo penal señala que el financiamiento debe darse o recibirse en beneficio de una organización política o alianza electoral, registrada o en proceso de registro.

La redacción del delito base hace una disyunción entre organización política y alianza electoral como si se tratara de conceptos disímiles. No obstante, de acuerdo con el Reglamento de Registro de Organizaciones Políticas aprobado mediante Resolución N.º 0325-2019-JNE de fecha 05 de diciembre de 2019 (en adelante, RLOP), el término organización política comprende a los partidos políticos que son de alcance nacional, los movimientos regionales que son de alcance departamental y las alianzas electorales.

En cuanto a las organizaciones o agrupaciones políticas que no gozan de registro es lógico que la norma penal no las comprenda debiendo, al menos, para efectos penales, corroborarse que, hayan iniciado su proceso de inscripción, pues sin la inscripción no podrán presentar candidaturas ni postular a los cargos públicos, no pudiendo formar parte de la función pública. Desde el punto de vista del principio de lesividad, estas

³¹ RIVAS, N. P. (2017). El delito de financiación ilegal de los partidos políticos en el Código Penal Español: regulación y propuestas de lege ferenda, p. 13.

organizaciones se encuentran alejadas del perjuicio efectivo a la Administración Pública e incluso de la protección anticipada.

Ahora bien, llama la atención la falta de regulación de los casos de cancelación o suspensión de inscripción de las organizaciones políticas en el tipo penal, aunque sí son regulados en la LOP. Al respecto, entendemos que, luego de la cancelación de la inscripción que conlleva la pérdida de personería jurídica, las organizaciones políticas, ahora sin registro, dejarían de estar dentro de los alcances del delito por los actos de financiamiento prohibido que uno de sus miembros realice siempre que se produzca luego de la resolución que aprueba la cancelación y la inscripción del asiento correspondiente (artículo 88 del RLOP).

De otro lado, sí resulta problemático la suspensión de la inscripción de la organización política en donde existe un tiempo no menor de seis meses ni mayor de un año (artículo 87 del RLOP) en el cual se bloquea su partida electrónica, lo cual impide la atención de sus solicitudes de actos inscribibles. En efecto, no queda claro si durante este tiempo, donde de manera temporal se suspende la inscripción con los efectos descritos, es posible aplicar este tipo penal para los actos de financiamiento prohibido que se realicen. Es necesario dilucidar si, en este caso, la organización política pierde temporalmente su personería jurídica o si esta solo se ve limitada. En todo caso, sería un supuesto que puede equipararse a las organizaciones políticas en proceso de registro, por cuanto, luego de un tiempo determinado, tendrán la personería jurídica (nuevamente en el caso de la suspensión de una organización política).

e. Sujetos responsables

De acuerdo con la descripción típica, el delito podría ser cometido por cualquier persona, de allí la utilización de la forma impersonal «el que». Esta opción legislativa tiene sustento si consideramos que el delito busca sancionar no solamente a la parte que recibe, solicita o acepta el financiamiento prohibido, esto es, a la organización política que es pasiva del beneficio; sino también a la parte que entrega, entiéndase que otorga o da el financiamiento prohibido; en cuyo caso, el autor podría ser cualquier persona natural o jurídica permitida. Por tanto, según esto, en la financiación prohibida activa de las organizaciones políticas, nos encontramos ante un delito común, motivo por el cual, el sujeto activo puede ser cualquier persona que pueda cometer la acción típica.

Como ya se mencionó, nos encontramos ante un delito de encuentro, por lo que existen, teóricamente, dos sujetos participantes: un sujeto que

recibe la donación; y otro, quien la entrega. No obstante, debido a que en este delito se involucra a una persona jurídica, las organizaciones políticas, es claro que a los dos sujetos ya mencionados se le incorpore uno más, que sería el mismo partido político.

La forma impersonal en que se redacta el tipo penal permite asumir que, en primer orden, todas las personas que conforman la organización política pueden ser responsables. Al respecto, de acuerdo con la Ley de Organizaciones Políticas, son los afiliados quienes integran las bases de la organización política, y en tanto, desde una perspectiva formal, cualquiera de ellos podría ser responsable del delito.

No obstante, consideramos que, para determinar su responsabilidad por este ilícito, los afiliados deberían ejercer alguna función de administración o estar vinculados de alguna manera al desempeño económico o financiero de la organización política, de modo que exista un sustrato material para la imputación. Así mismo, un simpatizante o ajeno al partido político también podría ser responsable, si ejerce funciones de administración de hecho de los recursos económicos de la organización, supuesto que se reconoce, incluso, como una agravante del delito.

f. Tipo subjetivo

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 359-A del Código Penal, el delito de financiación prohibida de las organizaciones políticas es un delito doloso, en cuya disposición normativa se establece que el sujeto que recibe los aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio proveniente de una fuente de financiamiento legalmente prohibida conoce o debe conocer que esas donaciones son de fuente prohibida. En ese sentido, se descarta la comisión del delito por imprudencia.

El elemento de dolo establecido por el legislador en la disposición aludida; desnaturaliza el delito de financiamiento ilegal, pues no es una cualidad propia de dicho delito. A ello debe sumarse que, el exigir que el sujeto activo tenga conocimiento del origen ilícito del objeto material del financiamiento prohibido de las organizaciones políticas genera barreras para su aplicación.

g. Penalidad

La comisión del delito de financiamiento prohibido de las organizaciones políticas, en su modalidad pasiva o activa tiene una imposición de

pena privativa de libertad base no menor de dos ni mayor de cinco años y con sesenta a ciento ochenta días multa e inhabilitación.

h. Circunstancias agravantes

El artículo 359-A del Código Penal peruano contempla tres supuestos agravantes de pena. El primero, de carácter cualitativo, sostiene que cuando el delito es cometido por el candidato, tesorero, responsable de campaña o administrador de hecho o derecho de los recursos de una organización política, siempre que conozca o deba conocer la fuente de financiamiento legalmente prohibida; se impondrá una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con cien a trescientos días multa e inhabilitación.

El segundo, de carácter cuantitativo, prescribe que cuando el valor del aporte, donación o financiamiento involucrado sea superior a cincuenta UIT; la pena a imponerse será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y se le sancionará con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, e inhabilitación.

Tercero, de carácter cualitativo, sostiene cuando el agente comete el delito como integrante de una organización criminal o persona vinculada a ella o actúe por encargo de la misma, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, e inhabilitación.

Finalmente, respecto al plazo de prescripción del delito en mención, este debería ampliarse debido a las dificultades que se presenta al momento de investigar estas conductas delictivas.

VI. COMENTARIOS FINALES

1. En relación al tipo penal de financiamiento prohibido de organizaciones políticas es menester destacar que se ha omitido considerar aplicable la Ley N.º 30424, *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*, desatino que trae como consecuencia directa que ante la comisión de este ilícito, solo respondan penalmente las personas naturales miembros de la organización política, más no el mismo ente que se vio beneficiado del financiamiento; al cual solo se le podrán aplicar las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105º del Código Penal. En razón de ello, consideramos que, los partidos políticos, como sujetos

pasibles de aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio deben tener un programa de cumplimiento normativo, así como de prevención de lavado de activos, además deben tener el deber de reportar operaciones sospechosas ante la Unidad de Inteligencia Financiera.

2. Se ha omitido considerar a la organización política como sujeto obligado de informar operaciones sospechosas, y por ende no se encuentran obligados a proporcionar información a la UIF, de acuerdo a lo regulado por la Ley N.º 27693, *Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú*, ni tampoco a implementar un sistema de prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo, por lo que se ha perdido la valiosa oportunidad de otorgar competencias a la Unidad de Inteligencia Financiera a fin de que ejerza un control efectivo sobre las operaciones de las organizaciones políticas; en la medida en que éstas, como receptores y fuentes de manejo de cantidades importantes, incluso millonarias, de dinero durante las campañas electorales, son entidades que deberían contar con un oficial de cumplimiento, un programa de prevención del Lavado de Activos, de la Corrupción pública y privada; y, de ser el caso, reportar operaciones sospechosas ante la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú.
3. La tipificación del delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas ha generado que los imputados por recibir dinero para campañas electorales antes de su entrada en vigencia, como era de esperarse, consideren que esta ley penal confirma que sus actos no eran delictivos pues este delito solo existe desde agosto del 2019. Se alega que, en el peor de los casos, debe aplicarse la nueva ley porque las penas son bastante menores a las del lavado de activos y, conforme a la Constitución Política del Estado, se debe aplicar la ley más benigna.
4. El nuevo delito de financiamiento prohibido de las organizaciones políticas tiene una lista cerrada que prescribe los supuestos de financiamiento prohibido, excluyendo así a los demás financiamientos ilegales de carácter privado y público. Respecto a ello, es necesario subrayar que este delito se ha limitado a sancionar penalmente algunos de los supuestos de financiamiento prohibido contemplados en la Ley de Organizaciones Políticas, lo que no le permite cumplir con lo que establece el artículo 35 de la Constitución. La nueva normativa legal debió atribuir a los partidos políticos involucrados en el delito de financiamiento prohibido de las organizaciones políticas la sanción penal correspondiente.

Blanqueo de capitales y presunción de inocencia

Eduardo A. Fabián Caparrós
Profesor Titular de la Universidad de Salamanca



TRES FRENTES DEBE ATENDER el profesor universitario: la investigación, la docencia y la gestión. No tendría sentido que aquí evocara logros del homenajeado por todos conocidos. Prefiero aprovechar estas líneas para decir qué he aprendido de él en cada uno de esos tres campos.

A todo debe preceder el estudio y la investigación, pues sólo se podrá enseñar lo que antes se ha asimilado y descubierto. Al profesor Berdugo le debo haber entendido la importancia de elegir bien el objeto, de aplicar el método y de seleccionar las fuentes; sobre todo, de no hacer trampas jugando al solitario, porque pocas cosas ayudan tanto a crecer en este terreno como descartar una hipótesis de partida errónea gracias al cuidadoso examen de las cosas. Me honro de haber compartido con él tantos proyectos. Sobre todo, le agradezco que me enseñara lo importante que es defender las propias ideas –rigor y coherencia en la vida, también en la ciencia– con libertad y con responsabilidad, en primera persona del singular.

También me introdujo en el arte de la docencia. Primero, dejándome acompañarle a las viejas aulas de Fonseca y San Isidro a las que acudían cientos de estudiantes de Derecho para escuchar las lecciones de ese joven catedrático que había jugado en el *XV del León* hasta hacía relativamente poco tiempo. Al poco, confiándome el reto de suplirlo con la escasa ciencia que me daban mis veintitantos. Siempre, cuidando que la tarima no sea un púlpito, sino el lugar en el que profesor queda citado con sus alumnos para iniciar un viaje al conocimiento.

Queda hablar de la gestión universitaria que con tanta frecuencia –e imprudencia– se nos encomienda a quienes sólo somos, abreviadamente, PDI. Muchas veces escuché al Rector Berdugo: «si tienes cargo, ejércelo».

Quien tenga hacienda, que la mantenga; si no, que la venda. Y al esfuerzo personal añadido otra de sus enseñanzas: el equipo. Es vital saber rodearse de personas valiosas capaces de trabajar juntas; de compañeros que resuelvan, que no se limiten a alabar al superior para conservar el puesto, sino que se sientan libres de advertirle de posibles errores para que siempre prevalezca su *auctoritas* sobre una vulgar *potestas*.

Yo era un desconocido para Ignacio cuando fui a verlo en 1990 a su despacho del Patio de Escuelas para decirle a qué me quería dedicar. Ha pasado mucho tiempo desde entonces, pero todavía hoy, cuando las cosas se complican, no dejo de preguntarme qué haría él en tal situación. Suelo hacerle caso, o eso creo. Me presumo inocente.

I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL

Como ocurre en todo sistema constitucional de Derecho, la imposición de una pena requiere que el juzgador, a la vista de la prueba válidamente practicada, llegue a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que existen elementos de cargo suficientes para enervar la presunción *iuris tantum* de inocencia. En España, la exigencia de estimar inocente al reo hasta que se evidencie lo contrario es una derivación expresa del art. 24.2 CE¹, pero también de numerosos compromisos internacionales² que, también por exigencia constitucional, deben servir de pauta interpretativa para el conjunto del ordenamiento jurídico interno (art. 10.2 CE).

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que, como tal, dispone de la máxima protección por parte del ordenamiento. Sólo se puede regular a través de Ley Orgánica (art. 81.1 CE) y su tutela, en último término, queda encomendada al Tribunal Constitucional a través de la figura

¹ Entre la jurisprudencia constitucional más reciente, SSTC 143/2021, de 12 de julio; 51/2021, de 15 de marzo; 181/2020, de 14 de diciembre, etc. Entre la jurisprudencia ordinaria, SSTs 597/2021, de 6 de julio; 562/2021, de 24 de junio; 261/2021, de 22 de marzo, etc.

² Art. 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (BOE n.º 243, de 10 de octubre de 1979); art. 14.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966 (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977), art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DOUE n.º 364, de 18 de diciembre). En el Derecho Comunitario, el art. 3 de la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DOUE n.º 65, de 11 de marzo), establece que «los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley».

del recurso de amparo (art. 53.2 CE). En el marco del sistema penal, establece una íntima relación entre las vertientes sustantiva y procesal, pues no cabe condenar si antes no queda acreditada la presencia de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la infracción, tanto objetivos como subjetivos. Por eso es tan importante a estos efectos el diseño de los tipos penales: sin perjuicio del formal cumplimiento de esta garantía procesal, la definición poco rigurosa de conductas en el plano sustantivo puede llegar a constituir un vaciamiento del contenido material de esta prerrogativa fundamental.

A este planteamiento general añado una consideración que creo merece ser apreciada y que recientemente motivó la declaración de inconstitucionalidad de una parte del artículo 294.1 de la LOPJ³. Verdaderamente, no es lo mismo ser inocente que no ser culpable por falta de pruebas. Con todo, en el plano estrictamente jurídico, ni se puede distinguir entre la presunción de inocencia y una mera presunción interina de inculpabilidad, ni tampoco cabe deducir diferencias cualitativas entre una liberación por insuficiencia de pruebas y otra resultante de la efectiva constatación de la inocencia del acusado. Como viene afirmando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴, no puede haber absoluciones de primera y de segunda categoría al amparo de este derecho. No habiendo prueba de cargo suficiente, sin necesidad de que quede acreditada la inocencia del acusado, el Estado deberá abstenerse de ejercer su *ius puniendi* y el acusado quedará libre de todo cargo, extendiéndose los efectos de la resolución beneficiosa a cualquier otra decisión judicial que pueda adoptarse con posterioridad.

II. BLANQUEO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

No es fácil condenar por blanqueo de capitales. El debido respeto a la presunción de inocencia obliga a estimar probados todos los elementos de un tipo bastante sofisticado, tanto en el plano objetivo como en el

³ STC 85/2019, de 19 de junio. La declaración de nulidad, por inconstitucionales, de los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1 de la LO 6/1985 motivó que en nuestro Derecho ya no dependa el reconocimiento de indemnización a quien haya sido sometido prisión provisional sin ser luego condenado de que la sentencia absolutoria lo sea por haberse demostrado la inocencia del acusado o por el simple hecho de que no haya prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

⁴ SSTEDH de 13 de julio de 2010 (Tendam c. España); 10 de julio de 2001 (Lamana c. Austria); 21 de marzo de 2000 (Rushiti c. Austria), entre otras.

subjetivo. La acusación suele enfrentarse a graves dificultades para evidenciar la totalidad de las piezas que integran este delito.

La mayor parte de las complicaciones derivan de su especial configuración. Desde el punto de vista criminológico, es un delito de segundo nivel⁵, no por su menor importancia relativa, sino porque requiere de una previa conducta criminalmente relevante para su existencia y a cuyo mantenimiento sirve; aquélla de la que derivan los bienes que se pretenden lavar. Desde la perspectiva dogmática, la procedencia delictiva constituye un rasgo esencial del objeto material del tipo penal que ha de ser abarcado por el dolo del sujeto: no sólo hay que demostrar que los bienes tienen ese origen; además, hay que probar que el acusado era consciente de ello.

Con todo, la reforma de los tipos de blanqueo ha atenuado el rigor original de esta figura, aligerando sensiblemente las exigencias probatorias y, en consecuencia, haciendo que este delito sea más practicable. En nuestro país, la regulación vigente contenida en el artículo 301 del Código Penal permite obtener más fácilmente una sentencia condenatoria que hace algo más de dos décadas. Ya no hay que evidenciar ciertas cosas que antes eran esenciales.

En la mayor parte de los casos, esas reformas han derivado del reconocimiento progresivo de la autonomía socioeconómica respecto de la infracción previa de la que proceden los bienes a lavar; del abandono de la consideración del lavado de capitales como una mera figura accesoria del delito previo. Creo que se trata de una tendencia correcta desde el punto de vista sustantivo y que, además, es coherente con la evolución de los instrumentos internacionales sobre la materia. Mención especial merecen las sucesivas modificaciones del art. 301 CP relativas al *origen de los bienes*, tanto en el plano de la procedencia objetiva como del grado de conocimiento que el acusado tenga de esa procedencia, a las que luego me referiré. Con todo, comenzaré haciendo algunas consideraciones sobre la conducta incriminada en el artículo 301.1 de nuestro Código Penal que deben ser tenidas en cuenta en relación con una peligrosa amenaza que se cierne sobre nuestro ordenamiento: la posible incorporación del delito de enriquecimiento ilícito, al menos, en el ámbito de la lucha contra la corrupción de los servidores públicos.

⁵ FERRACUTI, F. / BRUNO, F., «La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica», en FERRACUTI, F. (dir.), *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, Giuffrè, Milán, p. 70.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONDUCTA INCRIMINADA

1. *Cuestiones generales del tipo*

El artículo 301.1 del Código Penal establece un amplio abanico de conductas a la hora de definir la conducta incriminada. Primero, cita cinco verbos referidos a comportamientos muy diversos: adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir. Además, emplea una cláusula genérica, absolutamente abierta («... o realice cualquier otro acto»), que inhabilita el esfuerzo de tasar el ámbito objetivo de lo punible.

La referida cláusula genérica es muy poco aconsejable desde el punto de vista del principio de legalidad, pero no me detendré sobre ello en esta ocasión. Baste decir, a los efectos que ahora interesan, que la demostración de que alguien «realice cualquier otro acto», aun condicionado a que se actúe el pos de ciertos fines, no sólo implica pocas garantías desde la óptica de la taxatividad⁶, sino, consecuentemente, de lo que hay que considerar probado para poder castigar.

En cuanto a los citados verbos, la redacción original del precepto sólo hablaba de «adquirir», «convertir» y «transmitir». Fue la Ley Orgánica 5/2010 la que añadió las conductas de «poseer» y «utilizar», adoptando con ello una decisión bastante cuestionable, como ya se apuntó en un trabajo cuya autoría tuve el gusto de compartir con el ahora homenajead⁷. La reforma supuso un grave retroceso, situando en pie de perfecta igualdad conductas de naturaleza muy diversa. «Adquirir», «convertir» y «transmitir» denominan actos de dinámica patrimonial, íntimamente conectadas con la lesividad que da fundamento al delito de blanqueo. Sin embargo, «poseer» y «utilizar» reflejan conductas relacionadas con el poder real sobre los bienes, al disfrute estático de los mismos y, por ello, mucho más próximas a la receptación, si no al puro y simple agotamiento, que debería permanecer impune⁸.

Que bajo un título de imputación –que presumimos garantista– se castiguen conductas ajenas a su propia esencia hace sospechar que el

⁶ Mediante Sentencia C-191/16, de 20 de abril de 2016, la Corte Constitucional de Colombia declaró nulo el inciso «... o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito» del art. 323 del Código Penal, relativo al lavado de activos, por estimarlo contrario al principio de legalidad. Sin duda, se trata de un precedente a considerar.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español», *Diario La Ley*, n.º 7535 (2010), p. 6.

⁸ Invocando el principio *non bis in idem*, la STS 858/2013, de 19 de noviembre.

legislador tiende a usar el delito de blanqueo como un comodín en el marco de la política *crime doesn't pay*. Una cosa es que a través de esta figura se repriman conductas que atenten contra el orden económico y otra muy distinta es que se use para sancionar cualquier comportamiento realizado sobre bienes de origen criminal, facilitando con ello el ejercicio de la acusación, que no tendrá que esforzarse demasiado para enervar la presunción de inocencia.

2. *La amenaza persistente del delito de enriquecimiento ilícito*

Mientras tanto, el delito de enriquecimiento ilícito viene llamando a la puerta del Parlamento español desde hace más de una década con la intención de aumentar la presión penal sobre los servidores públicos que puedan haber incrementado su patrimonio a través de la corrupción. Hasta el momento, cuatro proposiciones de ley⁹ y dos enmiendas a un proyecto¹⁰ han fracasado en su intento de introducir la figura en el Código Penal, por rechazo o por caducidad de cada una de las iniciativas. Al tiempo de redactar estas líneas, una proposición de ley más, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, se encuentra pendiente del correspondiente debate de toma en consideración¹¹.

⁹ Proposición de Ley Orgánica 122/000201 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verts, *para la lucha contra la corrupción*, IX Legislatura, n.º 224-1, *BOCG* (Congreso de los Diputados), 12 de febrero de 2010; proposición de Ley Orgánica 122/000112 del Grupo Parlamentario Socialista, *de reforma del Código Penal*, X Legislatura, n.º 133-1, *BOCG* (Congreso de los Diputados), 13 de septiembre de 2013; proposición de Ley 122/000022 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, *integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes*, XII Legislatura, n.º 33-1, *BOCG* (Congreso de los Diputados), 23 de septiembre de 2016.

¹⁰ Enmiendas 501 y 757 al Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (que llegó a convertirse en LO 1/2015), presentadas por los Grupos Parlamentarios Catalán y Socialista, respectivamente. Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, *por el que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, X Legislatura, n.º 66-2, *BOCG* (Congreso de los Diputados), 10 de diciembre de 2014.

¹¹ La iniciativa prevé la incorporación al Código Penal de un nuevo artículo 440 bis cuyo texto sería el siguiente: «La autoridad o funcionario público que, durante el ejercicio de su cargo o responsabilidad, experimente un incremento de sus bienes o patrimonio, cuya procedencia no pueda ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos, será castigado con pena de prisión de uno a tres años, multa del tanto al triple del valor de dicho incremento y, en todo caso, con inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cinco años». Proposición de Ley Orgánica 122/000116 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, *de medidas de lucha contra la corrupción y para la protección de*

No es ahora el momento para detenerme sobre la naturaleza de esta grave amenaza para las garantías esenciales¹². Baste decir que el delito de enriquecimiento ilícito se construye para penalizar conductas que no se han podido probar. Según el simple diseño aportado por las iniciativas internacionales¹³, lo comete el funcionario público que acrecenta de forma significativa su patrimonio sin ofrecer una explicación satisfactoria de los motivos de tal incremento. Es un delito de sospecha a través del cual se castiga al servidor público de haberse enriquecido abusando de su posición, pero de quien no ha llegado a demostrarse su responsabilidad por los hechos de los que habría derivado esa riqueza. Se reprime una causalidad presunta¹⁴ –el enriquecimiento por unos bienes cuyo origen ilícito se presume–, trasladando a la defensa la carga, en contra de la presunción de inocencia, de probar la licitud de los mismos. En suma, constituye una pretendida solución sustantiva para un problema procesal; un burdo atajo para condenar con más facilidad, ofreciendo una falsa imagen de eficacia represiva.

Hasta el presente, ya lo indicaba, las iniciativas penalizadoras del enriquecimiento ilícito han fracasado en España, como lo han hecho en otros países de nuestro entorno en los que incluso llegaron a aprobarse, pero no soportaron el juicio de constitucionalidad¹⁵. Sin embargo, de la aplicación

los alertadores, XIV Legislatura, n.º 142-1, *BOCG* (Congreso de los Diputados), 15 de enero de 2021.

¹² Más extensamente, *vid.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. / CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. / RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 595 y ss.

¹³ Además de en otras iniciativas internacionales, se prevé la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, aunque sometido a cláusula de salvaguardia, en el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (*BOE* n.º 171, de 19 de julio de 2006). El citado precepto lo define como «... el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

¹⁴ ROJAS PICHLER, P. A., *El delito de enriquecimiento ilícito en la legislación paraguaya: su problemática dogmático-constitucional*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2020, pp. 421 y ss.

¹⁵ Respecto del ordenamiento italiano, Sentencia 48/1994, de 9 de febrero de la *Corte Costituzionale*. En el caso portugués, Sentencia 179/2012, de 4 de abril, del *Tribunal Constitucional*. Respecto de la declaración de nulidad de sus respectivas figuras de enriquecimiento ilícito de Italia y Portugal, *vid.* BLANCO CORDERO, I., «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-16 (1-35), pp. 6-10. Específicamente respecto del caso portugués, BLANCO CORDERO, I., «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su

de las reformas experimentadas por el delito de blanqueo pueden derivar efectos similares, y no sólo en el ámbito de la corrupción.

III. CUESTIONES SOBRE EL ORIGEN DE LOS BIENES Y EL CONOCIMIENTO DEL MISMO

1. *Delimitación de la conducta previa*

En la redacción original del Código Penal de 1995 se exigía que los bienes tuvieran su origen en un «delito grave». En aquel momento, esta previsión supuso una considerable ampliación del ámbito de lo punible, pues veníamos de una situación en que sólo se castigaba el blanqueo cuando las ganancias derivaran de delitos relativos al narcotráfico. Posteriormente, la Ley Orgánica 15/2003 acrecentó la criminalización, al bastar que los bienes procedieran de «un delito». La Ley Orgánica 5/2010 redundó en la misma tendencia, al prever que esa procedencia fuera de cualquier «actividad delictiva», pareciendo destacar la suficiencia de que la conducta previa fuera antijurídica, sin necesidad de acreditar la culpabilidad de quien fuera responsable de ella. Por último, la Ley Orgánica 1/2015, aunque no alteró la redacción del art. 301, resolvió las posibles dudas respecto de si podrían ser constitutivas de infracción previa las faltas, al suprimir esta reforma el Libro III del Código Penal, determinando con ello la posibilidad de que cualquier ilícito penal sirviera de base para la apreciación del delito de blanqueo de capitales.

No se debe olvidar que los párrafos segundo y tercero de este mismo precepto establecen la agravación de la pena cuando tales bienes deriven de «alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código» o de «alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o de alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI». Obviamente, tales modalidades, que responden a motivos mucho más relacionados con la alarma social que con la especial lesividad de tales conductas¹⁶, sólo se pueden apreciar si queda

inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués». *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, n.º A-02 (1-19).

¹⁶ El agravamiento por narcotráfico deriva del origen histórico del propio delito de blanqueo y explica, que no justifica, el hecho de que el artículo 303 del Código Penal aumente la pena cuando el responsable de los hechos sea facultativo, trabajador social, docente o educador, en idénticos términos a como lo hace el artículo 372 del mismo cuerpo legal. El resto de agravaciones, introducidas por la Ley Orgánica 5/2010,

acreditada esa específica procedencia y el responsable la conoce. Sin embargo, la regla general establecida en el párrafo primero, cuya evolución ampliatoria he descrito, ha motivado que *ya no sea necesario probar de qué concreta infracción proceden los bienes que constituyen el objeto material de este delito*, aunque sigue siendo necesario llegar a la conclusión, fuera de toda duda razonable, de que provienen de cualquier clase de infracción criminalmente relevante.

2. Sobre la necesidad de un fallo condenatorio previo

Los Tribunales vienen confirmando que, respecto de esa infracción previa, *ya no es necesario que exista un pronunciamiento condenatorio*¹⁷. Ciertamente, para que exista un delito de blanqueo es imprescindible que el juzgador llegue a la convicción de que los bienes proceden de una «actividad delictiva» en los términos antes indicados. Sin embargo, a esa conclusión se puede llegar mediante un razonamiento lógico en el que la concurrencia de indicios lleve al juzgador a inferir, fuera de toda duda razonable, tal origen criminal: el extraordinario acopio de recursos económicos, la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, la ausencia de explicaciones creíbles sobre la procedencia de los bienes, la relación del acusado con actividades criminales, etc. Con ello no quiebra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ni se produce un relajamiento de la prueba exigible. Al contrario, se estima que, a partir de la concurrencia de una serie de indicios –que, individualmente considerados, no servirían para fundar un fallo inculpativo–, el juzgador llega a la sana conclusión de que no existe explicación más lógica que apreciar la fuente delictiva de un patrimonio. Me detendré un poco más adelante sobre la prueba indiciaria.

A la argumentación jurisprudencial se añaden razones político-criminales que avalan esta misma conclusión. En un proceso por blanqueo no se evalúa la responsabilidad de quien ha cometido el delito del que puedan

proceden de la alarma generada en aquel tiempo por la corrupción inmobiliaria. Tanto en un caso como en otro, las agravaciones carecen de todo sentido. Castigar más duramente si los bienes proceden del narcotráfico, de la corrupción o de la infracción de normas penales sobre la ordenación del territorio es una medida tan incoherente con la significación autónoma del blanqueo de capitales como, respecto de otros delitos previos, comparativamente injusta. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CARRÓS, E.A., «La “emancipación”...», *op. cit.*, pp. 2, 5 y 6.

¹⁷ SSTs 363/2021, de 29 de abril; 725/2020, de 3 de marzo de 2021; 171/2021, de 25 de febrero; 677/2019, de 23 de enero de 2020, entre las más recientes.

proceder los bienes, sino los propios actos de blanqueo y la responsabilidad por los mismos, aplicándose el castigo, en su caso, a causa de la lesividad generada en el terreno socioeconómico. Por ello, la previa condena penal por los hechos de los que derivan los bienes blanqueados no puede ni debe condicionar el curso de la causa por blanqueo de capitales. Añádase una consideración que estimo irrefutable: es perfectamente posible que se haya acreditado el carácter criminal de esos hechos previos y sea imposible llegar a una condena por los mismos debido, por ejemplo, a la imposibilidad de localizar a sus responsables o al fallecimiento de los mismos. ¿Acaso en tales supuestos debería decaer la responsabilidad penal por disimular el origen ilícito de unos bienes?

3. *Repercusiones sobre el tipo subjetivo*

Ya en el plano estrictamente subjetivo, si el origen delictivo de los bienes constituye parte integrante de la delimitación del objeto material del tipo previsto en el art. 301.1, el dolo del sujeto también deberá de extenderse a esa procedencia: sólo se podrá condenar por blanqueo a quien sepa que los capitales sobre los que actúa derivan de una actividad criminal. Ocurre, sin embargo, que el diseño objetivo del tipo se proyecta sobre su vertiente subjetiva, de modo que, no siendo necesario acreditar de qué concreta infracción penal proceden, tampoco será necesario probar si el acusado tuvo noticia de la misma; bastará con llegar a la convicción –generalmente, a través de la inferencia lógica en el terreno de la prueba indiciaria, de manera similar a lo antes indicado– de que el sujeto conoció ese origen delictivo, aunque no sepa a ciencia cierta qué infracción se cometió, bastando «un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social»¹⁸. Además, *no es necesario que el juzgador dé por acreditado que el acusado tuvo completa certeza del carácter criminal de los bienes*, pues nuestro Código admite el dolo eventual en el delito de blanqueo¹⁹. Ciertamente, el tipo descrito en el art. 301.1 CP alberga un contenido subjetivo muy determinado, exigiendo que el autor actúe «sabiendo que [los bienes] tienen su origen en una actividad delictiva» y que lo haga con la finalidad de «ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o Infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». Sin embargo, el art. 301.2

¹⁸ Naturalmente, al margen de los casos agravados por razón del origen de los bienes, indicados en los párrafos segundo y tercero del art. 301.1 CP.

¹⁹ SSTs 624/2021, de 14 de julio; 619/2021, de 9 de julio; 601/2021, de 7 de julio, entre las más recientes.

relaja esa tendencia, atribuyendo la misma pena a quienes, actuando sobre esos bienes, realicen actos de «ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos» sobre los mismos. En tal caso, no es preciso acreditar que quien haya realizado la conducta lo hiciera con la expresa intención descrita en el apartado 1 del art. 301 CP, bastando que se alcance alguno de esos resultados a partir de un conocimiento sólo eventual de la ilicitud penal de los capitales.

4. *Repercusiones de admitir la penalización del blanqueo imprudente*

A todo lo dicho se añade que el nuestro ordenamiento tipifica el blanqueo culposo en el artículo 301.3, aunque sólo sea bajo la modalidad de imprudencia grave. La breve y controvertida fórmula que empleó el legislador («si los hechos se realizasen por imprudencia grave»), intacta desde su redacción original de 1995, no ayuda demasiado a desentrañar el contenido del precepto, pero todo parece indicar que, aunque expresamente no lo diga, la negligencia punible se refiere al conocimiento del origen delictivo de los bienes²⁰.

En el plano sustantivo, no sólo comete blanqueo quien sabe que opera con bienes de origen criminal, sino también quien, no siendo consciente de ese origen, debería haberlo sido si hubiera cumplido con el deber de diligencia que le es exigible en el precepto²¹. Con todo, valorada la cuestión desde el punto de vista probatorio, esta figura autoriza el castigo en aquellas ocasiones en las que, no siendo posible contar con prueba suficiente para aplicar la forma dolosa, sí basta para apreciar un quebrantamiento grave del deber objetivo de cuidado. En tales casos, bien podría decirse que el art. 301.3 es un «invento con cálculos criminalísticos»²² que en la mayor parte de los casos no estaría destinado a castigar supuestos de blanqueo imprudente, sino casos no plenamente probados de realización dolosa; supuestos que, por lo demás, podría pensarse que son los más frecuentes.

²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16 (2011), p. 9.

²¹ No existe aún un criterio jurisprudencial unívoco respecto de si el art. 301.3 CP define un tipo común o si, por el contrario, se trata de una figura que sólo pueden cometer ciertos sujetos; en especial, los sujetos obligados contemplados en la Ley 10/2010. Ya expuse esta polémica en FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Consideraciones dogmáticas...», *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²² Lampe, citado por BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 2003 (2.ª ed.), pp. 191-192.

5. *La idoneidad de la prueba de indicios*

No se puede dudar de la importancia que ha adquirido la prueba indiciaria en el terreno del blanqueo de capitales. A mi juicio, este expediente técnico dista mucho de constituir una devaluación de la evidencia procesal; no es una prueba de segunda categoría ni, aún menos, un quebranto del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es necesaria, porque sólo a través de la acumulación de indicios cabe inferir ciertas conclusiones válidas para enervar la presunción *iusuris tantum* constitucional, ofreciendo todas las garantías en el marco de un proceso contradictorio. Como viene señalando el Tribunal Supremo en el marco del enjuiciamiento de delitos de blanqueo, la prueba indiciaria «aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión»²³. Para toda clase de delitos, la demostración del dolo o la imprudencia de una determinada conducta, por ejemplo, viene determinada por indicios objetivos. Respecto del blanqueo de capitales y otros delitos conexos, así vienen afirmándolo las iniciativas internacionales sobre la materia a las que nos encontramos vinculados²⁴. Con ello no se hace otra cosa que aplicar el principio de libre valoración de la prueba, consagrado en el artículo 973.1 de nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, debidamente reforzado en el plano constitucional por el deber de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE).

Con carácter general, dudo mucho que quepa hablar –por contraposición de la indiciaria–, de una auténtica prueba directa, sino de indicios más o menos sólidos. Y poco tiene de nuevo, pues el mismo año que Thomas Alva Edison construyó la primera bombilla incandescente ya se afirmaba que «la prueba de indicios bien puede asegurarse que sirve de fundamento a la condena en la mayoría de los procesos criminales; es decir, que ella es de más importancia que todas las restantes pruebas juntas»²⁵.

²³ SSTs 254/2021, de 18 de marzo; 725/2020, de 3 de marzo; 30/2019, de 29 de enero, entre las más recientes.

²⁴ Art. 3.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (BOE n.º 270, de 10 de noviembre de 1990); art. 6.2.f) de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (BOE n.º 233, de 29 de septiembre de 2003); art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (BOE n.º 171, de 19 de julio de 2006).

²⁵ LÓPEZ MORENO, S., *La prueba de indicios*, Imprenta de Aurelio J. Alaria, Madrid, 1879, p. 6.

Mención especial merece uno de esos indicios: el silencio del acusado²⁶. Naturalmente, la ausencia de explicaciones por parte del reo no puede en ningún caso fundar por sí solo un fallo condenatorio, pero ello no impide que, unido a otros elementos inculpatorios, constituya un elemento de convicción más a considerar, como ocurre con tanta frecuencia en materia de blanqueo a la hora de determinar el origen de los bienes. Valorada la cuestión desde la óptica de las garantías fundamentales, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse claramente al respecto, afirmando que «ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria [...]. Ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero [...] sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado»²⁷. En el plano supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dudado tampoco en aceptar esta doctrina²⁸.

V. CONCLUSIONES

Con sus luces y sus sombras, las reformas operadas sobre el tipo de blanqueo de capitales a lo largo de las dos últimas décadas han permitido que sea una figura más practicable. No obstante, también de esos cambios derivan ciertas fisuras en el sistema que pueden ocasionar la vulneración de ciertas garantías, como ocurre con la presunción de inocencia.

Que para castigar por blanqueo no se precise una sentencia que condene los hechos de los que procedan los bienes es, sencillamente, necesario. Sin embargo, con ello se desplaza a quien juzga el blanqueo la tarea de estimar probada la realización de tal o tales conductas previas. La decisión se adoptará a partir de los indicios recabados, y más indicios servirán para determinar si el acusado por blanqueo era más o menos consciente de ese

²⁶ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea», *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1 (2017), pp. 46 y ss.

²⁷ Entre las más recientes, SSTC 54/2015, de 16 de marzo; 9/2011, de 29 de marzo; 26/2010, de 27 de abril; 68/2006, de 18 de abril, etc.

²⁸ SSTEDH de 8 de abril de 2004 (Weh c. Austria); 3 de mayo de 2001 (JB c. Suiza); 8 de febrero de 1996 (caso Murray c. Reino Unido); 17 de diciembre de 1996 (Saunders c. Reino Unido), entre otras.

origen. Corresponderá a la defensa vigilar si la sentencia respeta la presunción de inculpabilidad del acusado, no ya en relación con la conducta enjuiciada, sino respecto del origen ilícito de los bienes sobre los que actuó.

Al riesgo de probar suficientemente la ilicitud del origen de los bienes se añade el problema de la definición de las conductas. Desde la reforma operada por la LO 5/2010, no sólo blanquean quienes operan con los bienes ilícitos, sino también quienes los poseen o utilizan. Si ese dominio real sobre esos bienes se asocia a una deficiente determinación del origen delictivo de los mismos, no hará falta modificar la normativa para consagrar, en la práctica, la tipificación en España del enriquecimiento ilícito como delito común.

En consecuencia, no sólo nos enfrentamos hoy al riesgo de que una coyuntura parlamentaria introduzca en nuestro Código Penal un delito que, so pretexto de luchar contra la corrupción, infrinja la presunción constitucional de inocencia. Afortunadamente, aún quedan jueces en la Plaza de la Villa de París y la jurisprudencia recuerda que el delito de blanqueo no puede ser «... una puerta falsa por la que introducir [...] un delito de enriquecimiento ilícito que ha sido recibido en algunos países con alborozo e incluso entusiasmo»²⁹. Conviene estar alerta: de la aplicación indebida de las normas vigentes puede derivar uno de esos casos en los que la equiparación entre lo «inexplicable» y lo «delictivo» se convierte en medio para afrontar la lucha contra la criminalidad³⁰.

²⁹ SSTs 624/2021, de 14 de julio; 363/2021, de 29 de abril; 725/2020, de 3 de marzo; 292/2017, de 26 de abril.

³⁰ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12-12 (2010), p. 4.

La discriminación por razones de género en el Derecho Penal

María Concepción Gorjón Barranco
Prof.^a. Contratada Doctora Derecho penal
Universidad de Salamanca



INTRODUCCIÓN

«**E**L ESTUDIOSO DEL DERECHO no debe refugiarse tras los gruesos muros del laboratorio del pensamiento dogmático, sino pronunciarse sobre los problemas reales de la sociedad en la que le ha tocado vivir, e impregnar con ellos sus construcciones¹». Esta idea, a mi modo de entender, resume de forma muy sencilla lo que el profesor Ignacio Berdugo transmitía en sus clases de licenciatura cuando yo era alumna. Quizás este sea un de los motivos por los que elegí el tema de la violencia de género para desarrollar en la tesis doctoral bajo su dirección. Se analizaban en aquella ocasión los delitos derivados de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, en concreto sobre los delitos recogidos en los artículos 148.4, 153.2, 171.4 y 172.2 del código penal, que introducían por primera vez en nuestro país y de forma novedosa a nivel mundial, una agravante específica en esos cuatro delitos² que se traduce todavía hoy, en una

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El consentimiento en las lesiones veinte años después», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Vol. II*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 46.

² Sobre la necesidad o no de la tipificación de figuras género específicas, consultar LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 785-786.

respuesta diferenciada a las lesiones, los malos tratos simples, las amenazas y coacciones leves respectivamente, cuando el sujeto pasivo de los delitos sea mujer en una relación de pareja³. La mayor crítica que se hizo entonces a esta legislación fue la de relegar la protección únicamente a las mujeres circunscritas al ámbito privado de las relaciones de pareja, obviando su aplicación a las mujeres que sufren discriminación o violencia en el trabajo, o en el ámbito social, como las agresiones sexuales relacionadas con el ocio nocturno, por ejemplo. Además, respecto de la elección de la técnica de imposición de una agravante específica en los cuatro delitos citados, ya en 2004, parte de la doctrina hubiera preferido la opción de una agravante genérica, estimando que desde un punto de vista sistemático y dogmático hubiera sido mejor opción y así podría ser aplicable a todos los delitos relacionados con la violencia de género⁴.

Lo cierto es que un año después de la defensa de la tesis, se aprobaba en el seno del Consejo de Europa, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul en el año 2011, que fue ratificado por España en el 2014⁵. Como consecuencia, la reforma de 2015 del código penal modificó la agravante de discriminación recogida en el art. 22.4 CP. Siguiendo lo establecido en la propia Exposición de motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el código penal: *«se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22 CP. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo»*. Consecuencia inmediata de lo anterior es que desde entonces el art. 22.4 incorpora la circunstancia agravante de cometer

³ Aquella investigación se materializó en GORJÓN BARRANCO, M. C., *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013.

⁴ COMAS D'ARGEMIR, M., «La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 50.

⁵ Ratificado por España en 2014 <http://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

el delito por «razones de género». Dedicaremos este trabajo a tratar de entender cómo se debe interpretar.

Más allá de hasta dónde abarca la protección antidiscriminatoria contra las mujeres, el reto a nivel legislativo se presenta bajo la convivencia en nuestro código penal de una agravante específica proyectada sobre cuatro artículos de la parte especial, con una agravante genérica recogida en la parte general. Por tanto, la hipótesis de partida de este trabajo es ahondar sobre el concepto de odio discriminatorio por razones de género del art. 22.4 CP para saber si debemos o no, circunscribirlo al ámbito privado de las relaciones de pareja, haciendo así una interpretación sistemática del concepto recogido en la LO 1/2004, o si por el contrario, nuestro legislador y operadores jurídicos deben abrir su interpretación y aplicación, extendiéndolo más allá de las relaciones de pareja. Lo cierto es que en Convenio de Estambul no parece partir de una definición restringida de género al ámbito privado, sino que se entiende incluida la protección de las mujeres en el ámbito público. Por tanto, son dos las cuestiones a analizar en este trabajo: el concepto de género y violencia de género, amplio o restringido al ámbito privado de las relaciones de pareja, y la técnica legislativa para tipificarlo, entre la agravante específica y la agravante genérica, descartando el delito autónomo por no haber sido objeto de debate en nuestro país.

I. DELIMITACIONES CONCEPTUALES DE «RAZONES DE GÉNERO» Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Ya la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW), sentó las bases a nivel internacional para el desarrollo de los derechos humanos de las mujeres. Como su propio nombre indica, refiere la discriminación, y no tanto la opresión o subordinación como problema de base de la reivindicación feminista⁶. Más concretamente, los siguientes instrumentos de Naciones Unidas se focalizarían específicamente en la violencia de género al ser la manifestación más extrema de esa discriminación. Por eso, a partir de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, se describe específicamente la violencia contra la mujer como «una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en

⁶ El feminismo pone de manifiesto la opresión que sufren las mujeres, sobre el tema consultar URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder. Trayectoria de un feminismo crítico*, Talasa ediciones, 2009, Madrid, p. 34 y ss.

su contra por parte del hombre». Posteriormente la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer realizada en Beijing en 1995*, resultó decisiva en materia de violencia, debido a que por primera vez la ONU conceptualizó la violencia de género, como una violencia diferenciada del resto, (diferente de la familiar o doméstica), creando una *Plataforma de Acción* a la que se le irán añadiendo los países firmantes, en la que establece que desde entonces, el término «violencia contra la mujer» refiere a *todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada.*

Por último, cabe destacar el ya mencionado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul en el año 2011⁷. Resaltamos las definiciones aportadas por este Convenio en su art. 3 c):

por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

Una vez más, el Convenio se focaliza en los diferentes tipos de violencia, a los que aplican esos motivos de género: la violencia psicológica (Art. 33), acoso (Art. 34), violencia física (Art. 35), violencia sexual, incluida la violación (Art. 36), matrimonios forzosos (Art. 37), mutilaciones genitales femenina (Art. 38), aborto y esterilización forzosos (Art. 39) y acoso sexual (Art. 40). Y lo más importante, el art. 43 resalta que estos delitos penales *se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.* Esto es, con independencia de que sean pareja o exista una relación sentimental entre ellos. A partir de este momento comprobaremos qué traducción ha tenido este Convenio en la legislación nacional.

Como reflejan sin excepción los instrumentos internacionales, la violencia de género es un tipo de violencia que puede darse en el ámbito público y en el privado. Es cierto que ser mujer en una relación de pareja (ámbito privado) es un factor criminógeno, como así lo demuestran las estadísticas, siendo que los datos del CGPJ en 2010 demostraban que las mujeres eran víctimas de asesinatos en la pareja en el 90% de los casos,

⁷ Ratificado por España en 2014 <http://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

mientras que eran las autoras en el 10% de los mismos⁸. Sin embargo, cinco años después (2015) los datos se contabilizan de distinta forma, distinguiendo violencia doméstica y de género, arrojando así resultados muy distintos a los anteriores. En el ámbito de la pareja, de las 47 sentencias existentes, 38 lo son en el ámbito de la violencia de género, y 9 en el ámbito de la violencia doméstica⁹. De esta forma, «38 suponían el homicidio de una mujer (81%) y, nueve de un hombre (19%)¹⁰». Pero si desglosamos en detalle los casos que refieren esas 9 sentencias que el grupo denomina «violencia doméstica en la pareja» encontramos no solo autoras sino también, en casi la mitad de los casos, autores, siendo que «en total se contabilizan 10 autores, 4 hombres y 6 mujeres¹¹». Es fácil comprobar, cómo al introducir los asesinatos de hombres a manos de sus parejas o ex parejas no solo femeninas, sino también por parejas del mismo sexo, los datos son ya bastante diferentes de los ofrecidos en 2010.

En cualquier caso, que el ámbito de la pareja sea un factor de riesgo para las mujeres no niega la existencia de desventaja también a nivel público, donde se demuestra que las mujeres no tienen igual salario que sus compañeros, por ejemplo¹², así como tampoco dentro del ocio nocturno significa lo mismo que un grupo de mujeres persiga a un hombre de noche por la calle, que al revés¹³. Es por eso que, si una de las principales críticas que se realizó a la LO 1/2004 es que se focalizó en la violencia de género dentro de la pareja, a partir de ahora comprobaremos si con la introducción en 2015 dentro del código penal de la agravante de discriminación «por razones de género» se puede hacer frente de mejor forma al problema.

⁸ Informe: «Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones». *Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ*. Septiembre 2012, p. 9.

⁹ Informe «Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores», del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial, 2017, p. 4 y 8. Consultar en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-de-las-sentencias-dictadas-en-el-ano-2015--relativas-a-homicidios-y-o-asesinatos-entre-los-miembros-de-la-pareja-o-ex-pareja-y-de-menores-a-manos-de-sus-progenitores>

¹⁰ Ídem., p. 5.

¹¹ Ídem., p. 77.

¹² Instituto de la Mujer: «Mujeres en Cifras –Empleo y Prestaciones Sociales– Mercado de Trabajo» consultar <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Empleo-Prestaciones/MercadoTrabajo.htm>

¹³ LARRAURI PIJOAN, E., «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero 2009, p. 10.

II. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LAS RAZONES DE GÉNERO

I. *La violencia de género en un contexto discriminatorio y de subordinación*

Aunque la constitucionalidad de los delitos de las agravantes específicas de género introducidos en 2004 es un debate superado¹⁴, debemos seguir reflexionando sobre su idoneidad real de los mismos para vencer los problemas que muchas mujeres enfrentan en su día a día, más allá de la violencia.

El art. 1.1 de la LO 1/2004 establece que la ley tiene como objetivo luchar «*contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*». Por eso, en el análisis de la Política criminal de género, uno de los problemas que se plantean es el concepto mismo de violencia de género; su despolitización, pues hace sombra al término que siempre se ha utilizado para explicar las relaciones de dominación existentes entre hombres y mujeres. Así, en opinión de AÑÓN ROIG y MESTRE I MESTRE el término de violencia de género «reconduce y reduce las experiencias femeninas a la violencia¹⁵» y esto «podría ser, en realidad un retroceso, pues despolitiza la cuestión de la dominación que se ejerce sobre las mujeres y unifica todo de nuevo bajo un nuevo término que presenta como más neutro, más objetivo, menos ideológico¹⁶». Las autoras establecen las conexiones dominio/violencia con el siguiente ejemplo «aunque la violencia es efecto del dominio, no se combate el dominio sino la violencia. Es como no combatir el racismo sino el *apartheid*. En parte, pues, el Patriarcado ha quedado reducido a

¹⁴ Fundamento Jurídico núm. 7 de la STC 59/2008 de 14 de mayo: «la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostente una posición subordinada».

¹⁵ AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, R., «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho» en BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords) en *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)* Madrid, 2005, p. 44.

¹⁶ *Ibidem*.

violencia y desvinculado del significado político de la subordinación de las mujeres¹⁷».

Por tanto, las autoras mencionadas afirman que el problema de las mujeres es más de subordinación que de discriminación, esto es, de poder, por ello la cuestión es ver desde la perspectiva de la ciencia jurídica, en qué medida el Derecho participa de ese poder y en qué medida puede transformarlo¹⁸. Es por eso que, «en la segunda mitad del siglo pasado, se produce una serie de reformas legales en materia penal tendientes a lograr la *efectiva neutralidad* de un Derecho penal que, hasta entonces, era el mero reflejo de un sistema en que los derechos de las mujeres estaban subordinados a los que tenían los hombres sobre ellas¹⁹». Sin embargo, tal esfuerzo legislativo no consigue sobreponerse a la propia esencia del derecho penal. La misma LO 1/2004, pese a su buena intención, muestra esta incompreensión de la realidad de las mujeres cuando sigue relegando su protección al ámbito privado y reduciendo el problema a los actos más leves de violencia²⁰.

Éste es el motivo por el cual «el Derecho penal ha sido tradicionalmente objeto de críticas por estudiosas feministas quienes han reprochado tres aspectos del Derecho penal: a) La deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; b) La insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer; c) La irregular aplicación (o inaplicación) en los tribunales de determinados delitos contra las mujeres²¹». En definitiva, el Derecho también ha creado un prototipo de mujer que no ha favorecido su empoderamiento, sino todo lo contrario²². Lo que nos proponemos comprobar a continuación es si la agravante genérica logrará centrarse en la discriminación y dominación sin caer en un análisis simplista de la realidad.

¹⁷ Ídem, p. 45.

¹⁸ Ídem, p. 58.

¹⁹ TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 58. Consultar en <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P-Toledo-Libro-Feminicidio.compressed.pdf>

²⁰ Sobre esto ya nos hemos pronunciado en GORJÓN BARRANCO, M.C., *La tipificación del género en el ámbito penal... Op. Cit.*

²¹ LARRAURI, E., «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología*. S. XXI de España Editores, S.A., 1.ª ed., Madrid, 1994, p. 93.

²² El propio Derecho ha reflejado un prototipo de mujer en el seno de la Sociedad patriarcal, ver SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, E. (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, S. XXI, Madrid.

2. *Delitos autónomos vs agravantes genéricas en la lucha antidiscriminatoria*

GONZÁLEZ CUSSAC resume en seis las posibles estrategias en la lucha contra la violencia de género²³: 1) las tesis subjetivistas, que justificarían tal distinción penal en base a la finalidad de sometimiento e incluso al mayor reproche que puede hacerse al sujeto activo, aunque en verdad esta tesis podría descartarse por su acercamiento al Derecho penal de autor. 2) las tesis sociológicas o estadísticas, que se basan en la estadística numérica del número de mujeres agredidas por sus parejas masculinas²⁴. 3) Tesis criminológicas: que explican el maltrato a las mujeres como un proceso que desemboca en el síndrome de la mujer maltratada. 4) Tesis promocional del Derecho penal: que estima el Derecho penal como un instrumento educador, postulado que puede reforzarse con la alusión a la prevención general positiva. Critica el autor que en realidad éste parece ser el fundamento de la LO 1/2004. 5) Tesis de la prevención especial: que se basa en el desprecio por los valores esenciales que muestra el agresor que hacen necesario un régimen de castigo específico. 6) Tesis que apuntan a un plus de lesión o peligro: además de la lesión típica, en estos delitos se produce la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, lo que consigue traducirse en un mayor desvalor del resultado o mayor desvalor de la acción. Es esta última opción la que, según nuestro criterio, podría encajar con la justificación del art. 22.4 CP y no tanto la primera tesis enunciada referida a la finalidad discriminatoria del sujeto activo.

En este sentido, el debate habido en España en los últimos años sobre la agravante de discriminación del art. 22.4 CP ha sido muy intenso. La mayoría de la doctrina entiende que debemos interpretar este delito en clave de los denominados delitos de odio, pese a la complicación jurídica que conlleva asumir esta doctrina de los hate crimes. Por eso, adoptamos la posición doctrinal que defiende denominarlos como delitos discriminatorios. Simplificando la cuestión, podemos afirmar que se trata de «aquellos crímenes basados en motivaciones discriminatorias que encuentran su

²³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad», en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección Estudios jurídicos, núm., 13, Universidad Jaume I, Castellón, 2007, pp. 430-434.

²⁴ De esta opinión por ejemplo se deslinda del argumento 4 del Voto particular del Magistrado Vicente Martín de Hijas planteado respecto de la STC 59/2008 de 14 de mayo en la que estima que «el factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica».

razón de ser en los prejuicios que experimenta el autor hacia determinadas notas identitarias de sus víctimas, como su etnia, nacionalidad o género»²⁵.

III. MODELOS DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 22.4 CP

1. *Modelo del ánimo vs modelo de selección discriminatoria*

Por su parte, y como ya se ha mencionado, «los *hate crimes*» (o crímenes basados en prejuicios) son aquellos perpetrados contra una determinada víctima, porque es percibida como parte de un grupo determinado, que puede ser racial, nacional, étnico, religioso o de género, etc. Se trata en este caso, de conductas que son ya constitutivas de delitos (homicidio, lesiones, atentados contra la propiedad, etc.) pero cuyas penas se aumentan por tratarse de crímenes motivados por la discriminación²⁶. Por eso, seguimos a TAPIA cuando distingue entre delitos de odio o antidiscriminatorios puros u originales, y delitos de odio o antidiscriminatorios derivados, de forma que, el art. 22.4 CP sería un delito de odio o antidiscriminatorio derivado²⁷, que implica agravar conductas ya delictivas en sí mismas.

Con respecto de la discriminación, siguiendo a LAURENZO podemos identificar tres componentes: a) las características del sujeto pasivo, puesto que «la discriminación se caracteriza por el origen del trato desigual, porque las causas que lo producen están siempre relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de la víctima²⁸»; b) el trato peyorativo que crea y profundiza la situación de marginación en la que se encuentran determinados colectivos, y c) por último, el efecto que se produce sobre la dignidad humana porque, el trato diferencial a algunas personas únicamente porque en ellas concurre una peculiaridad diferencial, niega su condición de seres humanos iguales a los demás²⁹.

²⁵ LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes sobre el feminicidio», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a época, núm. 8, julio de 2012, p. 120-121.

²⁶ TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 67. Consultar en <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P.-Toledo-Libro-Feminicidio.compressed.pdf>

²⁷ TAPIA BALLESTEROS, P., «Identificación de las víctimas de los delitos de odio: aproximación a algunos problemas que plantea esta categoría delictiva», en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas penales procesales*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 362.

²⁸ LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, p. 234.

²⁹ Idem., p. 235.

Siguiendo estas características de la discriminación, pueden deducirse a grandes rasgos, dos modelos para tipificarla en el ámbito legislativo; uno se basa en la motivación discriminatoria del autor (modelo del ánimo) y otro se centra en las características de las víctimas objeto de discriminación (modelo de selección discriminatoria)³⁰. Podríamos añadir un modelo mixto, que combina los dos anteriores³¹. En el modelo del ánimo, lo que se castiga es que el autor actúe llevado por una determinada motivación, esto es, actúa por motivos discriminatorios hacia características de la identidad de la víctima. Por su parte, el modelo de la discriminación selectiva restringe la agravación a los casos en los que el sujeto activo forma parte del grupo mayoritario, y la víctima del grupo tradicionalmente discriminado, por lo que el hecho discriminatorio es capaz de generar efectos discriminatorios sobre el colectivo de la víctima³². Así lo pone de manifiesto ALCÁCER GUIRAO, ya que la discriminación o subordinación de los grupos-diana viene a ser el rasgo constitutivo de los delitos de odio³³, de esta forma no tiene la misma significación emitir mensajes anticatólicos en España que proferir ataques al Islam³⁴. De la misma forma podríamos definir que nuestro contexto social y cultural histórico y actual, nos permite afirmar que no significa lo mismo un ataque dirigido de hombres a mujeres que viceversa³⁵.

Seguir uno u otro modelo tiene sus consecuencias. Por ejemplo, respecto de la circunstancia discriminatoria por motivos de sexo, y su distinción con las «razones de género» introducidas en el año 2015, *«aunque algunos autores han sostenido que esta inclusión es redundante, no es este necesariamente el caso, especialmente si se interpretan esos preceptos desde la óptica del animus model legislativo de delitos de odio (desde la del discriminatory selection model, si con sexo y género hay que entender sólo los de los colectivos tradicionalmente discriminados, parece que en ambos casos nos remitirían los conceptos a las mujeres)»*³⁶. Sin embargo, no encon-

³⁰ Ídem, pp. 115 y ss.

³¹ FUENTES OSORIO, J.L., «El odio como delito», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 19, 2017, p. 6.

³² DÍAZ LOPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del art. 22.4 CP*, Civitas, Madrid, 2013, p. 115 y ss.

³³ ALCÁCER GUIRAO, R., «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 18, 2016, p. 39.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Recordemos el ya mencionado Fundamento Jurídico núm. 7 de la STC 59/2008 de 14 de mayo donde se reconoce la existencia de un contexto social diferenciado (nota 13).

³⁶ DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas

tramos sentido a que el 22.4 siga el modelo del ánimo tan solo porque de manera literal se atiende a lo dispuesto por la letra de la ley «cometer el delito por motivos...», máxime cuando al definir la circunstancia de género el legislador no alude a los motivos, sino que especifica «razones de género». Ciertamente, que el uso de la palabra motivos al inicio de la descripción del precepto ha hecho que parte de la doctrina se haya decidido por el animus model³⁷. Sin embargo, atendiendo a la esencia del precepto, creemos que realmente se configuró para luchar contra la discriminación que sufren determinadas personas por su pertenencia a grupos tradicionalmente vulnerados en el ejercicio de sus derechos.

2. Modelo recogido en la agravante del art. 22.4 CP

Como vemos, en nuestro sistema, una interpretación literal del precepto nos puede llevar a entender que el 22.4 gira sobre los motivos con los que actúa el autor: *motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*. La palabra acabó colándose en la redacción desde el momento de la tramitación del art. 22.4 pese a los esfuerzos en el Parlamento por el Grupo Mixto, que quería eludir la palabra motivaciones, poniendo el acento en la víctima³⁸. ¿Debería entenderse entonces la necesidad de un especial ánimo en el sujeto activo que realiza la conducta?

Si lo entendiéramos de esta forma, cabe preguntarse por el fundamento de la agravante. Entendido así, la mayoría de la doctrina afirma que la mayor pena que conlleva aplicar esta agravante responde a una mayor culpabilidad³⁹. En esta línea interpretativa «las motivaciones abyectas (mo-

de intolerancia y financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, p. 62. Consultar en <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>

³⁷ DÍAZ LOPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del art. 22.4 CP*, Civitas, Madrid, 2013. Así también BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4)*, en Bosch Editor, Barcelona, 2020, p. 193 y ss.

³⁸ Ver al respecto HORTAL IBARRA, J. C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22. 4.^a CP) una propuesta restrictiva de interpretación», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012, p. 44.

³⁹ CUERDA ARNAU, M. L., «Artículo 22.4 CP», en VIVES ANTÓN, T. S., *Comentario al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 240 encuentra el fundamento en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar.

tivo bajo o antisocial) mostrarían un delincuente más temible, se trata de un punto de convergencia entre derecho penal y criminología en el sentido de Garófalo quien establecía que la capacidad criminal del sujeto se determinaría por su perversidad⁴⁰, encontrándonos ante un problema de psicología criminal y que nos llevaría a tener que discernir sobre la calidad del dolo⁴¹.

Sin embargo, otra parte de la doctrina con la que coincidimos, pone el acento no en que el sujeto responsable sea más culpable, sino en que el autor de este delito habría cometido un mayor injusto. En verdad al concepto de odio, «podríamos agregar categorías de personas que son asesinadas o perseguidas por sus características personales, funcionales o sociales⁴²». En consecuencia, este otro sector de la doctrina encabezado por LAUREZO, entiende que, sin renunciar a la motivación como base de la agravante, y pese a admitir que una lectura inicial del precepto puede llevar a centrarnos en el sujeto activo del delito, la clave estará en las condiciones y caracteres diferenciales que identifican a la víctima⁴³, en este caso las razones de género. Se consigue de esta forma una interpretación acorde al Derecho penal antidiscriminatorio en el que se inserta esta agravante, que nos llevará a interpretarla en esa clave de lucha contra la discriminación, y por tanto, «no bastará con que la selección de la víctima se base en la concurrencia en ella de alguno de los caracteres diferenciales que expone la ley, sino que ese comportamiento deberá reflejar la voluntad del autor de colocar al sujeto pasivo en una posición de inferioridad y humillación⁴⁴». Entendemos que la razón que guía estos delitos de discriminación es el poder de género determinante de la conducta típica⁴⁵ y no la prueba de ningún elemento subjetivo finalístico⁴⁶.

⁴⁰ DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal...*, op. Cit., pp. 342-344.

⁴¹ RUIZ FUNES, M., *Evolución del delito político*, Ed. Hermes, México, 1944, p. 192.

⁴² ANIYAR DE CASTRO, L., «Los crímenes de odio discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI», en *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del control social*, Vol. 36, núm. 2008, p. 14

⁴³ LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el código penal de 1995», ..., op. Cit., p. 273.

⁴⁴ *Idem.*, p. 274.

⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes sobre el feminicidio», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 8, julio de 2012, p. 134.

⁴⁶ Sobre la no necesidad de la motivación machista, MAQUEDA ABREU, M.L., «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», SILVA SÁNCHEZ, J. M.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; CORCOY BIDASOLO, M.; CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.), *Estudios de Derecho penal: Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Ed. BdeF, Uruguay, 2017, p. 704.

Finalmente, quedaría concretar si se trata de un mayor injusto objetivo o subjetivo. Pareciera que la teoría centrada en el mayor injusto objetivo tiene más aceptación en la doctrina. Por ejemplo, recordemos que LAURENZO parte de un mayor desvalor de resultado que tienen estas conductas, al entender que la mayor penalidad se justifica al vulnerarse dos bienes jurídicos, uno el del delito cometido y otro el del sujeto pasivo a ser tratado como un igual a cualquier otro⁴⁷. Esto es, la lesión de un bien jurídico adicional consistente en el estatus sociológico de la víctima que la hace acreedora de un especial respeto⁴⁸. Esta teoría es la que toma como base LANDA para afirmar que el enfoque debe centrarse en el colectivo de referencia o de pertenencia y no en el destinatario inmediato de la acción, es decir, que el mayor desvalor de injusto debe percibirse en una conducta idónea, desde una perspectiva *ex ante* de un espectador imparcial situado en la posición del autor, para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo de referencia⁴⁹. Se trata de un mensaje con tal cualidad coactiva que pueda equipararse a una amenaza directa de un mal constitutivo de delitos graves⁵⁰.

A MODO DE CIERRE: UN NUEVO RUMBO JURISPRUDENCIAL

En resumen, la agravante discriminatoria según la literalidad del precepto atiende a la motivación del autor. De esta forma pareciera en un primer nivel de análisis, que la agravante responde al estilo del modelo de EE.UU. en el *animus model*. Sin embargo, otra parte de la doctrina la incardina dentro de las acciones de discriminación positiva y, por ende, más acorde con el *discriminatory selection model* porque el modelo anterior incurre en el Derecho penal de autor y quiebra el principio de intervención mínima⁵¹. Por ello esta parte de la doctrina, propone interpretar la expresión «por motivos» enunciada en el art. 22.4 CP desde una fundamentación mixto objetiva-subjetiva y acomodarla así al principio de culpabilidad, adhiriéndose a los autores que sin negar la vertiente subjetiva de la agravación exigen la concurrencia de un valor del injusto, que es la

⁴⁷ LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el código penal de 1995», ..., op. cit., p. 281.

⁴⁸ Ídem., p. 282.

⁴⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M., *La Política Criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001 pp. 188-189.

⁵⁰ Ídem., p. 189.

⁵¹ HORTAL IBARRA, J. C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios...», op. cit., p. 40.

lesión del bien jurídico protegido en los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias⁵². Sin duda, pese a que en este caso podemos hablar de «razones de género» y no solo de «motivos de género», no nos queda más remedio que proponer una interpretación restringida de la misma para no caer en el Derecho penal de autor.

Así, «los elementos constitutivos de la agravación penal deben estar abarcados por el dolo del sujeto. Descartadas otras posibles interpretaciones, éste es el significado cabal del término motivación o móvil al que aluden este tipo de agravantes: el dolo con respecto a los elementos constitutivos del injusto adicional⁵³». De este modo cabe la pregunta de cómo probar el dolo específico que plantea esta agravante. En opinión de DOPICO «el dolo debe abarcar aquí tan solo: a) el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una población ya amenazada, y b) el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, de género, etc. en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas (cadena de violencia)⁵⁴».

Es el caso por ejemplo que acontece en los hechos probados de dos sentencias del TS, la 565/2018 de 19 de noviembre y la 99/2019 de 26 de febrero. Ambos casos relatan la existencia de violencia en una pareja. En el primero, los hechos probados son calificados por la AP como un delito de maltrato habitual y un delito de homicidio intentado con la concurrencia de la agravante de parentesco y la de actuar por «razón de género». En el segundo supuesto, los hechos se califican por la AP de Valencia como un delito de agresión sexual y otro de malos tratos del art. 153.1 CP, excluyendo la agravación en el delito de agresión sexual «por razón de género» al no apreciarse el elemento subjetivo de discriminación. Sin embargo, en este caso el TSJ de la Comunidad Valenciana sí apreció el elemento subjetivo, apoyándose precisamente en la concurrencia de la violencia acreditada por la aplicación del art. 153.1 CP (un delito no cuestionado por las partes) pues «ello implica que las lesiones ocasionadas constituyen una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder entre el acusado y la víctima. Partiendo de tal premisa, añade la decisión del TSJ, debería haberse estimado, con mayor motivo, que tal manifestación de discriminación concurrió en el delito de agresión sexual». Basándose en esas circunstancias previas, esa cadena de violencia acreditada, en ambos casos el TS valida la aplicación de la agravante por razón de género.

⁵² Ídem., p. 46.

⁵³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios; una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Revista General de Derecho penal*, núm. 4, 2005, p. 28.

⁵⁴ *Ibidem*.

El TS da un paso más en el año 2020, aplicando por vez primera la agravante fuera de una relación de pareja, rompiendo así la inercia provocada por la aplicación del concepto de género de la LO 1/2004. En su sentencia 444/2020 de 14 de septiembre, decide apreciar la agravante de actuar por razones de género en el caso de una relación sexual no consentida con una prostituta. La agravación en este caso se sustenta «en la concepción social de desigualdad sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente se le han atribuido a la mujer». En el caso concreto, queda probado que esta agresión sexual supone «un acto de reafirmación de la superioridad del varón, siendo utilizada como si de un objeto se tratase, negándose el acusado a pagar los servicios de la mujer, a la que penetró anal y vaginalmente de manera reiterada, terminando eyaculando en su boca y dando un puñetazo en la cara». Habrá que esperar para valorar el impacto de esta sentencia en la Jurisprudencia⁵⁵, y si logra romper la inercia creada por la LO 1/2004 en nuestro país hacia un análisis más amplio de las conductas delictivas motivadas por razones de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R.; «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 18, 2016.
- ANIYAR DE CASTRO, L.; «Los crímenes de odio discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI», en *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del control social*, Vol. 36, núm. 2008.
- AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, R., «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho» en BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords) en *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.; «El consentimiento en las lesiones veinte años después», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. II, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- BUSTOS RUBIO, M.; *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4)*, en Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- COMAS D'ARGEMIR, M.; «La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.;

⁵⁵ Sobre la novedad e impacto de esta sentencia, consultar OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 25, 3.ª época, 2021.

- (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe «Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010 relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones». *Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CJPJ*. Septiembre 2012.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Informe «Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores», del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial, 2017.
- CUERDA ARNAU, M. L.; «Artículo 22.4 CP», en VIVES ANTÓN, T. S.; Comentario al código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- DÍAZ LOPEZ, J. A.; *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del art. 22.4 CP*, Civitas, Madrid, 2013.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A. *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Delitos cometidos por motivos discriminatorios; una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Revista General de Derecho penal*, núm. 4, 2005.
- FUENTES OSORIO, J.L.; «El odio como delito», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; «La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad», en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección Estudios jurídics, núm., 13, Universidad Jaume I, Castellón, 2007.
- GORJÓN BARRANCO, M. C.; *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013.
- HORTAL IBARRA, J. C.; «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22. 4.ª CP) una propuesta restrictiva de interpretación», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.; *La Política Criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
- LARRAURI PIJOAN, E.; «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero 2009.
- LARRAURI, E.; «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI, E.; *Mujeres, Derecho penal y criminología*. S. XXI de España Editores, S.A., 1.ª Ed., Madrid, 1994.
- LAURENZO COPELLO, P.; «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015.

- LAURENZO COPELLO, P.; «Apuntes sobre el feminicidio», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a época, núm. 8, julio de 2012.
- LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996.
- MAQUEDA ABREU, M.L.; «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», SILVA SÁNCHEZ, J. M.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; CORCOY BIDASOLO, M.; CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.), *Estudios de Derecho penal: Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Ed. BdeF, Uruguay, 2017.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 25, 3.^a época, 2021.
- RUIZ FUNES, M.; *Evolución del delito político*, Ed. Hermes, México, 1944.
- SMART, C.; «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, E.; (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, S. XXI, Madrid.
- TAPIA BALLESTEROS. P.; «Identificación de las víctimas de los delitos de odio: aproximación a algunos problemas que plantea esta categoría delictiva», en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.); *La víctima del delito y las últimas reformas penales procesales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- TOLEDO TOLEDO VÁSQUEZ, P.; *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- URÍA RÍOS, P.; *El feminismo que no llegó al poder. Trayectoria de un feminismo crítico*, Talasa ediciones, 2009, Madrid, p. 34 y ss.

Hitos y tendencias en materia de protección penal del medio ambiente

Nuria Matellanes Rodríguez



PARA IGNACIO:
Escribir estas páginas en un libro dedicado a Ignacio Berdugo me permite poder proclamar el gran privilegio del que disfruto al tener el inmenso privilegio de encontrarme entre sus discípulos. Desde mis primeros contactos con el Derecho penal, sus enseñanzas me apasionaron y confieso que creo que casi más que por los contenidos, lo que me atrapó fue el entusiasmo con el que los transmitía. Un entusiasmo por la enseñanza y el aprendizaje del Derecho penal que pronto pude ver que no son sino un reflejo de su entusiasmo por la vida, por los nuevos proyectos, por los retos (a poder ser, complicados) y por las personas en las que cree. Por eso, insisto, soy una privilegiada, pues estoy entre esas personas que han formado parte de su vida, de sus proyectos y en las que he puesto su confianza. Para mí todo un reto y una gran satisfacción. Especialmente porque gracias a Ignacio he aprendido muchísimo. Muchísimo Derecho penal, por supuesto, pero, sobre todo, la gran lección que llevo para siempre en mi mochila de la vida es su ejemplo de fortaleza y constancia. Ignacio está «hecho de otro material», así que, si consigo emular alguna de sus cualidades, siquiera en un pequeño porcentaje, ya será para mí un gran logro. Gracias Ignacio por tu amistad, por tu tiempo, por tu aliento, por tu confianza, por tus enseñanzas y, sobre todo, por elegirme.

I. INTRODUCCIÓN

El sector medioambiental constituye uno de esos ejemplos de extensión del Derecho penal debido a «las crecientes necesidades de tutela en

una sociedad cada vez más compleja»¹. Ahora bien, tal situación no representa una utilización viciada de los instrumentos penales, ni significa un ataque a los presupuestos que legitiman su empleo, sino que obedece a una actualizada redefinición de la idea de necesidad de intervención, presentándose el ambiente como un claro ejemplo de la evolución del Derecho penal hacia la protección de bienes jurídicos que en otras épocas fueron inexistentes. El uso del Derecho penal para la protección del medio ambiente se ha consagrado desde hace varias décadas como un camino sin retorno. Son ya casi cuarenta años en los que el sistema penal español acoge una respuesta específica ante los graves perjuicios que sufre el entorno natural. Evidentemente que cuarenta años dan para mucho. Muchas vacilaciones, muchas revisiones y muchas decisiones. En estas líneas se trata de hacer un recorrido rápido por aquellos aspectos que han marcado e identificado el área ambiental del Derecho penal. Hay algunos que, con más o menos intensidad, han existido siempre, como el reenvío a las normas extrapenales o la fórmula de delito de peligro, por lo que se puede decir que trazan el modo de ser distintivo del Derecho penal ambiental; en cambio, otros, como la internacionalización o la responsabilidad de las personas jurídicas, representan un rumbo cualitativamente diferente respecto de lo conocido hasta ahora.

II. LA «ADMINISTRATIVIZACIÓN» COMO RASGO DEFINIDOR DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL DESDE SUS INICIOS. SUS EFECTOS

1. *La presencia inevitable del Derecho Administrativo regulación ambiental*

La normativa administrativa protectora del medio ambiente otorga un papel esencial a la Administración pública, atribuyéndole, entre otras, importantes funciones de intervención sobre todas aquellas actividades que pueden afectar a este interés jurídico. Dicho papel de garante es apreciable en la Constitución Española, pues su artículo 45 proclama en el apartado 1.º, además del derecho de todos a disfrutar del medio ambiente, el deber que todos tienen de conservarlo, incluyéndose claramente en el término «*todos*», a la propia Administración. Pero, por si hubiere alguna duda, en el número 2 se impone el deber de ésta de positivizar una actividad de defensa, protección y mejora de los recursos naturales. Es decir, le corresponde la misión de velar por la conservación y recuperación del medio

¹ Exposición de Motivos del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

ambiente, participando decisivamente en el fomento y planificación de actividad económica e industrial, de tal forma que en sus manos queda la misión de dirigir alcanzar la meta de un verdadero desarrollo sostenible y racional. En el párrafo 3 del citado artículo se ahonda en el recurso al sistema administrativo sancionador, al que se recurre, junto al Derecho penal para sancionar los ataques al medio ambiente. Tanto desde la Constitución como desde el despliegue en la *praxis* del material sancionador, se adivina una confusa convivencia entre ambos órdenes sancionadores en el ámbito de la tutela al entorno natural.

El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal es un enunciado sobre los límites y el uso legítimo del Derecho penal que está fuera de toda duda. Esta condición de último recurso exige una valoración acerca de si existen otras posibilidades de protección, ofrecidas por sistemas de control social previos, ya sean formalizados o no, en cuyo caso deben ser éstos los prioritarios, restringiéndose el recurso a la respuesta penal a los supuestos en que esas otras barreras hayan fracasado. Sin embargo, en las últimas décadas se observa un debilitamiento de este principio. Por una parte, porque es dudoso constatar de manera indiscutible que se haya experimentado una inutilidad de los medios de control previos al Derecho penal. Por otro, porque el sistema administrativo sancionador ambiental nos presenta «sorpresas», tales como la mayor gravedad de algunas sanciones administrativas que su equivalente penal o la incorporación al sistema penal de conductas que son idénticas materialmente a las reguladas administrativamente.

En este panorama se mueve el sistema sancionador ante los daños ambientales, presidido por una presencia podríamos decir «apabullante» del sector administrativo y, al mismo tiempo, completado por un sistema penal que ha ido adquiriendo cada vez un mayor desarrollo, no sólo por la indiscutible necesidad de intervención punitiva para tutelar el bien jurídico medio ambiente, sino también por el empuje que la política criminal ambiental europea ha ido desarrollando en los últimos tiempos.

La proliferación de normas administrativas ambientales es una realidad incontestable y que no puede ser de otra manera, siendo el medio ambiente un sector necesitado de una regulación técnica y altamente especializada y detallada del control y la gestión de los riesgos que se desprenden de las actividades que interfieren en él. Los recursos naturales requieren decisiones de planificación, de gobierno, de medidas relativas a su explotación, distribución, ordenación de sus límites y adecuación a los condicionantes económicos que, a su vez, vienen determinados por políticas nacionales, europeas e internacionales y, para ordenar todo ello, las herramientas jurídicas más idóneas son las que reporta el sistema administrativo.

Así las cosas, Derecho penal y Derecho Administrativo se encuentran cara cara en la regulación y sanción de los ataques al medio ambiente, produciéndose filtraciones e interferencias de un rector a otro, lo cual ha hecho que este ámbito sea el prototipo del fenómeno de la «*administrativización*» del Derecho penal, al tiempo que el sector punitivo ha pasado a ser una pieza más de la gestión de riesgos².

2. Manifestaciones de la «*administrativización*»

a) La «*administrativización*» se refleja en la voluntad preventiva de los tipos, que tratan de impedir que los riesgos ambientales se traduzcan en lesión, adoptando para ello la figura de delitos de peligro. Superada una etapa inicial en la que se defendía que la fórmula que adoptaba el delito ecológico en España era la de peligro concreto, ha ido ganando terreno en la doctrina y jurisprudencia la posición que estima que, para la realización típica, se ha de constatar que las conductas contaminantes cuentan con la aptitud y posibilidad de causar un grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales. En línea con los llamados delitos de peligro hipotético esto llevaba a exigir, junto al desvalor real de acción (la peligrosidad real de la acción), la posibilidad de producción del resultado dañoso (desvalor potencial de resultado)³. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 370/2016, de 28 de abril), «*no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido*», lo cual elimina la necesidad de la prueba de conexión entre una conducta contaminante y un resultado peligroso.

Ahora bien, esta simplificación de la prueba, que tantas dificultades ha generado en la práctica de los tribunales propiciando numerosos casos de sobreseimiento⁴, no ha sido tampoco la gran solución para despejar el camino judicial y facilitar el dictado de sentencias, puesto que la indefinición continúa, esta vez respecto al objeto del peligro. ¿Peligro respecto a qué?

² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 157 y ss.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente», *Revista Penal México*, n.º 8, marzo-agosto de 2015, p. 12.

⁴ BAUCCELLS LLADÒS, J. «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. X, n.º 1, 2019, p. 9; en línea, <https://doi.org/10.17345/rcda2537> (fecha de consulta, 23-08-2021).

El medio ambiente como interés jurídicamente tutelado incorpora *per se* la cualidad de ser un sistema. El medio ambiente es un sistema de factores en equilibrio e interdependientes que funcionan formando una unidad. Es innegable esta condición, que va adherida a su propia esencia. Y así lo presenta el Código Penal, en el párrafo 2 del artículo 325, cuyo resultado típico se refiere al riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales. Este juicio de peligrosidad, es decir, el pronóstico de futura lesión, respecto a la alteración de un equilibrio en el sistema natural, presenta tres rasgos de inseguridad notables: primero el inherente al propio juicio de peligro o hipótesis de futura lesión, en segundo lugar, porque hay que identificar si el inicial (y presupuesto) equilibrio está en riesgo, lo cual exige un conocimiento previo de qué es y cuándo hay equilibrio en el sistema natural, y en tercer lugar, la identificación de qué es ecosistema, su mayor o menor amplitud y los elementos que contiene, desde los propios elementos naturales bióticos, como los abióticos, llegando incluso a incluir al ser humano y todo su entorno, asunto este que sigue sin perfilarse con exactitud⁵.

Todas estas dudas han contribuido a una deriva hacia una revisión de las exigencias típicas del peligro pues, desde la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, se ha añadido la opción de que las conductas de contaminación sean riesgosas para factores naturales específicos, como la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas (artículo 325.1), lo cual es, de nuevo, otra clara simplificación del objeto de prueba. Con ello, se ahonda en una visión ecocéntrica del medio ambiente tutelado penalmente⁶, pero también con ello, en cierta medida la respuesta penal se olvida del carácter funcionalmente sistemático y dinámico que compone su esencia. Es más, como veremos más adelante, se mantiene en el párrafo 2 del artículo 325 la versión tradicional, la del peligro para el equilibrio de los ecosistemas, de manera que conviven en el mismo texto dos visiones del bien jurídico⁷.

Esta nueva conformación del resultado típico en el artículo 325 ha traído problemas interpretativos a la hora de delimitar el espacio de cada una de las dos opciones, surgiendo dudas acerca del encaje típico de determinadas conductas que bien podrían incorporarse a los dos apartados

⁵ COLAS TURÉGANO, A.; MORELLE HUNGRÍA, E., «El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-13, 2021, p. 18; en línea, <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-13.pdf>

⁶ Las críticas a esta opción, en BAUCCELLS LLADÒS, J. «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 13-14.

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente», *op. cit.*, p. 13.

del artículo 325. Considero que en ambos apartados se está protegiendo un mismo bien jurídico, y que en el párrafo segundo representa una modalidad más lesiva, por lo que constituye un tipo agravado, que como tal entra en concurso de leyes con el tipo básico del artículo 325.1, por lo que será aplicable cuando las conductas descritas en el apartado primero no solo afecten o puedan afectar sustancialmente a la calidad de los elementos naturales señalados, sino que además sean aptas para producir un perjuicio grave en la capacidad de estabilización del ecosistema⁸.

b) La «*administrativización*» tiene una plasmación técnica inevitable en la fórmula de tipificación adoptada: ley penal en blanco. A estas alturas, se trata de una opción que se ha alojado en el sistema penal parece que de manera definitiva y se aloja en buena parte de los tipos penales ambientales de nuestro Código. Los potenciales déficits de legalidad que acechan al modelo han sido «salvados» por una jurisprudencia constitucional que se mantiene firme en que, bajo ciertas condiciones, los beneficios de su utilización superan a las críticas⁹. La fórmula de ley penal en blanco, aun siendo rescatable desde la perspectiva de los principios limitadores del *ius puniendi*, tiene un problema de partida que entorpece la efectividad de los tipos penales que la adoptan en su conformación típica: la dependencia del Derecho administrativo hace que el Derecho penal herede las deficiencias que existan en el primero. Si la norma de reenvío no existe o es inadecuada, al Derecho penal solo le queda declarar la atipicidad de la conducta o asumir los efectos de una legislación administrativa ineficaz.

Junto a ello, la normalización de este sistema de reenvío parece estar generando una suerte de inercia a la aceptación de fórmulas en blanco cada vez más laxas, que van acabando por vaciar del mínimo contenido de

⁸ ALASTUEY DOBÓN, C., «Derecho penal: la nueva reforma de los delitos contra el medio ambiente», en *Observatorio de Políticas Ambientales*, CIEMAT, Madrid, 2016, p. 523. En general, sobre este debate, BAUCCELLS LLADÒS, J. «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *op. cit.*, p. 17; RUIZ ARIAS, M., *Delito de contaminación básico: atribución de responsabilidad a la empresa*, Universidad de Salamanca/Tirant lo Blanch, Salamanca, 2020, pp. 172-175 y 192-194.

⁹ STC de 5 de julio de 1990 y que se ha mantenido en la jurisprudencia posterior (STC 118/1992, de 16 de septiembre, o STC 120/1998, de 15 de junio) acepta la opción siempre que: «*Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada*».

ofensividad que la antijuridicidad material penal requiere, conformándose los tipos como simples ilícitos formales de desobediencia, protectores de funciones administrativas de control y desvaneciéndose el mínimo de lesividad que conforma el núcleo legítimo de toda intervención penal. Eso significa que el tipo penal ambiental se despoja de su verdadera naturaleza y pasa a convertirse en un elemento extraño, inserto en un cuerpo penal, por tratarse de una norma materialmente administrativa¹⁰. Una muestra de esta situación es el delito del artículo 335.1 del CP¹¹ que ejemplifica la total confusión entre los planos penal y administrativo, convierte al tipo en un instrumento tutelador de las funciones administrativas de control ambiental y acerca su estructura a la de los delitos de peligro abstracto, generando una jurisprudencia que fuerza a los jueces a localizar un mínimo de ofensividad material en la conducta para poder aplicar este tipo¹².

Todo lo anterior, además, saca a relucir un efecto práctico de primer orden que enrarece las relaciones entre los órganos de justicia y los órganos administrativos, el principio *non bis in idem* que emerge directamente en la aplicación de los tipos penales y exige una labor de coordinación entre ambos órdenes sancionadores, que no siempre se logra, siendo el ciudadano infractor el receptor y pagador de la disfuncionalidad del sistema¹³.

c) Otra manifestación se encuentra en la categoría de los delitos de acumulación el proceso de aceptación de la mera antijuridicidad formal para la punición de la conducta es muy acusado¹⁴. Como ha expuesto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹⁵, en ellos «aisladamente el potencial de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico de la conducta tipificada es mínimo

¹⁰ ARROYO ALFONSO, S., «Apuntes sobre la *administrativización* del Derecho penal del medio ambiente, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 83, 1 de octubre de 2018, p. 8.

¹¹ «El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de...».

¹² MATALLÍN ÉVANGELIO, A., «Protección penal de la biodiversidad (Arts. 332, 334 y 33 CP)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, (González Cussac, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1067.

¹³ Sobre la posición del tc en materia de *non bis in idem*, BOIX REIG, F. J., «La jurisprudencia constitucional sobre el principio «*non bis in idem*», en *Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, Boix Reig/Campos Cristóbal/Bernardi (Coords.), Iustel, Madrid, 2005, pp. 65-100; PICÓN ARRANZ, A., «El principio «*non bis in idem*» en la protección del medio ambiente», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 114, Mayo-Agosto, 2019, pp. 381-402.

¹⁴ ARROYO ALFONSO, S., «Apuntes sobre la *administrativización* del Derecho penal del medio ambiente, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 222.

o irrelevante, pero adquiere una gran lesividad si se acumulan a ella la realización de la misma conducta por otros miembros de la sociedad»; por lo tanto, en estos delitos, «la legitimación de la respuesta penal y su intensidad no se hace depender de la entidad de la conducta concreta sino de la agregación a la misma de posibles daños producidos por comportamientos futuros de otras personas». Respecto al bien jurídico medio ambiente, es evidente que se temen daños masivos a gran escala como efecto de conductas repetidas¹⁶. Aceptar la opción de la acumulación supone reaccionar ante acciones individuales que, evaluadas de modo *ex ante*, no se consideran peligrosas, incluso pueden ser bagatelas, y que no producen la puesta en peligro de aquel, pero ante la repetición de estos comportamientos por diferentes personas, cada uno se percibe peligroso. La única «lesividad» posible en estos casos vendría dada por los estándares de contaminación que fija el Derecho administrativo, lo que de nuevo nos sitúa ante una confusión de planos administrativo y penal¹⁷ y ofrece una cara más desde la que contemplar el rasgo de la «*administrativización*» del Derecho penal¹⁸. Considero que debe sostenerse la ilegitimidad de la consagración de la modalidad acumulativa dada la falta del mínimo de lesividad¹⁹ y, en línea con esta opción, entiendo que la referencia del artículo 325 a que los actos de contaminación provoquen «*por sí mismos o conjuntamente con otros*» no va referida a los sujetos sino a los actos de contaminación imputables a una misma persona o personas²⁰ y que son valorados de forma conjunta, al no llegar a colmar por separado la exigencia de idoneidad si bien de modo conjunto la sucesión de contaminación sí lo es²¹.

¹⁶ DONINI, M., «¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico», *Nuevo Foro Penal*, n.º 65, 2003, pp. 97-98.

¹⁷ BUSTOS RUBIO, M., «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXX, 2017, p. 307.

¹⁸ GÓMEZ VÉLEZ, M. I., «Aproximación al Derecho penal ambiental. Ideas para su abolición», *Estudios de Derecho*, Vol. 72, n.º 160, 2015, p. 321, citando a ALCACER GUIRAO.

¹⁹ GÓNZÁLEZ URIEL, D., «Dificultades en la sanción de los delitos contra el medio ambiente en la normativa española», *Revista de Derecho*, n.º 25, 2018, p. 150; ALCACER GUIRAO, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n.º 11, 2005, págs. 151-187; LIBERATORE S. BECHARA, A. E., *Da teoria do bem jurídico como criterio de legitimidade do direito penal*, Universidad de Sao Paulo, Sao Paulo, 2011, pp. 245 y ss.

²⁰ MARQUES I BANQUÉ, M., «Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en *Comentario a la Reforma Penal del 2015*; (Quintero Olivares, Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 671.

²¹ COLAS TURÉGANO, A.; MORELLE HUNGRÍA, E., «El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate», *op. cit.* p. 16; ALASTUEY

III. UN PUNTO DE INFLEXIÓN FUNDAMENTAL: LA INFLUENCIA DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN EL DERECHO PENAL AMBIENTAL ESPAÑOL

La integración europea no ha alcanzado a la atribución de competencia penal, que se mantiene como espacio propio de cada soberanía estatal. No obstante, el proceso de acercamiento de los sistemas jurídicos, necesario para ofrecer una respuesta común a intereses comunes y evitar lagunas, alcanza también al ámbito penal, y en particular a la materia medioambiental, que ha sido uno de los máximos exponentes de la armonización de los sistemas penales, como puso de manifiesto la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, *relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal*. El Parlamento y la Comisión, sin embargo, consideraron que la base jurídica utilizada para hacer realidad la tutela del entorno natural en la Unión Europea no era la procedente y plantearon su nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), justamente por considerar que por este medio se daba entrada a un pretendido sistema penal europeo de contenido ambiental. La Sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, asunto C-176/0350, reconoció que la protección del medio ambiente es uno de los objetivos comunitarios primordiales y afirmó que para garantizar el completo cumplimiento de las normas comunitarias en materia ambiental, el legislador comunitario podrá prescribir medidas penales cuando se consideren indispensables para luchar contra los delitos medioambientales, siempre que se planteen medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. El TJCE planteó este proceso como un supuesto de armonización de normas de los Estados miembros, que se traduce en una *armonización* parcial de los derechos penales ambientales de los Estados miembros, lo cual deriva en una especie de «competencia implícita» en este sector. El resultado de este proceso fueron dos Directivas en materia penal ambiental: a) Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de noviembre de 2008 *relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*, y b) Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, *por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques*. Ambas han significado un punto de inflexión relevante en nuestro Derecho penal medioambiental, ya que buena parte de su contenido, y hasta su más estricta literalidad, con los inconvenientes de adaptación sistemática que ello acarrea²², se ha concretado

DOBÓN, C., «Derecho penal: la nueva reforma de los delitos contra el medio ambiente», *op. cit.*, p. 521, entiende que el 325 es una manifestación de los delitos acumulativos.

²² BAÜCELLS LLADÓ, J., «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *op. cit.*; pp. 4-6.

en las reformas al Código por LO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo. Realmente, las «innovaciones» en los tipos penales ambientales no son creaciones propias del legislador español, sino de las instituciones comunitarias por medio de dichas Directivas.

Esas directrices europeas tienen tres manifestaciones específicas: la acogida de delitos de resultado lesivo, la recepción expresa de responsabilidad penal para las personas jurídicas y la incorporación de nuevos tipos penales en materia de gestión de residuos y actividades industriales.

1. *Delito de lesión y/o peligro*

Dada la voluntad preventiva de la regulación penal ambiental, parecía cerrado el debate acerca de la estructura del tipo respecto a la configuración del resultado típico. Se afirmaba sin rodeos que «el debate sobre la naturaleza del delito ecológico, desde la perspectiva de su relación de ofensividad con el bien jurídico medio ambiente, parte de un acuerdo: el rechazo de la posibilidad de que sea un delito de lesión²³. Hoy, sin embargo, el efecto de la copia literal de las indicaciones de la Directiva 2008/99/CE, sin previa discusión, ha acabado de un mazazo con esta trayectoria y supone la introducción del resultado de lesión material al bien jurídico en la conformación de los tipos penales incluidos en los artículos 325, 326 y 326 *bis*, situándolo al mismo nivel que la modalidad de ofensividad de peligro, lo cual puede generar un efecto criminógeno, que echa por tierra el pretendido afán preventivo. La evidente distorsión de las reglas de la proporcionalidad se ve acrecentada por el alto riesgo de distorsiones a la hora de la interpretación del precepto y, sobre todo, de la delimitación del alcance de un delito²⁴.

²³ FUENTES OSORIO, J. L., «¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14, 2012, p. 2; en línea, <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-17.pdf> (fecha de consulta, 12-08-2021).

²⁴ Que como dice DE LA CUESTA ARZAMENDI debería haberse construido simplemente sobre el poder causar, remitiendo a cualificación el hecho de la causación de daños sustanciales (DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente», *op. cit.*, p. 13).

2. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el criminal compliance ambiental*

Tanto a través de la Directiva 2009/123/CE, como, sobre todo, mediante la Directiva 2008/99/CE, se acometió una importante tarea armonizadora en materia de protección penal del medio ambiente. Gracias sobre todo a esta última (artículo 6²⁵), se justificó en nuestro ordenamiento la previsión *ex novo* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporada a través de la reforma de 2010 y la «revisión» del sistema, operada por la reforma del 2015 (artículo 31 *bis*). Con ello, por la vía de los hechos consumados, quedó cerrado debate doctrinal acerca de su aptitud en el sistema penal.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental, artículo 328²⁶, supuso una revolución en el panorama penal, avivada por los debates acerca del modelo de atribución de responsabilidad adoptado por nuestro Derecho. Pero más revolucionaria fue si cabe la atribución de eficacia punitiva eximente para los programas de *compliance*²⁷: «*si el delito fuere cometido por las personas indicadas en*

²⁵ Artículo 6. Responsabilidad de las personas jurídicas: «1. Los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva en la persona jurídica, basada en: a) un poder de representación de la persona jurídica, b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.

2. Los Estados miembros se asegurarán también de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una persona a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, alguno de los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas de conformidad con los apartados 1 y 2 no excluirá la adopción de medidas penales contra las personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4».

Por su parte, el artículo 7. Sanciones a las personas jurídicas, establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

²⁶ Desde la reforma del Código Penal de 2015, el artículo 328 regula de manera unitaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra el medio ambiente, suprimiendo la doble regulación existente desde 2010 en los artículos 327 y 328.6.

²⁷ La Circular de la Fiscalía General del Estado de 2011 negaba la posibilidad de hacer uso de los programas de *compliance* para eximir de responsabilidad penal

la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones» (artículo 31 bis.2. del Código Penal). De esta manera, si los representantes legales de la persona jurídica, autorizados a tomar decisiones en favor de la citada persona jurídica, actuando individualmente o como parte de un grupo, cometen un hecho delictivo, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad, siempre que se cumplan las condiciones indicadas en el párrafo 1.º del artículo 31 bis.2: a) Está implantado un plan de cumplimiento que incluya medidas de vigilancia control necesarias para prevenir el delito/s o reducir su riesgo de comisión de manera significativa; b) Se ha constituido un órgano que goza de autonomía encargado de supervisar el cumplimiento; c) El delito se ha cometido precisamente porque su autor individual ha vulnerado esas normas internas o ha eludido los mecanismos de control establecidos; y d) o ha existido negligencia en el ejercicio de sus funciones de supervisión y vigilancia por parte del órgano encargado de ello (artículo 31 bis.2).

Los programas de *compliance* son una manifestación más del carácter fronterizo de la regulación penal ambiental y de la conveniencia de un entente entre sectores normativos diversos, puesto que son un instituto externo al sistema penal, cuyo sentido primordial no es ni mucho menos el ser utilizados como instrumento para justificar una exención de responsabilidad penal, sino que tienen un fundamento claramente preventivo y de autorregulación empresarial, tendente a instaurar una nueva cultura de la empresa, de tal manera que mediante la implantación de criterios de organización preventivos, se evite de forma proactiva la comisión de delitos. Es decir, su sede natural es externa al Derecho penal, pese a que el sistema penal se sirve de ellos para construir un propio sistema sancionador para los entes jurídicos. En palabras de GÓRRIZ ROYO, «en nuestro país, la adopción de *criminal compliances* ambientales puede entenderse como una estrategia indirecta de regulación pública de los autocontroles establecidos en la empresa para evitar incurrir en el riesgo de cometer delitos ambientales, desde el momento en que el Código penal ofrece la opción de eximir o atenuar la responsabilidad penal a aquellos entes que adopten «modelos de organización y gestión»²⁸.

a las personas jurídicas, aunque luego tuvo que aceptarla, en la Circular 1/2016, con la «boca pequeña» al advertir que no se está modificando sino «aclarando el modelo establecido en 2010» e intentando proporcionar una interpretación «razonable» a tan llamativo cambio de actitud; VERCHER NOGUERA, A., «La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 8833, 28 de septiembre de 2016.

²⁸ GÓRRIZ ROYO, E., «Criminal *compliance* ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *InDret, Revista para el*

La asunción por parte del sistema penal de una figura absolutamente desconocida para él y procedente del ámbito de la organización empresarial y la gestión de riesgos complica enormemente la identificación de cuál debe ser su adecuado contenido para poder servir a todos los campos en los que despliega efectos, el empresarial, el sancionador, y, por supuesto el penal. RAQUEL MONTANER describe con claridad esta dificultad cuando destaca que:

«cuando en una persona jurídica se decide incorporar un sistema de gestión que asegure el devenir empresarial en un contexto organizativo adecuado es imprescindible identificar los elementos y factores que van a permitir la consecución de este objetivo. Y, para ello, hay que estar a todo aquello que define la concreta organización empresarial: su naturaleza jurídica, su objeto social, su estructura organizativa, el perfil de sus miembros, sus socios de negocio, su área geográfica de actividad, su sector de actividad, los canales de comunicación internos, etc. Ahora bien, esta perspectiva configuraría solamente lo que podríamos denominar como la parte general de un modelo de gestión de riesgos o programa de cumplimiento. En tanto que los incentivos que pretende generar el Derecho penal en las empresas persiguen la evitación o la reducción significativa de riesgos concretados en delitos, se hace necesario incorporar una parte especial en el objeto de análisis del *criminal compliance*. (...). En función de cuál sea la concreta actividad empresarial, el *compliance* deberá tener en cuenta los posibles escenarios delictivos en los que podría degenerar el desarrollo de aquella. Y, precisamente, los delitos contra el medio ambiente podrían protagonizar uno de estos escenarios delictivos. Sin duda, la realización de la mayoría de las actividades empresariales genera un impacto ambiental que, en los supuestos más graves, puede dar lugar a un delito ambiental (...)»²⁹.

De este modo, los programas de cumplimiento tienen también en cuenta, cuando menos en lo que respecta a su concreción, los parámetros de actuación y estándares previstos en reglas y normas que son producto de la autorregulación sectorial. En suma, una compleja tarea de identificación de las actividades empresariales en cuyo ámbito se pueden derivar conductas delictivas, y en concreto delitos ambientales, de individualización de los riesgos ambientales de cada empresa según el sector de actividad de ésta, y de elección de los protocolos y medidas de vigilancia

Análisis del Derecho, n.º 4, 2019, p. 37: en línea, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/364393> (fecha de consulta, 24-08-2021).

²⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El «*criminal compliance*» preventivo y la delimitación del riesgo penal ambiental empresarial (1)», *La Ley Penal*, n.º 142, Enero-Febrero 2020, p. 1.

y control idóneas y adecuadas para prevenir delitos ambientales o para reducir «de forma significativa» el riesgo de su comisión³⁰, que ocupa en la actualidad páginas y páginas de doctrina, no precisamente penal, y que nos obliga a los penalistas, una vez más, a mirar fuera de nuestras normas, para poder delimitar el alcance de la responsabilidad penal de estos nuevos actores de responsabilidad penal ambiental.

Pero describir ese contenido «adecuado» para que el programa despliegue sus efectos penales exoneratorios, o en su caso atenuatorios, no es tarea sencilla³¹, teniendo en cuenta el dato de la dificultosa precisión del contorno de tipicidad de los delitos ambientales. El reenvío al Derecho administrativo, la propia indeterminación del bien jurídico medio ambiente, cuya definición jurídico penal dista mucho de ser unívoca, la complejísima identificación de cuando se ha producido su ofensa a efectos penales, sea en forma de lesión o en forma de peligro, son todos ellos piezas que impiden poder diagnosticar la relevancia penal de una determinada conducta. Esta imprecisión lleva a la paradoja de poder conocer cuáles son las actividades de la empresa con una incidencia perjudicial para el medio ambiente sin que se pueda garantizar con fiabilidad si quedarían comprendidas o no bajo un tipo penal. Si no se puede identificar aquello que se trata de prevenir, el potencial eximente de los programas de cumplimiento queda bastante reducido. De hecho, el nuevo interrogante que se abre entre nosotros es si los instrumentos autorregulatorios pueden servir de complemento a las leyes penales en blanco, contribuyendo a delimitar los perfiles de los tipos penales ambientales.

3. *Nuevos tipos penales: gestión y traslado de residuos y explotación de actividades peligrosas*

La voluntad de cumplir a pie de la letra las Directivas europeas, pese a que estas mismas Directivas ya habían sido traspuestas por el mismo legislador en la reforma penal de 2010, la falta de un previo debate sobre el alcance de su contenido, conveniencia de la elaboración de nuevos tipos en esta materia y, sobre todo, la forma concreta que debía adoptar la tipificación, trajeron como resultado un vaivén de opciones: el artículo 326.1

³⁰ RUIZ ARIAS, M., *Delito de contaminación básico: atribución de responsabilidad a la empresa*, op. cit., pp. 69 y ss.

³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La eficacia eximente de los programas de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 39, 2019, pp. 607 y ss; en línea, <https://doi.org/10.15304/epc.39.6039> (fecha de consulta, 27-06-2021).

describe ahora el delito de gestión ilegal de residuos anteriormente ubicado en el artículo 328.3. En el artículo 326.2 se tipifica el delito de traslado de residuos del antiguo 328.4. A continuación, el nuevo artículo 326 *bis* se ocupa del delito de explotación de instalaciones peligrosas, ubicado en el artículo 328.2 desde el 2010. Por otro lado, la reforma de 2015 suprimió el controvertido delito de establecimiento de depósitos o vertederos (antiguo artículo 328.1), presente en nuestra legislación penal desde 1995. La asignación de un espacio propio a esos tipos penales, delimitándolos entre ellos y respecto al delito ambiental del 325 se llevan buena parte de los esfuerzos de la doctrina penal ambiental³².

IV. NUEVA DIMENSIÓN CUALITATIVA. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL

Los conflictos intrínsecos que crea la «*administrativización*» del Derecho penal, la dificultad de la prueba del peligro, la apresurada inclusión asistemática de tipos ha derivado en un sistema penal ineficaz e ineficiente³³. Siendo así que los sistemas penales nacionales no han dado con la respuesta adecuada al problema, la situación de la protección ambiental a nivel internacional no podía correr diferente suerte. Recientemente, en el informe del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), «*Perspectivas del medio ambiente mundial (GEO-6) de 2019*»³⁴, evaluó desde la ciencia la salud ambiental del planeta e hizo un llamamiento a los responsables de la toma de decisiones para que aborden de inmediato los apremiantes problemas ambientales a los que nos enfrentamos, con el fin de lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030, entre otros objetivos ambientales acordados internacionalmente, como aquellos que figuran en el Acuerdo de París. Es cierto que ha habido variados esfuerzos por atender a la dimensión internacional del problema ambiental, y que reflejan una conciencia de la necesidad

³² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente», *op. cit.*, pp. 1-27; el mismo: «Instalaciones y residuos contra los recursos naturales y el ambiente: el artículo 328 C.P.», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º especial 99-100, 2014, pp. 1115-1140; en línea, <https://doi.org/10.47623/ivap-ivap.99.100.2014.046> (fecha de consulta, 23-08-2021).

³³ COLAS TURÉGANO, A.; MORELLE HUNGRÍA, E., «El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate», *op. cit.*, pp. 1-34.

³⁴ Se puede consultar el informe en la página web de ONU, *Programa para el Medio Ambiente* <https://www.unep.org/es/resources/perspectivas-del-medio-ambiente-mundial-6> (fecha de consulta, 28-08-2021).

de ofrecer respuestas orquestadas de manera uniforme por parte de los Estados para que el deterioro ambiental se frene. Pero la conciencia ha sido lenta y la respuesta sigue estando fragmentada, porque esta construcción se ha gestado a base de una acumulación de textos dispersos a nivel internacional o global (Estocolmo, 1972; Río, 1992; Kioto, 1997; Doha, 2012; Nueva York, 2014; París 2015), supranacional, particularmente en el ámbito europeo (Carta de los Derechos Fundamentales, 2000, y el papel de los dos Tribunales Europeos) o nacionales. Es necesario convertir esta acumulación de textos en un mecanismo capaz de «racionalizar» la protección del medio ambiente³⁵.

En el estado actual del Derecho internacional y europeo hay una falta de tratamiento integral de los delitos contra el medio ambiente y de las sanciones conexas a nivel transnacional. Estas deficiencias dejan la puerta abierta a un tratamiento diferenciado de la lucha contra los delitos contra el medio ambiente en función del tipo de delito y de los Estados, creando así un espacio cuajado de lagunas, que lo único que sirve es para trasladar la actividad delictiva a los lugares en los que ésta sale más barata³⁶. De ahí que el Derecho penal esté tomando un rumbo hacia la internacionalización de las respuestas penales.

En el ámbito de Naciones Unidas, la inclusión en el Estatuto de Roma de un delito de causación intencional de graves y duraderos daños ambientales como crimen competencia de la Corte Penal Internacional no fraguó, debido a la reticencia de buena parte de los Estados. La protección penal del medio ambiente sólo se mantiene, de manera indirecta, cuando el ataque al medio ambiente pueda ser catalogado como crimen de guerra³⁷. Pero hasta ahí se ha llegado. La opción de incluir un quinto crimen

³⁵ DELMAS-MARTY, M., «Introducción», en *Hacia un Derecho penal Internacional del Medio Ambiente. Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes*, (Muñoz de Morales Romero, Ed.), p. 7; en línea, https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf, (fecha de consulta, 22-08-2021).

³⁶ NEYRET, L., «El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe del 11 de febrero de 2015», en *Hacia un Derecho penal Internacional del Medio Ambiente. Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes*, (Muñoz de Morales Romero, Ed.), p. 15; en línea, https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf (fecha de consulta, 22-06-2021).

³⁷ El artículo 8.2. b) iv) del Estatuto de Roma dispone que constituye crimen de guerra las siguientes violaciones de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados: (...) «Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

a la competencia de la Corte, el ecocidio, no ha llegado a fraguar, pese a los intentos desarrollados por grupos de trabajo de expertos, comisiones y movimientos civiles³⁸.

Estas dificultades no han frenado los estudios que continúan incansablemente en la tarea de delimitar qué tipo de conductas tendrían que tener esa consideración de delito de naturaleza internacional. Una de las grandes delimitaciones que se abordan radica en la finalidad de la conducta de destrucción ambiental. No es lo mismo devastar el entorno natural para eliminar total o parcialmente un grupo humano, sería la versión ecológica del delito de genocidio, que la gran destrucción ambiental, normalmente descuidada y protagonizada por las grandes empresas, para la que se prefiere la denominación.

El frenazo a los trabajos en el seno de Naciones Unidas lleva a poner en valor los esfuerzos del grupo de trabajo encabezado por el Prof. NEYRET, que han elaborado dos propuestas de Convención internacional, una sobre eco-crímenes y otra sobre el delito de ecocidio. «Las Convenciones, debido a la dualidad de figuras, plantean un modelo de intervención gradual. El primer nivel de internacionalización será la tipificación de eco-crímenes cuyo resultado es la creación de un peligro de degradación substancial de los ecosistemas y que admiten la comisión imprudente. El segundo nivel sería, propiamente, el delito de ecocidio que requiere tanto un mayor desvalor de la acción, como del resultado y cuyo bien jurídico es, debido a la entidad del daño, la propia seguridad del planeta. Esta graduación permite un Derecho penal internacional del medio ambiente a dos velocidades. El ecocidio debe pasar a formar parte de los *core crimes* del Derecho internacional, lo que supone adoptar reglas como la imprescriptibilidad, el principio de justicia universal y, finalmente, integrarse en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como quinta figura delictiva o tal como se propone en la Convención sobre ecocidio (artículo 18) ser competencia de una Corte penal internacional del medio ambiente. Los eco-crímenes, en cambio, perseguirían crear un derecho armonizado en los Estados miembros»³⁹, tanto en lo relativo a las figuras penales, como

³⁸ Ver el desarrollo cronológico de estos intentos en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Hacia un Derecho penal internacional medioambiental», en *Derecho penal Económico y Derechos Humanos*, Maroto Calatayud/Marco Francia (Coords.); Demetrio Crespo/ Nieto Martín (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 260 y ss.; DE PAOR, R., «Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 36, 2020, pp. 289-325; en línea, <https://doi.org/10.15581/010.36.289-325> (fecha de consulta, 23-08-2021).

³⁹ Son palabras de NIETO MARTÍN, A., «El Derecho penal internacional del cambio climático», en *Hacia un Derecho penal Internacional del Medio Ambiente*.

los sujetos responsables, incluyendo inevitablemente a las personas jurídicas, como en las sanciones aplicables. Ambas propuestas de convención se alinean hacia una política criminal preventiva, estructurada en la exigencia de programas de cumplimiento y presentan una visión realista del problema ambiental a nivel global. El camino para precisar y delimitar su contenido y alcance no es fácil, por lo que el reto de que cristalicen en una regulación positiva es tan grande como el convencimiento del potencial que ofrecen estas herramientas internacionales para revertir la actual degradación ambiental aparejada la actuación irresponsable y antinatural del ser humano.

Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecocrímenes, (Muñoz de Morales Romero, Ed.), p. 19; en línea, https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf (fecha de consulta, 23-08-2021).

El tráfico de influencias y redes de corrupción: a propósito del debate sobre la lesividad del tráfico de influencias y de la exclusión de la tipicidad del partícipe*

Prof. Yvan Montoya Vivanco



I. EL PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS

AIGUAL QUE EN ESPAÑA, en el Perú también se ha planteado el debate sobre la legitimidad del delito de tráfico de influencias. Efectivamente, en España se ha cuestionado si el tipo penal de tráfico de influencias rinde legítimamente. Algunos autores (CUGAT, 2014, p. 19) han advertido, desde el inicio, su no legitimidad como tipo penal dado que afecta principios del derecho penal garantista o del buen derecho penal liberal y por ello promueven su exclusión de la codificación penal. En ese sentido, señala la misma autora, que habría otros tipos penales que cumplen su función (pp. 4 y ss). Sin embargo, otros autores, señalan que, sin caer en una exacerbación punitivista, es importante replantear algunos ajustes moderados al tipo penal o el replanteamiento de su comprensión a efectos de viabilizar la racionalidad de su aplicación y evitar la impunidad (BARQUIN SANZ, 2017, p. 132). El mismo Barquin Sanz indica que, en un contexto como el actual, no puede pensarse en prescindir de este tipo penal (p. 132).

* Quiero agradecer a los editores de la presente obra permitirme participar en este merecido homenaje al profesor Ignacio Berdugo. Recuerdo con mucho agradecimiento su acompañamiento académico y amical durante mi estancia en Salamanca y en especial su dedicación, junto a la profesora Laura Zúñiga, en el desarrollo de mi tesis doctoral.

En el Perú, los autores que han cuestionado la legitimidad político criminal del tipo penal del tráfico de influencias son varios y han considerado, especialmente en relación con el tráfico de influencias simuladas, la oportunidad de su descriminalización o su no aplicación. Los argumentos giran, al igual que en España, fundamentalmente alrededor de la vulneración del principio de lesividad¹. Sin embargo, también hay autores que han planteado su legitimidad y la necesidad de mantener el tipo penal, al menos en la modalidad de tráfico de influencias reales².

Adicionalmente en el Perú, al igual que en España, un sector de la doctrina penal y de la jurisprudencia han considerado la imposibilidad de que se configure alguna forma de participación punible por parte del comprador o instigador de las influencias. Los argumentos son variados y van desde argumentos que invocan el principio de legalidad, al no estar prevista específicamente su punición, hasta la consideración de lo que algunos consideran verbos nucleares («invocando o teniendo influencias») que no permitirían la complicidad o instigación del extraneus, pasando por la invocación de la ausencia de lesividad en el caso de los cómplices que no realicen un aporte más allá del mínimo necesario para la constitución del tipo penal³.

La discusión sobre estos temas y otros, vinculados a los delitos contra la administración pública, no deben ser planteados ahora solo referidos a la posibilidad de una práctica aislada de un funcionario que prioriza un

¹ Solo enunciativamente YON RUESTA, Roger (2002, p. 236), quien pone en cuestión la legitimidad de las dos modalidades de tráfico de influencias, reales o simuladas), RODRIGUEZ DELGADO (2006, p. 251) quien se centra en la ilegitimidad del tráfico de influencias simuladas al igual que REAÑO PESCHIERA, JOSÉ (2004, p. 111). Estos autores señalan que con relación al bien jurídico imparcialidad en la función pública la conducta del traficante de influencias, especialmente en el caso de las influencias simuladas, no lesiona ni pone el peligro el bien jurídico. Es por ello que el primer autor (Yon Ruesta) postula, mientras no se reforme la legislación actual, el prestigio de la administración pública como bien jurídico.

² En esa perspectiva HURTADO POZO, José (2005, p. 288) quien reconoce a la credibilidad de la administración pública y, en concreto, el proceso de toma de decisión de la administración pública como bien jurídico protegido, aunque manteniendo su cuestionamiento crítico al tráfico de influencias simuladas. Igualmente REAÑO PESCHIERA (2004, p. 111). Lo mismo ABANTO VÁSQUEZ (2003, p. 525) sobre el tráfico de influencias real, pero aceptando otro bien jurídico para el tráfico de influencias simuladas (patrimonio individual).

³ Entre los que argumentan a favor de excluir la imputación penal del partícipe, especialmente del cómplice, RODRIGUEZ DELGADO, Julio (p. 271), quien considera que sólo cabe el supuesto de instigación si el interesado realiza una conducta más allá de la necesaria; RUESTA YON, Roger (p. 241 y 242) quien niega toda posibilidad de imputación al interesado. De igual manera ABANTO VÁSQUEZ (p. 536).

interés económico particular sobre el interés general o la suma de este tipo de prácticas por varios de ellos. La descripción criminológica actual nos refiere que el tráfico de influencias y la corrupción en general constituyen, con elevada frecuencia, un fenómeno que se inserta en un contexto de redes en dos niveles: verticales y horizontales o ambientales⁴.

Efectivamente, a nivel vertical, se ha evidenciado que el ejercicio de influencias aparece como un fenómeno gestionado desde grupos de presión político y económicos que compran y/o venden influencias y pueden llegar a tener más protagonismo y poder que los propios funcionarios públicos⁵. A nivel horizontal, estudios etnográficos en el Perú (MUJICA, 2011; PASARA, 2005 y la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 2003) denotan que el tráfico de influencias aparece como un fenómeno de redes de intereses o acuerdos de intersección ilegales por fuera de la estructura organizada formal de la entidad estatal o paralela a ella⁶. Así por ejemplo, en el ámbito del sistema de administración de justicia, se aprecia redes de intereses tanto fuera de su estructura formal (escribanos, fotocopiadores, falsificadores de enfrente, etc.), como insertos en la estructura (secretarios de juzgado, relatores, jueces, fiscales o auxiliares de justicia), pasando por los principales intermediarios con el poder económico privado: abogados individuales o determinados buffets de abogados (MUJICA, 2011, pp. 69 y ss). En ambos casos, se trata de redes que se van construyendo y creciendo a medida que crecen las interrelaciones.

Este proceso de construcción de intersecciones resulta relevante en la medida que permite al interesado o al propio traficante de influencias alcanzar con seguridad decisiones favorables de la justicia o de cualquier otra entidad pública donde se establezcan estas redes. Como dice Torres Pachas (p. 68), la lógica es que mientras mayor sea el número de contactos, en puestos clave y a lo largo de la cadena jerárquica, mayores también serán las posibilidades de asegurar una decisión a favor del interesado.

A todo ello hay que agregar que estas relaciones no solo están movidas por la obtención de alguna renta económica o patrimonial sino también por el propósito de obtener ventajas posicionales. Efectivamente, no resulta racional en el contexto de redes de la corrupción y del tráfico de influencias comprender el acuerdo entre influyente e interesado de una manera sinalagmáticamente rígida y referida solo a la obtención de recursos económicos inmediatos, sino muchas veces con el objeto de obtener una

⁴ Una descripción amplia sobre las redes de intereses, su formación y estructura ver TORRES PACHAS, David (2019, pp. 66 y ss)

⁵ CUGAT MAURI, Miriam. «Tráfico de influencias», en: Tratado de Derecho penal español. Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 484.

⁶ TORRES PACHAS (2019, pp. 66 y ss).

ventaja que se refleja en el aseguramiento de una mejor posición respecto de la obtención de un servicio recíproco.

Es en este contexto de redes de corrupción y de tráfico de influencias que apreciaremos los dos problemas que actualmente siguen desafiando la legitimidad y la interpretación del delito de tráfico de influencias en el Perú: II) su capacidad lesiva, especialmente del supuesto de tráfico de influencias simulado y III) la atribución de responsabilidad o impunidad del interesado de comprar la influencia del traficante.

II. EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD LESIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU LEGITIMIDAD POLÍTICO CRIMINAL

2.1. *El bien jurídico protegido*

Estado de la cuestión

El problema de la capacidad lesiva nos lleva a delimitar, en primer lugar, el bien jurídico protegido que subyace al tipo penal. La literatura penal ha oscilado entre diferentes posturas sobre el objeto jurídico de protección. En primer lugar, se ha propuesto la tradicional postura del correcto funcionamiento de la administración pública. Evidentemente tal postura se descarta debido a su evidente generalidad y su escasa utilidad. En segundo lugar, la literatura penal ha pretendido concretar el objeto de protección del tipo penal de tráfico de influencias desde posiciones que consideran el prestigio de la administración pública como objeto de protección hasta aquella posición que plantea la institucionalidad de la misma⁷. Ambas posiciones son cuestionadas por subjetiva (GUIMARAY, 2012, p. 106)⁸ la una y vacía de contenido la otra.

Una posición aceptada por un grupo amplio e importante de autores, siguiendo la doctrina española, postula la imparcialidad y/o objetividad en el ejercicio de la función pública. Así en la doctrina española, una de las primeras en postular esta posición CUGAT (1997, p. 104). En el Perú, uno de los primeros ABANTO (2003, p. 525) aunque ya lo refería en su edición de 2001 y también REAÑO (2001, p. 294)⁹.

⁷ Ver las notas de pie 1 y 2 del presente texto.

⁸ También cuestiona como subjetiva la referencia al prestigio de la institución como bien jurídico ABANTO (2003, p. 524).

⁹ Una particular posición se aprecia en HURTADO (2005, p. 288) quien luego de indicar lo importante que es la credibilidad de la ciudadanía en el buen funcionamiento de la administración, dado que coadyuva con el buen funcionamiento de ésta,

Teniendo en cuenta esta posición aceptada por un importante sector de la doctrina, se asume que el concreto delito de tráfico de influencias resulta ser una especie de delito de peligro abstracto o concreto respecto de la objetividad o imparcialidad del ejercicio de la función pública de un funcionario concreto. Como puede apreciarse, esta posición no explica suficientemente la lesividad o peligrosidad idónea de la conducta prohibida, especialmente de su modalidad simulada en cuyo caso se sostiene que no tiene ninguna capacidad ni idoneidad para afectar la imparcialidad u objetividad del ejercicio de la función pública de un funcionario que conoce un caso judicial o administrativo (ABANTO, 2003, p. 524 y REAÑO, 2001, 293).

A pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina penal sigue siendo difícil dar cuenta de un objeto de protección penal que refleje la realidad dañosa del fenómeno del tráfico de influencias en el contexto de redes de intereses paralelos que subyace en muchas organizaciones de la administración pública y la administración de justicia. Nuestra propuesta intenta concretizar un poco más el objeto de protección, pero en una dirección funcional que apunta a las condiciones colectivas para el ejercicio correcto de la función pública de una entidad estatal, diferenciándose de aquella posición que apunta a los principios concretos (imparcialidad y objetividad) que se afectarían con un eventual ejercicio de las influencias indebidas ante un lejano funcionario que conoce un caso administrativo o judicial.

Nuestra propuesta

Hace unas décadas atrás ya el profesor Loos¹⁰ advertía, con relación al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que tal vez los contactos corruptos de los funcionarios públicos con los particulares lleva directamente aparejado el peligro de que sus actos futuros no se orienten con arreglo a la disciplina interna de la organización administrativa, por lo que en puridad el cohecho debía de calificarse como un delito de peligro en la medida que protege el funcionamiento de la administración pública de

concretiza su propuesta en «el proceso (entiendo que correcto) de la toma de decisión de los órganos de la administración de justicia». En esa línea parece desarrollar su posición TORRES PACHAS (2019, pp. 102 y ss) quien define el objeto de protección en el delito de tráfico de influencias al sistema y a sus reglas para la toma eficiente de decisiones en la administración pública.

¹⁰ LOOS, F. «Zum rechtsgut der Bestechungsdelikte», citado por VAZQUEZ-POR-TOMEÑE (2003, p. 374).

los riesgos connaturales al carácter corruptible de sus agentes (VAZQUEZ-PORTOMEÑE, 2003, p. 374).

Efectivamente, a diferencia del enfoque estándar o mayoritario, que reposa en la consideración de un bien jurídico como la imparcialidad o la objetividad, referido a un concreto funcionario público que conoce o va a conocer de un proceso judicial o administrativo y por lo cual la conducta de tráfico califica como un delito de peligro abstracto, la propuesta del profesor Loos nos adelanta la idea de que el menoscabo de un acto corrupto como el cohecho (o de un pacto para incidir indebidamente en el ejercicio de la función pública) radicaría no en la virtualidad lesiva del referido acto aislado, sino en el riesgo de reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema organizativo y su funcionamiento (VAZQUEZ-PORTOMEÑE, p. 376).

Siguiendo este esfuerzo del profesor Loos, nosotros nos centraremos en un concepto reconocido y desarrollado en estas últimas décadas y que resultará muy importante para una reformulación del objeto jurídico de protección en el delito de tráfico de influencias. Se trata del concepto de integridad colectiva de la entidad. Efectivamente, desde hace un tiempo en el ámbito del derecho administrativo, y a propósito de la prevención y el control de la corrupción, se viene reflexionando sobre dos dimensiones de la integridad en el ejercicio de la función pública: por un lado una dimensión individual, en la que la integridad recae en cada funcionario público y depende de su propia formación y predisposición a respetar los principios y valores de la administración. Como señalan VILLORIA E IZQUIERDO (2016, p. 157 y 158), la integridad sería ese principio general que demanda del funcionario público que sus acciones y decisiones se basen en un marco de principios internamente consistente acordes y orientados a los fines de la administración que permitan alcanzar el bien común. Sin embargo, como señalan VILLORIA E IZQUIERDO, si bien la adopción de un punto de vista ético o deontológico depende del funcionario público concreto, esta adopción viene también condicionada o determinada por la organización en la que se desempeña, es decir, de ciertas condiciones que definen la organización (pp. 189 y 190).

Efectivamente, la integridad (colectiva) de una institución pública viene definida tanto por su estructura normativa como por su cultura organizacional. Cuando ambas están alineadas condicionan o determinan la conducta íntegra de sus miembros, individualmente considerados (VILLORIA E IZQUIERDO, 2016, pp. 190 y 191).

La estructura está referida a la dimensión normativa de la institución, mientras la cultura organizacional viene definida por ese conjunto de pautas o patrones de asunciones básicas y creencias que son consideradas

válidas y por ello son enseñadas a los nuevos miembros de la organización como la vía correcta de percibir, pensar y sentir en relación a los problemas del ejercicio de la función pública (VILLORIA E IZQUIERDO, p. 191). En una cultura organizacional de una entidad pública orientada sustancialmente al respeto de las normas éticas de la función pública (cultura organizacional normativa: CON), suele haber mayor consenso para determinar conductas individuales ajustadas a la integridad funcional. Esto es sustancialmente diferente en una cultura organizacional débil que permitiría que los funcionarios basen sus conductas en subculturas que les marcan formas de actuación, muchas veces corruptas (p. 191)¹¹.

En nuestra consideración, entonces, los actos de tráfico de influencias, especialmente en contextos de redes de corrupción, afectan la dimensión colectiva de la integridad institucional, en concreto, la función de la cultura organizacional normativa (CON) de condicionar el comportamiento íntegro de los funcionarios de una entidad pública. En consecuencia, todo acto que resquebraja o debilita las pautas de comportamiento y creencias que son consideradas válidas y ajustadas a la ética pública en una institución, resquebrajan la integridad pública o la expectativa de integridad en tanto cultura organizacional normativa que condiciona el comportamiento íntegro de sus integrantes.

2.2. *El delito de tráfico de influencias como delito de peligro concreto o como delito cumulativo*

Configurado así el bien jurídico protegido: integridad pública de la entidad como bien jurídico protegido y, en concreto, la CON de la entidad pública, en tanto sistema de creencias, pautas de comportamiento que se consideran válidos y condicionantes del comportamiento íntegro dirigido al servicio público de los funcionarios, nos planteamos el dilema de si el delito de tráfico de influencias configura un delito de peligro concreto o un delito de peligro abstracto y, si dentro de estos últimos, podemos hablar de un denominado delito cumulativo. En este último caso, se discute su tal estructura resulta compatible con el principio de lesividad.

¹¹ Sobre la integridad de las organizaciones públicas y la infraestructura ética como mecanismo para promover desde el estado dicha integridad institucional ver MERINO, 2017, pp. 238 y ss).

2.2.1. Como delito de peligro concreto

En el caso del tráfico de influencias real

Afirmar que una estructura típica es de peligro concreto permite afirmar su compatibilidad con el principio de lesividad y, por lo tanto, con la legitimidad de referido tipo penal¹². Por lo tanto, corresponde explicar si, tal como hemos configurado el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias presentaría las características de un peligro concreto.

Hemos mencionado que el objeto material del protección del tipo penal de tráfico de influencias es la integridad colectiva de la institución pública y, en concreto, la cultura organizacional normativa (CON) de la institución (ver definición). Pues bien, teniendo en cuenta que las redes de intersección de intereses ya se encuentran establecidas en el interior de muchas instituciones públicas éstas configuran, en si misma, una situación de peligro para la cultura normativa de una organización pública. Es ese sentido, el pacto para el ejercicio real de la influencia indebida sobre un funcionario administrativo o judicial supondría ya un peligro concreto sobre la cultura organizacional normativa de una institución pública o sobre la expectativa de consolidación de esa cultura. Nos explicamos. El pacto para el ejercicio de la influencia indebida, actualiza las redes de intersección de intereses privados y relativiza o resquebraja la vigencia de ese conjunto de pautas o patrones de conducta básicas o creencias alineadas a las pautas normativas de la institución y que son condicionantes para los miembros de la organización como la vía correcta de percibir, pensar y actuar en relación al ejercicio de la función pública.

Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional¹³, el pacto para el ejercicio de la influencia indebida aumenta las probabilidades de resquebrajamiento o debilitamiento sustancial de la cultura organizacional normativa de una institución o de la expectativa de consolidación de esta cultura. Ello si no se considera ya una lesión de nuestro bien jurídico (en función a la magnitud, recurrencia y difusión del pacto o pactos para el ejercicio

¹² Tanto el artículo IV del Título preliminar del Código penal como diversas sentencias del Tribunal Constitucional (STC de 12 de diciembre de 2012 (párrafos 38 y 39), reconocen la constitucionalidad de las estructuras de peligro concreto. La reciente STC de 5 marzo de 2020 reconoce la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, específicamente considerados de peligrosidad potencial (párrafo 61), es to es, aquellas conductas que ex ante denotar su condición peligrosa.

¹³ La STC de 5 marzo de 2020 (Exp. 006-2014 PI/TC) señala que los delitos de peligro concreto se determinan, entre otras características, por su alta probabilidad de lesionar el interés jurídicamente protegido.

de influencias indebidas). Evidentemente no entendemos por lesión solo la destrucción del bien jurídico (sólo aplicable a la vida o la salud individual), sino como conmoción o desestabilización de las pautas de comportamientos o creencias alineadas a las pautas normativas de la institución.

En el caso del tráfico de influencias simulada

A efectos de entender el tráfico de influencias simulada en este texto compartimos la tesis de TORRES (2019, pp. 129 y ss) quien postula, de manera convincente, un replanteamiento del término «influencias simuladas».

En efecto, el trabajo de TORRES parte de diferenciar las influencias simuladas de aquellas que son manifiestamente falsas o irreales¹⁴. Desde esta perspectiva, las influencias simuladas estarán vinculadas «a supuestos en los cuales la invocación se realiza en condiciones en las cuales el interesado puede deducir que el intermediario tendría influencias» (p. 131). Para ello, el traficante de influencias a partir de algunos condiciones, en si mismas insuficientes para evidenciar influencias reales, pero que exagerándolas o (a partir de aquellas) haciéndolas verosímiles de que se puede influir en el funcionario de destino. De esta manera, mientras en la situación de influencias reales se evidencia, ex ante, una situación real de pre valimiento o ascendencia del influyente sobre el funcionario, en las influencias simuladas, serían aquellas vinculadas con la afirmación de una «situación favorable», a partir del cual el influyente exagera o reformula haciendo verosímil su capacidad de incidir o de acercarse sobre el funcionario público. Desde esta perspectiva, TORRES señala como ejemplos de influencias simuladas los supuestos de ex funcionarios públicos de puestos de dirección, el de ex personas políticamente expuestas, el de funcionarios públicos de inferior jerarquía del que se pretende incidir, las relaciones de parentesco del segundo o tercer grado de consanguinidad o los supuestos de simple amistad (pp. 132 y ss). La idea es que, a partir de esas condiciones el influyente «deberá agregar lo que denominaremos como un *plus de verosimilitud* en el discurso que dote de convicción a sus afirmaciones» (p. 132). De lo contrario, aquello podrá calificarse como influencias falsas las cuales carecerán de todo tipo de potencialidad lesiva.

Teniendo en cuenta, entonces, que desde una perspectiva ex ante existe una virtualidad peligrosa o aptitud peligrosa del pacto para ejercer

¹⁴ Dos razones invoca a su favor (p. 131). Por un lado el hecho de que el legislador no haya utilizado el término influencias irreales o falsas y, en segundo lugar, por que lo simulado se relaciona con cierta idoneidad o aptitud para generar los mismos efectos que las influencias reales.

influencias simuladas (indebidas), corresponde señalar que, al igual de lo que ocurre con las influencias reales, tales acuerdos o pactos supondrían también un peligro concreto (o al menos potencial) sobre la cultura organizacional normativa de una institución pública o sobre sus expectativas de fortalecimiento. Dado que la CON se compone también de concepciones o creencias de los integrantes de la entidad pública, el tráfico de influencias simuladas, dada su peligrosidad *ex ante*, también tiene la idoneidad o capacidad para resquebrajar la vigencia de ese conjunto de pautas, patrones de conducta o creencias alineadas a las pautas normativas de la institución.

Bajo esta perspectiva, entonces, en cualquiera de los dos casos, tráfico de influencias reales o simuladas, estaríamos ante un delito de peligro concreto o al menos de un peligro potencial.

Sin embargo, desde una perspectiva crítica es posible que algunos consideren que un pacto para el ejercicio real (o simulado) de la influencia indebida, mirado aisladamente y fuera de un contexto de redes, no resultaría con suficiente potencial riesgoso para conmocionar la cultura normativa de una institución pública. En este supuesto corresponde una evaluación del delito de tráfico de influencia desde su consideración como delito acumulativo o por acumulación.

2.2.2. El tráfico de influencias como delito acumulativo

Como hemos mencionado, es posible dirigir a la posición anterior la crítica de acuerdo con la cual un pacto aislado para el ejercicio de influencias indebidas no parece menoscabar, o al menos en una medida suficientemente relevante, el bien jurídico propuesto, esto es, la integridad colectiva de la institución pública. Sin embargo, se ha venido desarrollado la tesis de acuerdo con la cual la conducta o pacto conectado a otras conductas o pactos realizadas con anterioridad y a la que se realizaran también con posterioridad si pueden tener una capacidad lesiva relevante de la funcionalidad de la cultura normativa de la organización pública. Una manifestación recurrente de tráfico de influencias sobre uno o varios funcionarios de una institución resquebraja o debilita la funcionalidad de la cultura organizacional normativa de una entidad pública en tanto condicionante de la predisposición de los funcionarios hacia una actuación con integridad.

A efectos de legitimar un delito acumulativo o por acumulación desde la perspectiva de su lesividad, la doctrina (VON HIRSCH Y WOHLERS, 2007, pp. 299 y ss; BUSTOS RUBIO, 2017, pp. 53 y ss) ha señalado que debe cumplirse algunas características básicas):

- Se trate de un delito referido a un bien jurídico colectivo y funcional.
- Existencia de un deber de cooperación jurídicamente relevante basado en el mantenimiento de un interés fundamental de la sociedad.
- Se apoyen en un pronóstico realista de futuro.

En nuestra consideración, el delito de tráfico de influencias, tal como lo hemos formulado en este trabajo, cumple con las características antes referidas. En primer lugar, el tipo del delito de tráfico de influencias esta referido a un bien jurídico colectivo tal como lo hemos presentado: integridad de la institución pública y, específicamente la cultura organizacional normativa de una entidad pública.

En segundo lugar, en el caso del tráfico de influencias, a pesar que el tipo base es un delito común, es decir, podría ser cometido por cualquiera, ello no impide considerar que el bien jurídico integridad pública no involucre también a los extraneos (y no solo a los intraneos o funcionarios públicos). Como dice Rueda Martín, las acciones de un extraño a la función pública se encuentran también comprendidas en el ámbito de protección de la norma de los delitos de corrupción pública, es decir, ellos también son destinatarios de la norma especial, aunque la accesibilidad directa de su afectación lo tenga el intraneos. Lo singular del tráfico de influencias es que los particulares con influencia tienen accesibilidad relativamente directa sobre el bien jurídico configurado en este trabajo: cultura organizacional normativa. El traficante, al pactar con el interesado y obligarse a ejercer influencias indebidas ante un funcionario público (emitiendo un mensaje sobre la posibilidad de que éste se oriente sin los parámetros de la ética pública), afecta directamente el bien protegido.

Finalmente, el pronóstico realista de futuro nos exige que, a partir de datos empíricos (evidenciados en la primera parte) se pueda afirmar que es suficientemente razonable que, sin una prohibición reforzada con la amenaza de la pena ciertas actuaciones serán realizadas en el futuro de un modo asiduo por un conjunto de personas de lo que se desprenderá una lesión de carácter global y grave para el bien jurídico (BUSTOS RUBIO, 2017, p. 30).

III. EL PROBLEMA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

El tipo penal de tráfico de influencias ha sido caracterizado como un delito de encuentro, esto es, tipos penales que exigen la actuación de «varias personas hacia una finalidad común, (pero) lo hacen desde direcciones

diferentes y de manera complementaria» (ABANTO, 2003, p. 68). Sin embargo, se trata de un delito de encuentro en el que el bien jurídico no está orientado a la protección del partícipe necesario, es decir, del interesado o comprador de influencias.

Los argumentos que se han expuesto con mayor arraigo para sustentar la no punición o punición condicionada del extraneus son fundamentalmente tres:

En primer lugar, un sector de la doctrina (YON RUESTA, 2002) indica que se trata de un delito de participación necesaria (delito de encuentro) y no se encuentra tipificado de manera especial y expresa la conducta del partícipe (a diferencia por ejemplo del delito de cohecho). Ello les lleva a la conclusión que se trata de una conducta atípica.

En segundo lugar, se ha mencionado que el partícipe necesario debe ser impune en la medida que sólo realiza el aporte mínimo necesario que describe el tipo penal. Por el contrario, en los casos en los que realiza un aporte más allá de lo necesario (por ejemplo a través de la instigación eficaz al traficante de influencias) sí habrá una conducta típica (RODRIGUEZ DELGADO, 2006). Esta es la posición también del acuerdo plenario 3-2015 CIJ/201 de nuestra Corte Suprema (fundamento 10).

Finalmente un tercer argumento afirma que el extraneus tiene una participación periférica y no resultaría posible vincularse con la conducta del autor (sea como cómplice o como instigador). Ello en razón de la naturaleza especial de los verbos nucleares que dominan el tipo penal, esto es, las conductas de «invocando influencias» o «teniendo influencias». En otras palabras, la conducta del partícipe no se corresponde cualitativamente con la del autor. Este sólo aprovecha la conducta de autor (Acuerdo Plenario 3-2015). Aquel «se limita a hacer algo propio» y no ayuda o provoca la conducta del autor.

Las líneas siguientes intentan desvincularse de las posiciones anteriores y afirmar la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al extraneus que interviene como interesado en el ejercicio de influencias indebidas ante la administración de justicia o ante la administración pública.

3.1. *Replanteamiento del verbo rector o de la conducta típica del delito de Tráfico de Influencias*

La doctrina y jurisprudencia (SALINAS, 2011, p. 574) ampliamente mayoritaria consideran que el verbo nuclear o conducta típica del delito de tráfico de influencias radicaría en las conductas «invocando influencias» o «teniendo influencias». Como hemos visto anteriormente, esta postura

es una de las que contribuye a sustentar la imposibilidad o dificultad para configurar supuestos de participación por parte de un extraneus.

En nuestra consideración, el verbo rector o verbos rectores (conductas típicas) en nuestro delito de tráfico de influencias (art. 400 del CP) esta definida por las conductas de «recibir, hacer dar o prometer para si o para un tercero una ventaja o beneficio» a cambio de comprometerse a ejercer influencias indebidas ante un funcionario público (judicial o administrativo). Es decir, el verbo rector o verbos rectores están constituidos por el pacto entre el traficante de influencias y el interesado (esta es una diferencia con el tipo penal español). En esa perspectiva, las conductas de «invocando influencias» o «teniendo influencias», si bien son elementos necesarios del tipo penal, constituyen medios para alcanzar el pacto o acuerdo antes mencionado. El pacto determina un acuerdo que compromete al ejercicio de influencias, aunque estas no se realicen. Como señala Abanto (2003), con el ofrecimiento de influir a cambio de ventajas el sujeto vende la capacidad influenciar que invoca o tiene sobre un funcionario que conoció, conoce o va a conocer un asunto administrativo o judicial¹⁵.

Esta argumentación no hace sino seguir la concepción que la mayoría de la doctrina ha seguido para el caso del delito de cohecho, un tipo penal respecto del cual el tráfico de influencias se considera una suerte de modalidad previa a un posible cohecho. Por otro lado, la posición que considera que el verbo rector radica en los conceptos «invocando influencias» o «teniendo influencias» parece inspirarse en la doctrina española la cual, como hemos mencionado, se asienta en la configuración del tipo penal español de tráfico de influencias el cual no contempla el pacto como elemento esencial del tipo penal, sino el ejercicio efectivo de las influencias.

Finalmente, sostener que la conducta típica o verbo nuclear del tipo penal de tráfico de influencias (art. 400 CP) reside en el pacto de «recibir, hacer dar o prometer una ventaja o beneficio» a cambio de comprometerse a ejercer influencias indebidas ante un funcionario público, se condice mejor con el bien jurídico que hemos postulado en este trabajo. Efectivamente, la CON de la entidad pública, en tanto sistema de creencias, pautas de comportamiento que se consideran válidos y condicionantes del comportamiento íntegro de la entidad pública se afecta de manera más clara e idónea con un acuerdo que compromete al traficante de influencias a ejercer tales influencias de manera indebida que con el simple hecho de invocar o reconocer que tiene influencias.

¹⁵ En la misma línea argumentativa que sostenemos parecen encontrarse REAÑO (2006) y TORRES (2019).

3.2. *La responsabilidad penal del interesado como partícipe de un delito de tráfico de influencias*

Bajo las consideraciones antes expresadas no creemos que exista inconveniente alguno para atribuir responsabilidad penal al interesado que pacta con el traficante de influencias. Los párrafos siguientes intentan responder a la tesis que niega o minimiza la responsabilidad del interesado como partícipe.

En primer lugar, con relación al argumento negacionista asentado en el principio de legalidad, creemos que el legislador penal dejó que la responsabilidad del partícipe interesado se regule por las reglas de la parte general, esto es, los enunciados sobre complicidad (art. 25) o instigación (art. 24)¹⁶.

En segundo lugar, con relación a la exigencia de un aporte más allá del mínimo necesario y que ello sólo se evidenciaría en la instigación, mas no en la complicidad, cabe preguntarse porqué excluir la complicidad?. De acuerdo con nuestra postura sobre la conducta típica, no encontramos razón alguna para negar en el comportamiento del interesado un comportamiento suficientemente riesgoso para auxiliar o completar el comportamiento del autor. Sólo se puede recibir, hacer dar o prometer una ventaja si el interesado entrega, acepta dar o prometer al traficante de influencias una ventaja o beneficio. En ese contexto, el interesado aporta con la aceptación e informando los detalles del proceso administrativo o judicial. Sólo con dicho pacto se desencadena el compromiso para la influencia y la actualización de las redes de intercesión. Como puede apreciarse, hay un aporte sin el cual no sería posible la configuración del delito.

A lo anterior habría que agregar, finalmente, que la conducta típica, tal como la hemos entendido en este texto, permite pacíficamente comprender la tipicidad de supuestos de complicidad y de instigación. A través de la complicidad, el interesado coadyuva o auxilia al traficante de influencias para que éste logre recibir, hacer dar o prometer para si o para otro un beneficio o ventaja. A través de la instigación, el interesado puede determinar al traficante de influencias, sea persuadiendo o prometiéndole algún bien o ventaja, a comprometerse de ejercer sus influencias indebidas ante un funcionario público que conoce de algún caso judicial o administrativo. Como sostiene Jakobs con relación a este tema, «no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición» (JAKOBS, 1995, p. 842). En ese sentido, solo cabe exclusión de responsabilidad del partícipe por ausencia de dolo y prohibición de regreso.

¹⁶ Seguimos en este punto la misma línea argumentativa de REAÑO (2006).

BIBLIOGRAFÍA

- BARQUIN SANZ, Jesús. «Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal», en: Cuadernos de Política criminal, N 123, 2017.
- CUGAT MAURI, Miriam. «Tráfico de influencias», en: Tratado de Derecho penal español. Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS. Corrupción judicial. Mecanismos de control y vigilancia ciudadana, CAJ, Lima, 2003.
- GUIMARAY, 2012, p. 106). «El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad». En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Lima: Idehpucp-Open Society, 2012.
- HURTADO POZO, José. «La interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú», en: Anuario de Derecho penal, Lima, 2005.
- MERINO AMAND, Francisco. Ética para la función pública, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2017.
- MUJICA PUJAZÓN, Jaris. Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Poder Judicial, Instituto de Estudios Universitarios, Lima, 2011.
- PASARA, Luis. Los abogados de Lima en la administración de justicia, IDL, Lima, 2005.
- REAÑO PESCHIERA, Jose. «¿Una historia sin fin?. La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias», en: Revista ius et Veritas, N 28, Lima, 2006.
- RODRIGUEZ DELGADO, Julio. «El final de la historia: ¡El interesado en el tráfico de influencias es impune», en: Revista Ius et veritas, 16(33), Lima, 2006.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2011.
- TORRES PACHAS, David. El delito de tráfico de influencias peruano: hacia una interpretación desde la lógica de redes de intereses en la Administración Pública. Tesis para optar el título de abogado, PUCP, Lima, 2019.
- VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la administración pública, Instituto Nacional de Administración Pública- U. de Santiago de Compostela, 2003.
- VILLORIA MENDIETA y IZQUIERDO SANCHEZ, Agustín. Ética pública y buen gobierno, Tecnos, Madrid, 2016.
- YON RUESTA, Roger. «Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal», en: Revista Themis, N 45, Lima, 2002.

De la estafa «delictiva» al ¿fraude «de etiquetas»?

Fernando Navarro Cardoso
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria



I. PLANTEAMIENTO

LA ESTAFA HA SUFRIDO UNA INTENSA EVOLUCIÓN desde su concepción clásica a las constelaciones de casos que hoy abarca. Sigue integrando el timo de la estampita o el del tocomochó –incluidas sus versiones modernas–, pero también abarca hoy fraudes que no responden en absoluto a la estructura típica de la estafa, como luego se verá¹.

Muchos de esos fraudes son coloquialmente etiquetados como estafas, si bien hay que partir de la premisa de que no es exigible que los entendimientos vulgares –por coloquiales–, las concepciones profanas, se tengan que incorporar indefectiblemente al ámbito técnico-normativo². Podemos

¹ Un ejemplo de la versión clásica del timo de la estampita puede leerse en este enlace a una reciente noticia publicada por el periódico *La Voz de Galicia*: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/vigo/o-porrino/2021/05/07/porrinesa-pierde-4000-euros-timo-estampita/0003_202105v7c5991.htm [Último acceso: agosto de 2021]. Un ejemplo de la versión moderna lo contiene la STS, Sala de lo Penal, 210/2021, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1155). Por su parte, resulta curioso el titular de la noticia que difunde el periódico *La Vanguardia* en alusión al timo del tocomochó: «El timo del tocomochó se resiste a morir» (En línea: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20201104/49233571680/tocomochó-timo-avila-jubilado-detenido-loteria.html>. Último acceso: agosto de 2021).

² Así expresado son varias las aristas que presenta tal aserto: desde la ciencia de la legislación hasta la política criminal, pasando por otros muchos aspectos, caso de la teoría de la argumentación. Vid. unas interesantes reflexiones sobre esto último en SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2013). «Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal», *InDret*, n.º 3, pp. 1-21. Dicho de modo hartó sintético, en lo que ahora interesa, lo contrario a lo afirmado en el cuerpo del texto –esto es, que la norma

hacer un paralelismo con el concepto «terrorismo». Se constata que se ha extendido el recurso al mismo para calificar hechos u opiniones muy dispares y disímiles, incluso, coloquiales. Me sirve mucho en términos pedagógicos expresiones como «terrorismo culinario», al que se recurre para calificar la extravagancia de incorporar un determinado ingrediente a una receta. Pues bien, incluso en sede político-criminal, es a todas luces evidente que técnicamente las garantías y reglas de imputación deben impedir que el concepto terrorismo abarque todo –excluidas de antemano, claro está, las simples manifestaciones propias del lenguaje coloquial, periodístico o político–, aun cuando haya transmutado el paradigma definitorio desde una concepción estructural (la pertenencia a, o la colaboración con, una organización o grupo terrorista) a una concepción teleológica (cometer un delito grave guiado por unas determinadas finalidades)³.

En otro orden de cosas, si van relajándose las exigencias típicas, es obvio que se amplía el ámbito de punición. Esto no es incorrecto en sí mismo, siempre y cuando ello no suponga desvirtuar la figura hasta hacerla irreconocible; sobre todo, cuando es el propio legislador el que, al menos en apariencia, define el marco, persistiendo en el concepto y en la definición clásicos.

El problema surge, a mi entender, cuando se van incorporando novedosos supuestos de hecho que no responden a lo que el propio legislador dice que la figura es, con el beneplácito de sectores de la doctrina, y de la jurisprudencia, al mismo tiempo que se sigue negando que determinados hechos fácticos deban encontrar encaje típico en la misma figura. Así, conforme al art. 248.1 CP español,

«Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Con esta definición se admite, y se condena, como estafa a determinados fraudes informáticos, los cuales no requieren ni engaño ni error. De

debe contener siempre y en todo caso lo que el pensamiento lego exprese– no deja de ser una manifestación de populismo legislativo. Siendo inabarcable la literatura sobre la materia, me permito remitir a VIVES ANTÓN, T.S. (2011). *Fundamentos del sistema penal*. 2.^a edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 663-688. Sobre algunas manifestaciones del populismo punitivo, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018). *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 93-110; NAVARRO CARDOSO, F. (2020). «Retos del Derecho Penal global», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, pp. 1043-1092.

³ Vid. NAVARRO CARDOSO, F. (2018). «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 1-27, 7.

igual modo, se admite, y se condena, hechos que se califican como estafa procesal, la cual no requiere acto de disposición, o no, al menos, en sentido estricto⁴.

Frente a ellos, se sigue negando, con contumacia, la criminalización de los incumplimientos contractuales. Seguramente sea correcto la exclusión del ámbito de punición de la estafa de estos supuestos –y lo expreso en estos términos no categóricos porque no son el objeto de estas reflexiones–⁵; pero al mismo tiempo se asiste a una flexibilización del principio de simultaneidad del dolo por parte de la jurisprudencia⁶.

El *phishing*, y algo más (pues en sí mismo dogmáticamente hablando no es más que un acto preparatorio), no deja de ser una estafa bien clásica en tiempos cibernéticos; una versión moderna del timo del familiar⁷.

Para concluir este epígrafe, me sirve igualmente en términos pedagógicos la reflexión de Paredes Castañón cuando dice, hablando de adecuación social y riesgo permitido, que no pueden ser exactamente lo mismo, si queremos que las palabras signifiquen algo⁸. Abordamos, pues, esta evolución «de la estafa y otros engaños»; constreñidos, eso sí, al espacio concedido en esta publicación colectiva.

II. CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA ESTAFA

«De las estafas y otros engaños» ha sido el título tradicional de la parte del Código Penal que agrupaba eso, la estafa y otros fraudes.

Es muy ilustrativo el primer párrafo del conocido y excelso trabajo de don José Antón Oneca. En 1957 publicó el entonces catedrático de

⁴ SOLAZ SOLAZ, E. (2013). *La estafa procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 243-252, 245.

⁵ Vid., últimamente, FERNÁNDEZ ZACUR, J. M. (2021). «Sobre la incidencia penal del incumplimiento contractual», *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, n.º 5, pp. 1281-1296.

⁶ VENTURA PÜSCHEL, V. (2018). «El dolo penal», en Quintero Olivares, G. et. al (dirs.), *Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la pena*. 4.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 83-90, 85.

⁷ Tocar en una casa y hacerse pasar por un familiar del residente (conociendo su nombre y apellidos, p.ej., por figurar en el buzón o en el portero automático), contar que está pasando en ese preciso instante una calamidad, y conseguir que se le «preste» dinero; sin la intención, obviamente, de hacerlo.

⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (1995). *El riesgo permitido en el Derecho Penal*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones, p. 84: el concepto de adecuación social «no puede coincidir plenamente con el de riesgo permitido, si es que las palabras han de gozar de algún valor semántico propio, y no convertirse en meras fórmulas vacías».

Derecho Penal de la Universidad de Salamanca un artículo titulado «Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la Jurisprudencia». Propuso la siguiente definición:

«Estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero»⁹.

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente cambió la redacción del artículo 528 del Código Penal entonces en vigor, y quedó el primer párrafo con el siguiente tenor, inspirado claramente en la citada publicación de Antón Oneca, como la doctrina de modo unánime reconoce:

«Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero».

La redacción hasta ese momento era:

«El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio será castigado», detallándose a continuación una escala de penas en función del valor de la defraudación.

La reforma suscitó un intenso debate, si bien se generó, en términos generales, un cierto consenso en torno a la configuración típica de la estafa, tanto doctrinal como jurisprudencial¹⁰.

En paralelo a ello, junto a la estafa se prevenían otros hechos (arts. 529 ss. CP derogado), igualmente defraudatorios, pero la legislación anterior a la citada reforma se cuidaba de calificarlos como estafas, motivo por el cual la sección tenía como rúbrica «de la estafa y otros engaños»¹¹.

⁹ ANTÓN ONECA, J. (1957). «Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la Jurisprudencia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX. Separata. Barcelona: Editorial Francisco Seix, pp. 57-90.

¹⁰ Vid. CUELLO CALÓN, E. (1961). *Derecho penal. Parte especial*, t. II. 11.ª edic. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, pp. 800-807; QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1977). *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. II. 2.ª edic. Madrid: Edersa, pp. ; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (1977). *Derecho penal español. Parte especial*. 7.ª edic. Madrid, pp. 449-457; y la jurisprudencia ahí citada.

¹¹ En línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>. Último acceso: agosto de 2021.

El vigente Código Penal, desde su redacción originaria, cambió la intitulación de la sección, y comenzó a llamarse «de las estafas». Pero desde un principio la doctrina se encargó de advertir que, en realidad, ya las nuevas modalidades que se empezaron a introducir no eran, en realidad, estafas, como tampoco lo eran otras modalidades defraudatorias preexistentes (las llamadas estafas impropias del art. 251 CP)¹².

III. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO

En definitiva, la imaginación del delincuente ha propiciado la evolución de aquellos otros engaños; y cuando se abordan esas nuevas modalidades delictivas defraudatorias, reitero, puede constatarse que son muchos los autores que evitan el recurso al sustantivo estafa y lo sustituyen por otro, fraude, que aparenta ser sinónimo, pero que no lo es, o no debiera serlo, tan claro como lo tuvo ya el «legislador» predemocrático¹³.

Si nos asomamos a la actual regulación de la estafa en el Código Penal español, sirve de fiel banco de prueba de esta evolución, pero con un cambio sustancial, ya apuntado: desapareció de la rúbrica de la sección la palabra fraude. Es obvio que el legislador quiere que admitamos que todos los tipos penales contenidos en dicha sección son modalidades del delito de estafa.

Cuando se desciende a la tipificación concreta, destaca que también considera estafa otros hechos, los del apartado segundo del art. 248. Más aún: también se preocupa de advertir que los tipos previstos en el art. 250 son tipos agravados –dogmáticamente hablando, cualificados respecto del tipo básico–. No sucede lo mismo con los hechos previstos en el art. 251. Es más, tradicionalmente la doctrina se ha referido a ellos como «estafas impropias», como ya dijimos¹⁴.

¹² Vid. MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho penal. Parte especial*. 15.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 426.

¹³ Entrecomillo legislador por lo que tendrían que ser obvias razones democráticas. Y hago esta apostilla porque creo que, en estos momentos de obscuro blanqueamiento por parte de un sector de la sociedad española de la Guerra Civil, producto de un fallido golpe de estado por un grupo de militares frente al régimen constitucional establecido, y de la ulterior dictadura del general Franco, el Estado democrático de derecho exige serena pero indubitada militancia activa, donde mi maestro, el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ha sido también un referente para mí, sin duda aprendido de su maestro, D. Marino Barbero Santos.

¹⁴ El art. 250 comienza diciendo: «El delito de estafa será castigado...». Por su parte, el art. 251 dice: «Será castigado...», sin mencionar la palabra estafa.

Volviendo al art. 248 CP, contiene la reproducida definición de estafa en el apartado primero. De hecho, somos muchos los profesores que les decimos a nuestros alumnos que dicha definición es de las pocas que contiene nuestro texto punitivo (con la de alevosía, documento, funcionario y algunas más). Es una versión de la clásica definición de Antón Oneca a la que antes aludimos. Algunas consideraciones teóricas merece esa definición; sobre todo, por las consecuencias que en la práctica judicial ha tenido. A algunas nos referiremos.

Cuando llegamos al apartado segundo del citado precepto, no debe pasar desapercibido que comienza señalando: «También se consideran reos de estafa: ...». No dice «también se consideran estafa», sino que va mucho más allá. En tanto afirma lo que afirma, que también son reos de estafa, está dando por supuesto que lo que a continuación prevé encaja perfectamente en la definición del apartado primero, y nada más lejos de la realidad: en la letra a) se recoge un fraude informático, en la letra b) unos actos preparatorios, y en la letra c) un uso indebido. Nada que ver con el clásico engaño bastante para provocar un error en otro, a resultas del cual se realiza un acto de disposición patrimonial que provoca un perjuicio patrimonial.

Podríamos hacer correr en paralelo este discernimiento con la previsión del art. 28 CP en materia de autoría. La propia redacción del inicio del párrafo segundo permite salvar nuestros títulos de imputación personal, entendiendo que hay tres formas de autoría y tres de formas de participación. El citado párrafo comienza diciendo «también serán considerados autores», y solemos añadir nosotros en nuestras explicaciones en clase, «a efectos de pena», o en expresión más extensa, «aunque no lo sean, si bien merecen la misma pena»¹⁵.

Por el contrario, el apartado segundo del art. 248 CP no comienza diciendo «también se considera estafa». No, dice otra cosa bien distinta: «también son reos del delito de estafa», y añadimos, «el cual se encuentra definido en el apartado primero».

Bien es cierto que si sometemos a un estricto análisis la vieja definición de estafa, pronto advertimos que, en realidad, no encaja bien en ninguna de nuestras clasificaciones de delito, pues el tipo objetivo está conformado, en su concepción clásica, por una suerte de causalidades concatenadas¹⁶,

¹⁵ Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2016). «Autoría y participación», en Berdugo Gómez de la Torre, I. *et. al*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3.^a edic. Barcelona: Ediciones Experiencia, pp. 363-374; Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. 10.^a edic. Barcelona: Reppertor, pp. 376-379.

¹⁶ V.gr., como ya sostuvo en su momento QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (1986). *Derecho penal español. Parte especial*, t. II. Barcelona: Librería Bosch, p. 308: la estafa es un tipo

lejos de las estructuras propias de los delitos de lesión y de resultado: un resultado lesivo imputable objetivamente a una conducta en tanto materialización del riesgo implícito en esta.

Frente a lo anterior, es posible acomodar, sin forzar, la definición clásica a las reglas de imputación (material y normativa) de la teoría del delito: una conducta, un engaño idóneo (en tanto bastante como para generar un error en otro), al que se le imputa un resultado, un acto de disposición perjudicial. Una rapidísima matización: puede argüirse que el acto de disposición no puede ser el resultado, sino que lo es el perjuicio patrimonial. Tampoco afirmo lo primero en sentido contrario, del mismo modo que no afirmo que basta un engaño para superar el juicio de tipicidad en lo que se refiere a este elemento típico: tiene que ser idóneo, es decir, bastante como para inducir a error a otro. Del mismo modo, el acto de disposición tiene que generar un perjuicio para entender producido el resultado (delito de resultado) y lesionado el bien jurídico-penal protegido (delito de lesión). De resultas, si fuese posible un acto de disposición que no genere un perjuicio patrimonial, la estafa quedaría en grado de tentativa acabada¹⁷.

Ya hay que forzar la definición –y también el concepto– para poder encajar una manipulación, un acto preparatorio y un uso indebido. Pero

penal con múltiples elementos objetivos unidos todos causalmente e imputables objetivamente unos a otros de manera escalonada; tesis que conservó en la 2.ª edic. de su manual (1992. Barcelona: J.M. Bosch, p. 300), no habiendo podido acceder a la última edición del año 2015 (Valencia: Tirant lo Blanch). Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). Estafas», en González Cussac, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. 6.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 399-420, 399 y 400, donde sostiene que el concepto de estafa no se resuelve en una suma de componentes, pues están unidos no por una causalidad material, sino por una causalidad ideal o motivacional.

¹⁷ En realidad, no planteo una tesis tan novedosa, formulada originariamente en NAVARRO CARDOSO, F. (1998). «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *Revista del Poder Judicial*, n.º 50, pp. 167-201; 174, nota *. En primer lugar, ya sostuvo en su momento GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1985). «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. II, pp. 333-346, que el error carece de autonomía como elemento conceptual de la estafa, y que la idoneidad del comportamiento engañoso debe valorarse de acuerdo con criterios de imputación objetiva; tesis a la que se adhirió en su momento MUÑOZ CONDE, F. (1999). *Derecho penal. Parte especial*. 12.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 404-415, 408. En segundo lugar, este último autor también ya sostuvo que el acto de disposición solo es jurídico-penalmente relevante en cuanto genera un perjuicio patrimonial (*ibidem*, pp. 410-412). Y en el mismo sentido que el texto ya se había pronunciado GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. (1991). *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 433: «El delito de estafa se consuma cuando, a consecuencia de la conducta típica, se produce el resultado típico: la disposición patrimonial lesiva».

como acabo de decir, por igual el concepto: es ya común no llamar a estos casos estafas sino fraudes¹⁸.

Delimitado el primer objeto de la reflexión, surgen otros, necesarios, por otro lado, para que no quede en una consideración meramente nominalista carente de rendimiento material. Haciendo otro paralelismo, superadas las lecciones correspondientes a la tipicidad, pronto les explicamos a nuestros alumnos la diferencia entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material, y las consecuencias dogmáticas que existen en tal distingo.

La jurisprudencia, en general, en los casos previstos en el apartado segundo del art. 248 CP lleva a cabo su esperada labor de subsunción, pero solo en términos que me voy a atrever a llamar nominalista: verificar si el hecho encaja en el supuesto de hecho específico. Pero no debiera ser así. Si los autores de tales conductas son también reos de estafa, habría que verificar o un engaño, un error, un acto de disposición y un perjuicio patrimonial, o un engaño idóneo y un acto de disposición perjudicial. Y si no fuese así, aquí viene otro objeto de este trabajo —que lo dejamos para las consideraciones finales—, el juzgador debiera dictar sentencia absolutoria por cuanto la conducta no supera el juicio de tipicidad.

IV. CONCRECIONES EN SEDE DE EJEMPLOS

Desarrollo muy brevemente tres ejemplos, algunos ya apuntados más arriba, de esa relajación de la estafa: el llamado fraude informático [art. 248.2 a)], el supuesto previsto en la letra b) del art. 248.2 CP, y el uso indebido de títulos ejecutivos o de datos insertos en ellos [art. 248.2 c)].

En cuanto al primero, afirmamos antes que, como cuestión de lógica o razón teórica, no podemos entender como estafa al fraude informático si queremos que las palabras signifiquen algo: aquí no se exige, dicho sea en términos típicos clásicos, ni engaño, ni error, ni que el sujeto pasivo sea el que realice el acto de disposición perjudicial¹⁹.

¹⁸ En este punto son de obligada cita dos trabajos ya clásicos: GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. (1991). *Fraude informático y estafa*, cit.; GALÁN MUÑOZ, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁹ Vid. ROMEO CASABONA, C.M. (2016). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico II. Defraudaciones, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas y daños», en Romeo Casabona, C.M. *et. al* (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*. Granada: Comares, pp. 365-367, el cual sostiene que no cabe hablar de estafa sino de fraude, si bien entiende que se ha recurrido a una «técnica legislativa de equivalencia» en relación con los elementos típicos de la estafa genérica. Cfr. MIRÓ LLINARES, F. (2013). «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a

Yendo más lejos, calificar ese fraude como estafa se torna más complejo aún desde el momento en que el concepto «estafa informática» es empleado para referirse a otros hechos, caso de la suplantación de identidad (*phishing*)²⁰. No obstante, la jurisprudencia equipara la «estafa informática» de la letra a) y el *phishing*²¹.

Respecto al segundo, tal como ya expusimos, la redacción del precepto induce a entender que poseer un programa informático específicamente destinado a la comisión de una estafa [art. 248.2 b) CP], también es estafa. Debiera resultar a todas luces evidente que, dogmáticamente hablando, todo lo previsto en dicha letra no pasan de ser meros actos preparatorios, de una estafa o de un fraude²².

En lo que se refiere al tercero, me vuelvo a reiterar –con disculpas, pues–: no debiera hablarse de estafa si queremos que las palabras signifiquen algo: aquí no se exige ni engaño bastante, ni acto de disposición, ni ánimo de lucro. Es más, se llega a sostener que lo previsto no es más que un ilícito civil²³.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Limitaciones de espacio impiden abordar con la profusión que sería deseable la traslación de la lógica teórica planteada a la sede de hechos enjuiciados. Nos limitaremos a destacar tres resoluciones judiciales que, desde la razón práctica, entendemos que nos permiten confirmar aquella.

La srs, Sala de lo Penal, 509/2018, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3666), confirma la absolución dictada en instancia, por imperativo del principio acusatorio. No obstante, entiende que hubiese cabido condena por haber realizado extracciones bancarias en cajeros automáticos no consentidas por el titular mediante el uso de la libreta de ahorro (y sin que

la responsabilidad de los muleros del *phishing*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, pp. 1-56.

²⁰ Con mayor precisión, MIRÓ LLINARES, F. (2013). «La respuesta penal al ciberfraude...», cit., pp. 5-11.

²¹ Caso del ATS, Sala de lo Penal, de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:9326A); o de la SAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, 176/2011, de 15 de abril (ECLI:ES:APSS:2011:762), la cual solo condena a un sujeto en calidad de cooperador necesario dado que los autores no resultaron identificados (sic).

²² «Técnica deplorable» es la expresión empleada por GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). Estafas», cit., p. 410, para referirse a la redacción de esta previsión.

²³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). Estafas», cit., p. 411.

haya accedido a la clave de acceso mediante ningún artificio informático), vía la letra a) del art. 248.2 CP, dado que la letra c) se refiere solo a tarjetas y cheques de viaje, correspondiéndole a dichos hechos la calificación de «estafa informática».

La STS, Sala de lo Penal, 369/2007, de 9 de mayo, efectúa un ciertamente minucioso análisis de la estafa, en general, y de la estafa informática, en particular. No obstante, confirma en casación la sentencia condenatoria dictada en instancia por un delito de estafa a quien, en registro domiciliario, se le ocupó «material para efectuar las oportunas clonaciones, tales como lectores grabadores, tarjetas alteradas y clonadas y numeraciones, documentación alterada, cámaras, tarjetas electrónicas, tarjetas regalo de El Corte Inglés y software apropiado para la lectura y copiado de tarjetas de crédito». Tales hechos «merece[n] la única respuesta punitiva de la estafa» prevista en el art. 248.3 CP, al momento de enjuiciamiento de los hechos, actual 248.2 b).

La SJP n.º 4 de Valladolid, 359/2018, de 26 de diciembre (ECLI:ES:JP:2018:4132) condena por un delito de estafa previsto en la letra c) del art. 248.2 CP a quien usó la tarjeta de crédito de la empresa y realizó cargos, sin consentimiento de la administradora de la mercantil, por importe de 409,7 euros. Constatados esos hechos («Esto es lo que aquí ocurre. La suma defraudada ha superado –por poco, pero lo ha superado– el umbral de los 400 euros lo que convierte el hecho en delito», es la frase que cierra prácticamente el FD 5º), condena por un delito de estafa previsto en la letra c) del art. 248.2 CP. Reitero, se condenó por usar.

Como he venido haciéndome eco en algunas de mis últimas publicaciones, se viene denunciado por el insigne administrativista Alejandro Nieto que estamos asistiendo al tránsito de un Estado legislativo a un Estado judicial, debido, en apretada síntesis, a que los defectos de los legisladores están siendo suplidos por los jueces, en una suerte de recreación del Derecho²⁴. En el caso que ahora con brevedad nos ha ocupado probablemente se aspiraba a otro resultado: a constatar que las carencias legislativas eran corregidas por los jueces, y sin apartarse de su estricta función jurisdiccional, no condenando allí donde, en aplicación de los principios y garantías, las previsiones normativas desdibujan un delito hasta hacerlo irreconocible. Erigir las garantías y las reglas de imputación, no en sentido clásico como límites del *ius puniendi*, sino como principios ordenadores del aquel, fue una de las más insistentes primeras enseñanzas de mi

²⁴ Por última vez, NAVARRO CARDOSO, F. (2021). *El delito de contaminación acústica*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 16, con cita de remisión a obras de Nieto donde aborda esta cuestión/denuncia.

maestro y amigo el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Es lo que aquí he pretendido. En todo caso, espero haber cumplido, como dice él, al menos una de las funciones principales de un profesor universitario: hacer dudar²⁵. Gracias, de todo corazón, Ignacio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J. (1957). «Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la Jurisprudencia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX. Separata. Barcelona: Editorial Francisco Seix, pp. 57-90.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018). *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Salamanca: Universidad de Salamanca.
- CUELLO CALÓN, E. (1961). *Derecho penal. Parte especial*, t. II. 11.ª edic. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- FERNÁNDEZ ZACUR, J.M. (2021). «Sobre la incidencia penal del incumplimiento contractual», *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, n.º 5, pp. 1281-1296.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2016). «Autoría y participación», en Berdugo Gómez de la Torre, I. et. al, *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª edic. Barcelona: Ediciones Experiencia, pp. 363-374.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1985). «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. II, pp. 333-346.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII). Estafas», en González Cussac, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. 6.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. (1991). *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. 10.ª edic. Barcelona: Reppertor.
- MIRÓ LLINARES, F. (2013). «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15.
- MUÑOZ CONDE, F. (1999). *Derecho penal. Parte especial*. 12.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho penal. Parte especial*. 15.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 426.
- NAVARRO CARDOSO, F. (1998). «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *Revista del Poder Judicial*, n.º 50, pp. 167-201.

²⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018). *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», cit., pp. 14, 49-54, 57-64, 111-115.

- NAVARRO CARDOSO, F. (2018). «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 1-27.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2020). «Retos del Derecho Penal global», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, pp. 1043-1092.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2021). *El delito de contaminación acústica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (1995). *El riesgo permitido en el Derecho Penal*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (1986). *Derecho penal español. Parte especial*, t. II. Barcelona: Librería Bosch.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (1992). *Derecho penal español. Parte especial*. 2.ª edic. Barcelona: J.M. Bosch.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1977). *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. II. 2.ª edic. Madrid: Edersa.
- RODRÍGUEZ DEvesa, J.M. (1977). *Derecho penal español. Parte especial*. 7.ª edic. Madrid.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2016). «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico II. Defraudaciones, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas y daños», en Romeo Casabona, C.M. *et. al* (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*. Granada: Comares.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F.G. (2013). «Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal», *InDret*, n.º 3, pp. 1-21.
- SOLAZ SOLAZ, E. (2013). *La estafa procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VENTURA PÜSCHEL, V. (2018). «El dolo penal», en Quintero Olivares, G. *et. al* (dirs.), *Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la pena*. 4.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 83-90.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2011). *Fundamentos del sistema penal*. 2.ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch.

Derecho a morir con dignidad y deontología médica. Una contribución gestada en Salamanca

Luis Fernando Niño



*«Incluso cuando la razón aconseja poner fin a la vida,
la resolución hay que tomarla sin temeridad ni precipitación»
Séneca¹*

—I—

LA OPORTUNIDAD QUE ME BRINDAN las y los miembros de la Comisión Organizadora de este merecido tributo al querido profesor y amigo Ignacio Berdugo me retrotrae a mediados de octubre de 1985.

Recién llegado a España, por iniciativa del recordado maestro Don Marino Barbero Santos, a la cálida acogida del grupo humano que poblaba el Departamento de Derecho Penal del antiguo claustro salmantino sucedió la —no menos afectuosa— recepción por parte de Don Ignacio en su despacho. Al esbozar ideas respecto de un posible tema de tesis doctoral a emprender por mí en esa suerte de año sabático, su indicación fue terminante: la eutanasia y su relevancia en el ámbito jurídico-penal. Me permití rehusar tal sugerencia, explicándole que, debido a mis funciones como oficial —y luego como secretario letrado— de un juzgado de instrucción de Buenos Aires, llegaba yo a esa prometedor estancia académica entelerido de historias de muerte y de dolor, emergentes, en gran medida, de las acciones de habeas corpus promovidas ante aquella sede judicial por familiares de individuos desaparecidos, víctimas de la dictadura militar padecida

¹ Séneca: «Epístolas morales a Lucilio», Libro III, Epístola 24, Gredos, Madrid, 1986, p. 203.

por el pueblo argentino desde 1976. Ignacio reflexionó y me propuso presentarle una lista de veinte temas, entre los cuales él seleccionaría el más conducente. Por indicación de mis condiscípulos, incluí al confeccionarla, si bien en el último renglón, la materia inicialmente elegida por nuestro homenajeado de hoy; huelga aclarar lo sucedido al presentársela.

A su sabia y premonitoria insistencia de aquel día y a su sostenido consejo ulterior debo, pues, la apreciada obtención del «cum laude» por unanimidad, el inacabado entusiasmo por profundizar conocimientos en una materia de hondo contenido filosófico y jurídico y –tal como he de relatar seguidamente– la satisfacción de haber contribuido a la redacción de uno de los instrumentos que guía hasta el presente el comportamiento de los profesionales nucleados en la Asociación Médica Argentina y en la Sociedad de Ética en Medicina.

–II–

Abocado a la trascendente labor encomendada, una preocupación inicial consistió en perfilar acabadamente el concepto basilar, para distanciarlo de toda una batería de especulaciones eugenésicas y económicas, que habían alcanzado su más abyecta concreción en el desvarío genocida de la Alemania nacionalsocialista². Adopté, por lo tanto, una definición que condicionaba la anticipación intencional de la muerte de otro, como acto médico, incluyendo dos notas insoslayables: el exclusivo interés de este último y la inminencia de su deceso debido a grave enfermedad o accidente.

Aun así, la tarea habría de resultar ardua si lo que se procuraba era proyectar una herramienta teórica que aportase a los respectivos marcos –jurídico y deontológico– unas pautas tan claras como pasibles de aceptación, por parte de sendos colectivos involucrados, el del Derecho, mayoritariamente conservador³, y el de la Medicina, signado por el trazo

² Valga recordar que, para entonces, aún no había transcurrido siquiera medio siglo desde la fecha en que Adolf Hitler facultó al jefe de su cancillería, Philipp Bouhler, y a su médico personal, Karl Brandt, para organizar, bajo el eufemismo *Gnadentod* (muerte compasiva o por misericordia) el exterminio de miles de personas física o psíquicamente enfermas, reputadas «incurables». V. sobre el tópico, la interesante monografía de RUIZ ESCRIBANO, A., «Prácticas eutanásicas en el nazismo», Universidad Pública de Navarra, Facultad de Ciencias de la Salud, Pamplona, 2014.

³ No en vano figuras enroladas en el positivismo moderado o corregido, como el recordado catedrático Peces Barba han sabido señalar ese rasgo, ínsito al mundo de los juristas globalmente considerado, alertando que aceptar la positividad del Derecho

indeleble del milenarismo juramento hipocrático, con su drástica veda de la eutanasia activa directa⁴.

Por lo demás, el panorama que arrojaba el Derecho Comparado en 1985 no lucía propicio para posturas de avanzada en la materia. De hecho, cabe recordar que los intentos de brindar un fundamento legal a la eutanasia en los Países Bajos, practicada por algunos médicos al incierto amparo de las «directrices de procesamiento» de la Fiscalía y de las decisiones del Tribunal Supremo de ese país, sólo lograron concreción en abril de 2002, toda vez que, desde el 1.º de enero de 1990 y hasta entonces, apenas existió una Orden ministerial (*Meldingsprocedure Euthanasie*) lograda mediante trabajosos acuerdos del Fiscal General ante aquel Tribunal con la Asociación Médica Holandesa, la que incluía un alambicado procedimiento de notificación a cargo de los facultativos, en casos de eutanasia o ayuda al suicidio, unido a un certificado de no objeción del fiscal para el levantamiento del cadáver⁵.

Luego, al cabo de seis años y medio de estudios –iniciados en España y continuados en Argentina–, sumados a provechosas entrevistas con profesionales del arte de curar y a no menos ilustrativas visitas a unidades hospitalarias de terapia intensiva, en la culminación de la tesis doctoral, consagrada al derecho a morir con dignidad y a las consecuencias jurídicas de su reconocimiento⁶, me limité a proponer una reforma puntual del vetusto Código Penal argentino, vigente desde 1922 hasta nuestros días,

exige, como contrapeso, «la crítica a esa positividad, a fin de evitar derivar hacia las posiciones conservadoras» (PECES BARBA, G., Introducción a la Filosofía del Derecho, Debate, Madrid, 1994, p. 193).

⁴ Baste señalar que fue, apenas, en 2017, en ocasión de la 68.ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, celebrada en Chicago, EUA, que se incluyó en el texto de la Declaración de Ginebra de 1948 de dicha Asociación, la cláusula que compromete a todo miembro de la profesión médica a respetar «la autonomía y la dignidad del paciente». La frase atribuida a Hipócrates y recogida por Galeno, vigente durante dos milenios y medio, que enfatizaba: «(j)amás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo...», fue reemplazada por la que, tras el reconocimiento de aquellos dos bienes en cabeza del paciente, reza actualmente: «(v)elar con el máximo respeto por la vida humana». Tal como acertó a destacar en su hora el coordinador de Relaciones Internacionales de la Organización Médica Colegial de España, Dr. José Ramón Huerta, esa trascendente modificación conjuga los cuatro principios fundamentales de la Ética médica: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia (fuente: <http://www.medicosypacientes.com/articulo/el-juramento-medico-se-actualiza-e-incorpora-por-primera-vez-la-autonomia-del-paciente>, consultado el 20/6/2021).

⁵ Van KALMTHOUT, A. M., «Eutanasia: el ejemplo holandés», en «Eguzkilore», Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º 9, 1995, p. 163-193.

⁶ Defendida en el ilustre claustro histórico de la Universidad de Salamanca el 10 de abril de 1992.

pero objeto de más de novecientas reformas a lo largo de casi un siglo de existencia.

La innovación consistía en complementar el tratamiento del delito de instigación y ayuda al suicidio⁷, curiosamente inalterado –inclusive hasta el presente, pese a la multitud de modificaciones introducidas en dicho cuerpo de leyes– mediante la introducción de una fórmula tendente a extraer del universo de los delitos y de las penas determinadas modalidades ortotánásicas practicadas o dirigidas por médicos.

Por las razones precedentemente expuestas, lejos de pretender situarme a la vanguardia, pero en base a un razonamiento de Dogmática penal, escrupuloso en el más estricto sentido del término, y obedeciendo a mi propio reconcomio sobre el tópico, estimé ajustado a derecho dejar fuera del marco del precepto proyectado a la llamada eutanasia activa directa, limitándome, pues, a justificar dos modalidades de procedimiento encuadrables, respectivamente, en la eutanasia pasiva y en su específica variante contemporánea, la adistanasia o antidistanasia; y a reputar genéricamente atípica por conglobación⁸ la eutanasia activa indirecta o de doble enlace⁹.

⁷ «ARTÍCULO 83. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado».

⁸ Conforme a la construcción teórica iniciada casi medio siglo atrás por el Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires Eugenio Raúl Zaffaroni y continuada, con matices diferenciales, por el autor de esta aportación, cabe distinguir dos funciones en el tipo objetivo doloso: la sistemática, que provee los componentes objetivos del análisis aislado del tipo, y la conglobante, que deriva de la necesidad de reconsiderar el alcance de la norma antepuesta al tipo, a partir de su conglobación con el resto del ordenamiento normativo. Así, se descartará la relevancia jurídico-penal de la conducta en examen si no ha existido afectación al bien jurídico de que se tratare, o tal afectación fuere insignificante; o bien, si otra norma, prevaleciente en la especie, ordenare o fomentare tal conducta; o, por fin, si mediare aquiescencia –acuerdo o consentimiento– del titular del bien jurídico objetivamente afectado. Un desarrollo más extenso del tópico, en NIÑO, L. F.: «El bien jurídico como referencia garantista», 2.^a ed. actualizada y ampliada, Fabián Di Plácido editor, Buenos Aires, 2020.

⁹ La regla en cuestión, incluida en NIÑO, L. F., «Eutanasia –Morir con dignidad– Consecuencias jurídico-penales», Editorial Universidad, 2.^a reimpresión, Buenos Aires, 2005), rezaba así: «ARTÍCULO 83 bis: No será punible la abreviación del curso vital de una persona cuyo deceso se reputare inminente a raíz de grave enfermedad o accidente, cuando fuere causada por un médico o bajo su dirección, en establecimiento sanitario acreditado, contando con el acuerdo libre y expreso del paciente, actual o previamente formalizado, o con el consentimiento de sus representantes legales, si aquél ya no se hallare en condiciones psicofísicas de prestarlo, en virtud de alguno de los siguientes actos: 1.º Retiro de los medios artificiales de reanimación de las funciones cardiorrespiratorias, en estados comatosos irreversibles, juzgados tales según dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección haya de practicársela. 2.º Abstención o retiro de las medidas terapéuticas de cualquier

Complementando esa tríada de modalidades de actuación, la propuesta incluía la posibilidad de llevar a cabo terapias experimentales, *«siempre que mediare acuerdo del asistido o consentimiento formal de sus representantes, y que la ponderación de probables ventajas y riesgos derivados de la experimentación la justificase, en función exclusiva del interés del afectado»*.

–III–

De regreso en Buenos Aires, y a raíz de la publicación del libro que sintetizaba mi tesis doctoral, conocí a una pléyade de eminentes médicos, entre ellos los Dres. Carlos Gherardi, Director del Comité de Ética del Hospital de Clínicas «José de San Martín», dependiente de la Universidad de Buenos Aires, Juan Carlos Tealdi, docente de ese mismo hospital universitario y José Alberto Mainetti, médico y filósofo de la Universidad Nacional de La Plata. El contacto fructificó y, tras encuentros mantenidos con el primero de ellos, junto a las Doctoras Gladys Mackinson y Stella Maris Martínez y al Dr. Luis Guillermo Blanco, en el ámbito del Instituto de Investigaciones «Ambrosio Gioja», de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, dirigido en aquel entonces por otro recordado maestro, el Dr. Germán Bidart Campos, se proyectó la creación de la primera Asociación Argentina de Bioética, que, en su hora, hubo de tener su sede en Mar del Plata, dependiendo de la Universidad Nacional de dicha ciudad bonaerense.

Paralelamente, y merced a los beneficios de la interdisciplina, tuve ocasión de modificar la fórmula inicial, actualizándola al compás de nuevas categorías incorporadas por la Medicina intensiva; en consecuencia,

índole destinadas a combatir patologías intercurrentes o nuevas manifestaciones de un proceso patológico ya diagnosticado, cuando se las juzgare desproporcionadas respecto del caso, tomando en cuenta los padecimientos o mortificaciones que su implantación o mantenimiento ocasionaría al afectado, en relación con su nula o escasa efectividad, según dictamen emitido con los requisitos previstos en el número anterior. 3.º Suministro proporcionado de sustancias analgésicas, sedantes o ansiolíticas destinadas a aliviar los padecimientos físicos o psíquicos del asistido, aprobado por dos médicos especialistas distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección tuviere lugar tal suministro. Las medidas previstas no implican el retiro de los medios de hidratación y nutrición, así como la de aquellas relativas a higiene y cuidados propios de la situación del asistido, hasta tanto se comprobare su muerte en los términos de la Ley 24193...». Cabe aclarar que la ley de marras es la que regula la ablación y trasplante de órganos (B.O. 26/4/1993, que continúa en vigor, a despecho de algunas reformas de su texto que no han modificado su artículo 23, que define la muerte cerebral.

hube de sustituir el constructo «estados comatosos irreversibles» por dos diagnósticos clínicos diferenciados, –estados vegetativos persistentes y permanentes, respectivamente– distinguiendo, de tal suerte, el acto médico de retiro de los medios artificiales de reanimación de las funciones cardiorrespiratorias, en estados vegetativos persistentes, del consistente en el retiro de los medios de hidratación y nutrición, en estados vegetativos permanentes¹⁰.

Modernizada de tal manera la fórmula original de mi tesis, ella configuró mi aportación fundamental a una singular obra colectiva, compuesta veinte años atrás, que continúa representando un baluarte en materia de Deontología Médica en la República Argentina. En efecto, en el año 2000 fui escogido como relator para la primera edición del Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina, a presentarse al año siguiente, en conmemoración de los 120 años de dicha Asociación, publicación que contó con la colaboración de la Sociedad Argentina de Ética en Medicina¹¹.

Dicho instrumento normativo cuenta hasta el presente con tres ediciones, la última, realizada por la Universidad del Aconcagua (Mendoza, Argentina), apareció en diciembre de 2016. Ha sido traducido a doce idiomas: Inglés, Francés, Portugués, Griego, Ruso, Árabe, Hebreo, Italiano, Japonés, Holandés, Alemán y Checo¹².

Comparar el enunciado transcrito en la nota 9 con el contenido de los capítulos 33 y 34 del referido Código de Ética, dedicados, respectivamente, al cuidado del paciente incurable y a la problemática de la eutanasia y el suicidio asistido, permite apreciar el puntual aprovechamiento –que

¹⁰ Baste anotar aquí que, en el estado vegetativo persistente, el paciente puede mantener espontáneamente las constantes y funciones vitales, así como el ritmo sueño-vigilia, pero carece de cualquier tipo de contacto con el mundo exterior, así como de toda actividad voluntaria. Se lo ha definido como persistente en aquellos casos en que se mantiene durante un período superior a un mes. Para calificarlo de permanente se distingue según las causas que lo han originado: si se trató de un paro cardíaco, cabrá considerarlo tal al cabo de un mes; si ha sido otra la circunstancia desencadenante, la calificación varía a los tres meses; si se debiera a un traumatismo craneano, sólo se lo reputará permanente transcurridos los doce meses (v. GRAU VECIANA, J. M., Revista «*Medicina Intensiva*», vol. 28, n.º 3, Madrid, marzo 2004, p. 108-111; FUSTINONI, O. et al., «*Suspensión de soporte vital en el estado vegetativo permanente y muerte digna*», Revista «*Medicina Buenos Aires*», edición digital, vol. 80, año 2020, n.º 1, Buenos Aires, enero-febrero 2020).

¹¹ Justo es recordar aquí a los tres facultativos que coordinaron la tarea, Dres. Elías Hurtado Hoyo, Horacio Dolcini y Jorge Yansenson.

¹² Puede ser consultado en <https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/CODIGO%20DE%20ETICA%203ra%20Edici%C3%B3n.pdf>

alcanza la transcripción textual en diversos pasajes¹³— por parte de los esforzados redactores finales del referido digesto, de unas normas ideadas, perfiladas y acuñadas en el transcurso de la preparación y presentación de la labor académica iniciada y concluida por quien suscribe, bajo el augusto soto de torres que Don Miguel de Unamuno supo inmortalizar, con el querido Ignacio Berdugo como impulsor y mentor.

He tenido el honor de contribuir a la confección de esa valiosa guía del proceder de médicos y paramédicos junto a un nutrido y destacado elenco de profesionales de distintos ámbitos científicos, entre los que cuadra destacar aquí a la Dra. Stella Maris Martínez, con sus valiosas asistencias en materia de manipulación genética originadas, al igual que en mi caso, en la ardua labor intelectual que reclamó durante más de un lustro la preparación de las respectivas tesis doctorales, con la tutoría y el apoyo de Don Ignacio¹⁴.

—IV—

La positiva recepción alcanzada por mi propuesta en el estricto plano deontológico médico no logró correspondencia en el ámbito legislativo.

A pesar de la evidente medida de la figura sugerida como complemento del tipo legal de instigación y ayuda al suicidio —aquel hipotético artículo 83 bis del Código Penal, con su oportuno añadido respecto de los estados vegetativos y su respectivo abordaje— el solitario intento de un legislador nacional de tratarla sobre tablas, a la hora de debatirse diversos proyectos de ley de los derechos del paciente presentados a partir de la reforma constitucional de 1994, no pudo prosperar y, tras perder estado parlamentario tales instrumentos, por falta de quorum, al filo del nuevo siglo ella quedó en el desván de los buenos intentos.

Sin embargo, factores tales como los constantes avances registrados en materia de Biomedicina y las mutaciones habidas en la relación médico-paciente, así como la propia publicación del mencionado Código de

¹³ Véase en particular la redacción de los artículos 553 a 557 del Capítulo 34 de dicho ordenamiento.

¹⁴ La tesis de la Dra. Martínez, defendida en el antiguo claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, el 10 de abril de 1992, y calificada «cum laude» por unanimidad, fue editada bajo el título «*Manipulación genética y Derecho Penal*» (Universidad, Buenos Aires, 1994), con prólogo, al igual que en mi caso, del Profesor Dr. Elías Neuman. Actualizada luego por la autora, fue traducida al Portugués y publicada por el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, bajo el título «*Manipulação Genética e Direito Penal*», São Paulo, 1998.

Ética¹⁵ impulsaron, unos años más tarde, la presentación de nuevas iniciativas vinculadas al tópico en el Congreso Nacional, cuya sucesiva concreción permite afirmar hoy que, a despecho del mantenimiento de algunas cláusulas restrictivas, el principio de autonomía del paciente, extendido –según los casos– a su grupo familiar, prepondera en determinadas situaciones críticas y convierte a su decisión, formalmente adoptada, en prenda de su derecho a morir con dignidad.

En la senda de aquel valioso precedente deontológico, el siguiente jalón hacia el reconocimiento del protagonismo del paciente respecto de la toma de decisiones que le afecten, incluyendo la facultad de disponer directivas anticipadas a respetar en el supuesto de hallarse incapacitado para ejercer su autodeterminación, sucedió en mi país en ocasión de promulgarse la ley nacional 26529, bajo el epígrafe «*Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado*», el 19 de noviembre de 2009¹⁶. Mas el principio bioético de autonomía alcanzó una cota de trascendencia mucho mayor al sancionarse la ulterior ley de reformas de esa misma normativa, registrada bajo el número 26742¹⁷.

Veamos: por la primera de tales normas, se incluyó en el elenco de derechos del paciente el de «*aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad*». Con un añadido nada despreciable: el que extiende a los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento del derecho a intervenir, en los términos de la ley de protección integral de los derechos de tales categorías etarias¹⁸,

¹⁵ Prueba de la enorme influencia de dicho documento y de su plena vigencia en términos bioéticos la proporcionan las quince citas a su articulado que jalonan el recentísimo «*Manual sobre los Derechos de los/as Pacientes para el Equipo de Salud*», elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación, Buenos Aires, octubre de 2020. Puede consultarse en: http://www.legislaud.gov.ar/pdf/msres1049_2021anexo1.pdf

¹⁶ Publicada en el B.O. del 20/11/2009.

¹⁷ Publicada en el B.O. del 24/5/2012.

¹⁸ Se trata de la ley 26061, publicada en el B.O. del 26/10/2005. Corresponde aclarar que dicha norma fue dictada en consonancia con las directrices impuestas por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 12 prescribe la obligación de los Estados Partes de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (12.1), y la pareja obligación de dar al niño, en particular, oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (12.2).

a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud¹⁹.

Empero, el giro copernicano en la materia se operó a través de la sanción de la citada ley de reformas, al incorporar al artículo e inciso en cuestión un tercer párrafo fundamental, que consolida el respeto por la autodeterminación del enfermo o accidentado, en las situaciones que prolijamente describe: «(e)n el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable»²⁰.

Es inocultable la ampliación de facultades que tal añadido otorga al paciente en las situaciones descritas. Si en la primera oración cabe predicar que se trata de la opción por la modalidad ortotanásica de la que, en la susodicha tesis doctoral, se señaló como eutanasia pasiva, incluyendo la adistanasia o antidistanasia, en la segunda, el legislador profundizó esas alternativas hasta reconocer el derecho a dar fin a la propia existencia, sin interferencia de terceros, habida cuenta de que a ella conduce, inexorablemente, la abstención o cese de las maniobras de hidratación y nutrición, ante el rechazo, actual o previamente formalizado, por parte del paciente²¹.

¹⁹ L. 26529, art. 2, inc. e, texto original.

²⁰ Lex.cit., art. 3, inc. e, 3er.párrafo, texto reformado por L. 26742.

²¹ La expresa ampliación de los derechos del paciente y, en particular, del ejercicio de su autonomía, emergente de la normativa bajo examen, deja atrás, indudablemente, ciertas prevenciones del Código de Ética para el Equipo de Salud de la AMA, toda vez que en este último, junto a preceptos que justifican el retiro o abstención de los medios terapéuticos, sin limitaciones al respecto, los redactores del texto definitivo se ocuparon de añadir que «(e)n ningún caso el médico está autorizado a abreviar o suprimir la vida de un paciente mediante acciones u omisiones orientadas directamente a ese fin» y –aún más– que «(l)a eutanasia por omisión configura una falta gravísima a la ética médica y a las normas legales. Debe permitirse la muerte del enfermo, pero nunca provocársela».

-V-

Sentado lo anterior, ha menester destacar que el legislador ha empleado la conjunción disyuntiva «o» al describir las situaciones que habilitan al paciente a rechazar las diferentes medidas o procedimientos, aludiendo a quien presente *«una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación»*. Y que idéntica frase utilizó al referirse al consentimiento informado, en el artículo 5.º, inciso g, de la ley en cuestión, a partir de su reforma. Conforme a ello, tanto asiste el referido derecho a quien, por enfermedad o accidente, padece de un mal irreversible e incurable, como a quien presenta un daño irreversible que ha de conducirle a la muerte en breve plazo²². Mas hete aquí que en el anexo que introduce el respectivo decreto reglamentario²³, se desliza una inconsecuencia que obliga a detenerse en la interpretación armónica de una normativa de tan peculiar cariz.

Aunque, al encarar el tratamiento del artículo 2.º, inciso e, de la ley reformada, el decreto en cuestión comienza por declarar solemnemente que *«(e)l paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona»*, más adelante expresa que ese mismo paciente *«podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2.º, inciso e), tercer párrafo de la Ley N.º 26.529, modificada por la Ley N.º 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación»*.

Sobran las razones para desechar una hermenéutica que otorgue validez a esa conjunción copulativa, introducida por decreto, extremo que adicionaría al estado irreversible e incurable la condición de la proximidad del deceso para habilitar el pleno ejercicio del derecho de que se trata. En primer lugar, además de la declamada soberanía del paciente en punto a rechazar todo tipo de terapias o procedimientos, tanto médicos como biológicos, en el propio texto de la ley se mantiene la disyunción entre tales cuadros, en el marco del referido artículo 5.º, inciso g. De modo que una exégesis razonable conduciría a entender que ha existido un yerro en la redacción del anexo que completa el decreto bajo estudio.

Pero, además, concurren argumentos de suprema jerarquía normativa, que neutralizan todo ensayo de validez de una interpretación restrictiva:

²² No sólo en el lenguaje natural es *«terminal»* quien *«está en situación grave e irreversible y cuya muerte se prevé muy próxima»*, como lo define el Diccionario de la Real Academia Española, sino también conforme a documentos deontológicos como el tantas veces aludido *«Código de Ética para el Equipo de Salud»*, en su artículo 537.

²³ Decreto 1089/2012, del 5/7/2012.

cabe mencionar aquí tres de ellos, a saber: a) la drástica veda, dirigida al Congreso de la Nación y a las legislaturas provinciales, respecto de la concesión de cualquier facultad extraordinaria a los respectivos poderes ejecutivos, contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional; b) la genérica prohibición de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, «*salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*», según reza el artículo 76 de dicha Ley Fundamental; c) el paralelo impedimento del Poder Ejecutivo en punto a la emisión de disposiciones de carácter legislativo, «*bajo pena de nulidad absoluta e insanable*», con la estricta excepción de los decretos de necesidad y urgencia, habilitados tan sólo «*cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*», siempre que «*no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos*», y con las limitaciones precedentemente apuntadas.

–VI–

En abono de lo señalado en el apartado anterior, vale traer a colación aquí un memorable precedente judicial en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió confirmar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, de fecha 19 de abril de 2013, que, en lo que aquí atañe, declaraba que no correspondía –siquiera– que un órgano judicial se expidiera concediendo autorización, ante la petición de los parientes de un individuo en estado vegetativo permanente, tendente a la suspensión de toda medida de soporte vital a su respecto, incluidas la hidratación y la nutrición, por cuanto se trataba del ejercicio de un derecho del paciente, expresado en el caso por sus hermanas y curadoras, conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional en su artículo 19²⁴, por la Constitución provincial en su artículo 23²⁵, específicamente, por

²⁴ CN. «*Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*».

²⁵ Constitución de la Provincia de Neuquén: «*Artículo 23: Nadie puede ser privado de su capacidad jurídica, de su nombre, de su nacionalidad originaria o adquirida, por causas políticas o sociales. Nadie podrá ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Ningún servicio personal será exigible sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. Las acciones privadas de los hombres que no afecten el orden y la moral pública ni perjudiquen a terceros, están exentas de la*

los preceptos referidos a ese tópico que precedentemente he señalado, a saber: art. 2.º, inciso e; 5.º, inciso g y 6.º, 2.ª parte, de la Ley N.º 26.529, modificada por Ley N.º 26.742²⁶.

Cuadra apuntar que la resolución de la Corte provincial mencionaba también el pertinente decreto del Poder Ejecutivo Nacional²⁷, sin alusión al cambio gramatical que he señalado en el apartado previo, sea por inadvertencia de los magistrados, sea por haber hecho primar, tácitamente, la cláusula legal sobre la reglamentaria, con base en alguna de las razones que he reseñado.

Lo cierto es que, recurrida tal decisión ante el máximo órgano federal, el dictamen de la Procuradora General de la Nación del 9 de abril de 2014 fue pródigo en argumentos para avalar el decisorio impugnado²⁸. En dicha pieza instrumental se recalca expresamente en la conjunción disyuntiva «o» empleada por el legislador, sin hacer mención expresa al cambio de conjunciones operado en el decreto reglamentario; mas, se incorporan elementos para apuntalar la interpretación auténtica de los artículos en cuestión, con cita del tratamiento de ese punto concreto en el correspondiente debate parlamentario²⁹.

autoridad de los magistrados. En la Provincia no regirán más inhabilitaciones que las dispuestas por los Tribunales competentes en sentencia firme».

²⁶ El caso había cobrado notoriedad a nivel nacional, por la singular cobertura periodística desplegada al respecto. Se trataba de un hombre que, a raíz de las lesiones sufridas en un accidente automovilístico, se mantenía en estado inconsciente desde dos décadas atrás. En el marco de las actividades destinadas a sensibilizar a la comunidad y a las autoridades acerca de la alternativa, constitucional y legalmente fundada, de cesar todo procedimiento de soporte vital del paciente, mucho antes del pronunciamiento de la justicia neuquina, tuve el honor de ser convocado como experto a la «Jornada Derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a una muerte digna», celebrada en el Salón Azul de la Biblioteca de la Universidad Nacional del Comahue, organizada por la Secretaría de Derechos Humanos, Delegación Neuquén, el 11 de noviembre de 2011.

²⁷ V. nota 23.

²⁸ DMA s/ declaración de incapacidad s.e D. 376, L. XLIX. Puede ser consultado en: https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/abril/DMA_D_376_L_XLIX.pdf

²⁹ Señala el dictamen de la Procuración General, en el considerando VII: «(e)llo fue advertido expresamente por algunos senadores en el marco del debate legislativo, y, sin perjuicio de que algún senador expresó su opinión en sentido contrario (cf. Diario de sesiones de la H Cámara de Senadores de la Nación – Periodo 130º – Reunión 5.ª – 3.ª Sesión ordinaria – 19 de mayo de 2012 – versión taquigráfica, p. 49), el texto finalmente aprobado por la mayoría de diputados y senadores contiene el término «o». En forma coherente, esa misma conjunción es utilizada en el artículo 5, que se refiere a la información que corresponde proveer al paciente para que éste otorgue su consentimiento informado». Y enfatiza, por añadidura» que «(m)ás importante aún, la interpretación de la norma de acuerdo con su texto es la que mejor satisface la finalidad de la ley 26742,

Análoga relevancia asume lo señalado en el considerando VIII del dictamen de referencia, al rebatir el argumento de los recurrentes en torno al carácter de los procedimientos de hidratación y nutrición, calificado por aquellos como la provisión de necesidades básicas de todo ser viviente y diferenciado de un mero tratamiento médico extraordinario³⁰.

Entre los criterios vertidos por los diversos comités de Bioética convocados para predicar sobre el caso, la Procuradora General acertó a destacar el del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), que remataba su intervención señalando: «*no se trata de ponerle fin a la vida... Sólo se trata de legitimar moralmente el permitir que la muerte acontezca sin interferencia tecnológica, que en este caso se interpone como obstáculo empecinado en claro perjuicio de la dignidad humana*»³¹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al confirmar la sentencia apelada, hubo de remitir a los innumerables precedentes en que resaltó el valor de la autodeterminación de la persona humana, con

esto es, respetar y garantizar la libertad personal, permitiendo que el paciente decida, a partir de sus propias convicciones personales, la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos médicos y biológicos.

³⁰ En dicho considerando se señala textualmente: «(e)l caso del retiro de la hidratación y la alimentación fue especialmente debatido por los diputados y senadores en el marco de las sesiones parlamentarias. Justamente, allí se consideró que, si bien la hidratación y la alimentación no pueden ser consideradas extraordinarias o desmesuradas, su rechazo puede ser decidido por el paciente en un estado irreversible, incurable o terminal, en atención a que en muchas situaciones son fútiles, esto es, no tienen aptitud para lograr una mejoría de la salud del paciente, sino que su único efecto es prolongar el estadio terminal, irreversible o incurable. En una de las exposiciones se dijo que “[a]lgunos diputados mencionaron que, respecto de ciertas situaciones como la alimentación y la hidratación, si se plantea el requisito de que sean extraordinarias o desproporcionadas, efectivamente nunca se va a poder hacer lugar, porque no son tratamientos desproporcionados, sino que simplemente son procedimientos fútiles, esto es, alargan la situación de mantener latente una vida vegetativa, en estado terminal e irreversible, pero no alivian el sufrimiento, no mejoran y no curan. Por tal motivo, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital, se exige que sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría. Y también se podrán rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando éstos produzcan, como único efecto, la prolongación en el tiempo del estadio terminal irreversible o incurable. De esta forma, abarcamos todos los tipos de procedimientos mencionados, a los efectos de que claramente rija la autonomía de la voluntad para rechazarlos y que la muerte se produzca naturalmente, sin necesidad de prolongarla de manera artificial, dando lugar así al encarnizamiento médico, a procedimientos fútiles o al alargamiento de situaciones de vida vegetativa» (Diario de Sesiones H Cámara de Diputados de la Nación citado, tercera intervención de la Diputada !barra)».

³¹ Dictamen citado, considerando IX, *in fine*.

base en el recordado artículo 19 la Ley Fundamental, *«no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799)»*, reiterando el concepto: *«sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 316:479; 324: 5)»*, deduciendo a partir de esa premisa que *«(e)s en este marco que la ley 26.529 reconoce este derecho a toda persona y dispone lo necesario para asegurar su pleno ejercicio, incluso para casos como el que aquí se examina (conf. artículo 11)»*³².

Esta última referencia es trascendental, puesto que el artículo 11 de la ley no sólo prevé las directivas anticipadas como método de formalizar la voluntad del paciente, sino que ordena al médico a cargo del caso a respetarlas, *«salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes»*. De tal manera, el máximo tribunal diferencia la abstención o el retiro de cualesquiera medidas de soporte vital, incluyendo a la hidratación y la nutrición artificiales, de las referidas prácticas, sentenciando, en buen romance, que esta última frase del texto legal apunta a desterrar, exclusivamente, la que en mi tesis salmantina quedó definida como eutanasia resolutive activa directa. Y, como plausible complemento a la plena admisión de la eutanasia pasiva y de su modalidad contemporánea –adistanasia o antidistanasia– la Corte se esmeró en destacar, en orden a garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente, en las condiciones establecidas por la ley 26.529, que *«(e)n especial, deberá darse cumplimiento con el artículo 2, inciso e, in fine, en cuanto precisa que, en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas :de soporte vital, es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente»*³³.

–VII–

Si se conjuga convenientemente el marco de autonomía diseñado a partir de los artículos 2.º, inciso e, y 5.º, inciso g, de la referida ley argentina de los derechos del paciente con el reconocimiento del derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad

³² CSJN: fallo del 7/7/2015, «CSJ 376/2013 (49-D)/CS1 D., M. A. s/ declaración de incapacidad» (considerando 19). Puede consultarse en: <https://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>

³³ Fallo citado, considerando 29.

o padecimiento, obrante en el inciso h de esta última disposición, es juicioso sostener que en el derecho argentino se ha franqueado el acceso a la disposición de cada individuo respecto de su propio curso vital. Y, tal como lo ha interpretado el supremo órgano jurisdiccional en la sentencia evocada precedentemente, la veda para el desarrollo de maniobras eutanásicas, se circunscribe a la modalidad activa directa.

No menos cierto, empero, es que el recordado artículo 83 del Código Penal argentino habrá cumplido un siglo de vigencia inalterada cuando el *Liber Discipulorum* para el que escribo llegue a manos del digno homenajeado, sin que el fugaz intento de extraer de su marco determinados actos médicos –por cierto, mucho más limitados y condicionados de los que hoy aparecen autorizados, en base a los progresos del principio bioético de autonomía sobre el de beneficencia– haya logrado plasmar en el derecho positivo de mi país.

Mas se torna atinado concluir, si se toman en serio los derechos y se respeta su contenido esencial, su *Wesensgehalt*, que la ortotanasia, admitida como realidad de la moderna Medicina por el propio diccionario de la lengua, que la concibe como «*muerte natural de un enfermo desahuciado sin someterlo a una prolongación médicamente inútil de su agonía*», ha encontrado sitio en dicho ordenamiento jurídico.

Es dable apreciar, por añadidura, que el artículo 11 bis de la misma ley de derechos del paciente advierte que «*(n)ingún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma*». Luego, compaginando la consagración legal de la facultad de rechazar todo procedimiento de soporte vital, incluyendo los de hidratación y nutrición artificial, con el derecho de recibir cuidados paliativos, se completa el cuadro que los profesionales del arte de curar denominan «tratamiento de fin de vida», en el que la abstención o retiro de aquellos procedimientos básicos de sostén vital se combina con la sedación progresiva, típicamente a base de morfina y benzodiazepinas como el *midazolam*³⁴, con la oxigenación por máscara u otro medio de ventilación mecánica y con la prevención y control de situaciones que pudieren

³⁴ La literatura especializada sobre el tópico es prácticamente inabarcable (v. a título de mero ejemplo, la «*Guía de Sedación Paliativa*» publicada en Madrid en 2011 por la Organización Médica Colegial (OMC) y la Sociedad Española de Cuidados (SECPAL). Y la pandemia que actualmente atraviesa la Humanidad no ha hecho más que aumentar su volumen de manera exponencial. V., a título de mero ejemplo, el documento técnico del Ministerio de Sanidad español «*Manejo en domicilio de pacientes al final de la vida que requieran sedación paliativa en el contexto de la pandemia por COVID-19*», Madrid, 19/6/2020,

afectar al paciente, tales como las úlceras habituales en las postraciones de larga data o procesos infecciosos derivados de heridas quirúrgicas. En esa fase terminal, en general, el lapso vital no excede de una semana.

Por las razones expresadas precedentemente, no creo aventurado sostener que, transitando una vía diferente y un tanto más cautelosa que la adoptada por las Cortes Generales españolas al aprobar la ley orgánica 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, el Congreso argentino ha sentado las bases para el reconocimiento del derecho humano, en cabeza de todo individuo, a decidir el desenlace del más arduo drama existencial. Retomando y ahondando el surco trazado por el Código de Ética para el Equipo de Salud, la ley de los derechos del paciente pone hoy al médico a salvo de persecuciones judiciales y libra al paciente de ser objeto de algunas de las situaciones que aquel inestimable pionero de la Bioética, el médico intensivista argentino Carlos Gherardi, acertó a denominar la «muerte intervenida»³⁵.

A la par de esa clara ampliación de potestades en cabeza del paciente, tal como quedó consignado precedentemente, se erige la cláusula, que plasma el derecho de niñas, niños y adolescentes a intervenir, a los fines de la toma de decisiones relativos a terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud, extremo compatible con una norma de jerarquía constitucional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –incorporada mediante Ley 23849 y dotada de tal superioridad normativa merced a lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, reformada en 1994–, cuyo artículo 12 establece el derecho de todo niño o niña de expresar su opinión –y de que ella se tenga en cuenta– en todos los asuntos que le afectan.

Con relación a las directivas anticipadas, la elocuente incorporación del segundo párrafo del artículo 11.º de la ley 26529 reformada por ley 26742, referido a las formalidades que debe revestir su declaración y a la posibilidad de su eventual revocación, interpretado sistemáticamente con las innovaciones antes señaladas, neutraliza la hipotética formulación de posturas adversas a la abstención o retiro de los mecanismos artificiales de reanimación, así como al cese de los procedimientos de hidratación y alimentación, en los casos escrupulosamente descritos en la norma oportunamente reformada.

En conclusión: la prudencial construcción deontológica y jurídica argentina, integrada por el Código de Ética a cuya redacción orgullosamente he aportado –trasladando unos conocimientos acendrados en tierras

³⁵ GHERARDI, C. R.: «*La muerte intervenida – De la muerte cerebral a la abstención o retiro del soporte vital*», en Revista «Medicina», n.º 62, Buenos Aires, 2002, pp. 279-290.

castellanas, con la iniciativa y el apoyo de Don Ignacio Berdugo– y por una ley de los derechos del paciente de suficiente amplitud como para conciliar la autonomía de este último con la beneficencia del obrar del profesional, ofrece a ese binomio la posibilidad de acordar tanto la plena operatividad cuanto la renuncia a la adopción de medidas terapéuticas, en base al juicio compartido sobre su carácter ordinario o extraordinario y su proporcionalidad; pero, además, deja en cabeza del segundo la última palabra, en caso de disenso.

Merced a tales instrumentos, convenientemente puestos en juego a partir de la hermenéutica desplegada por el máximo organismo judicial de mi país, como ha quedado demostrado aquí, se conjugan armoniosamente los principios de la Bioética en el específico ámbito aquí examinado.

En el marco de una república laica y no confesional, regida por una Constitución de cuño democrático y liberal y –con igual jerarquía normativa– por el Derecho Internacional iushumanista, que complementa el necesario y siempre inacabado perfil social, todo ser humano tiene así formalmente garantizado el derecho de vivir y de morir con dignidad.

El denominado delito de publicidad engañosa

Dra. María José Lescano¹
Doctora por la Universidad de Salamanca



«La vida es nada si la libertad se pierde»

Manuel Belgrano. Buenos Aires, 19 de enero de 1812².

I. DEDICATORIA

COMO SE PODRÁ ADVERTIR, a partir de este trabajo en el que se desarrollan algunas cuestiones dogmáticas vinculadas a la política criminal, que incidieron en la consagración del delito publicitario en el Código Penal español, quiero expresar mi gratitud y reconocimiento al Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre por todas sus enseñanzas.

Hasta el día de hoy recuerdo con enorme calidez, su clase inaugural con la que nos recibiera al iniciar el curso de doctorado en el año 1997 en la Universidad de Salamanca. En esa ocasión, no sólo nos brindó una magistral presentación del Derecho Penal concebido desde el profundo respeto de los derechos humanos, sino que supo sembrar en sus alumnos

¹ Doctora por la Universidad de Salamanca (tesis dirigida por el Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y por el Dr. José Ramón Serrano Piedecosas). Profesora en el Postgrado de Derecho Penal y de Violencias interpersonales y género de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, investigadora en el Instituto de Derechos del Niño (UNLP) y Jueza de Garantías del Joven en la ciudad de La Plata, Buenos Aires, Argentina.

² Manuel Belgrano se graduó como Bachiller en Leyes en la Universidad de Salamanca (1786 y 1793), ferviente liberal en materia política y creyente ciego en los derechos naturales del hombre. En Buenos Aires también fue economista, militar y político, se convirtió en el campo de las ideas en el primer Ilustrado del Río de La Plata. Fuente: Instituto Nacional Belgraniano/III Congreso Nacional Belgraniano, Belgrano Siglo XXI/Autobiografía Manuel Belgrano.

el compromiso por seguir trabajando para alcanzar los ideales propios de un Estado de Derecho, profundamente humanitario y que sea capaz de combatir un sistema legal funcional a las desigualdades sociales.

Sus innumerables títulos y reconocimientos obtenidos a nivel mundial por su producción científica, ponen a las claras la envergadura de Ignacio Berdugo y su trascendencia, pero particularmente quiero destacar el compromiso personal y el acompañamiento que siempre hemos recibido de él sus alumnos, en especial quienes llegamos del otro lado del Atlántico. Ello es una prueba cabal de su real vocación de trabajo por el fortalecimiento de los vínculos de la Universidad de Salamanca con Latinoamérica y de su afán por promover más allá del continente europeo, una mirada crítica del Derecho penal vigente, aspirando a la configuración un mejor Derecho penal para el mañana.

II. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DELITO PUBLICITARIO

La regulación jurídico penal de la publicidad engañosa ha sido incorporada al Código Penal español de 1995 en el art. 282, en el título XIII que prevé los: «*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*», más precisamente, en la sección III que integra el Capítulo XI denominado: «*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*».

Con esta decisión el legislador español expresó la tendencia político-criminal surgida en otros países miembros de la Unión Europea, de castigar las formas más graves en que se puede presentar este tipo de publicidad, dada la afectación que puede ocasionar este comportamiento desleal con relación a los intereses de los consumidores.

La creación de esta figura delictiva, que proscribe bajo amenaza de pena la realización de ciertas modalidades de conductas relativas a la publicidad ilícita en el ordenamiento jurídico penal español, no se presentó libre de dificultades.

En aquel entonces se suscitaron reacciones enfrentadas entre las que pueden citarse las asumidas por las diferentes asociaciones de consumidores en franca oposición a la preocupación manifestada por las empresas de publicidad. También surgieron, en otro escenario, diversas miradas doctrinales en torno a la necesidad de inclusión de este delito al nuevo catálogo de ilícitos penales que iba a ser receptado en el C.P.³

³ CUERDA RIEZU, A., «Contribución a la polémica sobre el delito publicitario», en *Estudios de Consumo*, N.º 35, Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995. p. 72.

Como primera observación debo decir que subyace al art. 282 del CP la complejidad extrema que en sí mismo representa el fenómeno económico, que trata la afectación de una serie de intereses entre los que existe una relación dialéctica entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y sectoriales⁴.

Si bien históricamente el Derecho Penal ha brindado protección a valores de carácter económico a través de la regulación de los delitos patrimoniales,⁵ esta tutela se ha desplegado en atención a los actos lesivos que afectaban solo los intereses particulares⁶. En las últimas décadas, producto del intervencionismo del Estado en el campo económico conforme a los lineamientos brindados por el texto Constitucional, se advierte un amplio acogimiento de nuevas realidades estimadas susceptibles de tutela penal, que significó la renovada consagración de delitos, entre los que se encuentra el art. 282 del CP.

Ahora bien, en remisión a lo establecido en el art. 51 de la CE, la doctrina penal española reconoce a los consumidores como bien jurídico de carácter colectivo. No obstante, un bien jurídico concebido con tanta vaguedad⁷ de poco serviría para delimitar el alcance típico⁸ del ataque que contra el mismo puede llegar a perpetrarse.

En miras a alcanzar una mayor concreción, se advierte que no existe coincidencia en la doctrina en cuanto a la precisa determinación de la materia de protección. Ello pone de manifiesto las dificultades que exhibe el concepto de bien jurídico en el área del Derecho Penal Económico donde los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar⁹ y donde el desvalor del comportamiento criminal no es reputado en iguales términos por los miembros de la sociedad.

Consiguientemente, también ha sido objeto de discusión teórica su configuración como delito de peligro. Tampoco en esta cuestión hay acuerdo, particularmente en lo que hace a la categorización de este peligro. Hay

⁴ PEDRAZZI, C., «Los bienes jurídicos en los delitos económicos», en *La reforma penal: Delitos socio-económicos* (Dir. Barbero Santos). Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1985, p. 283.

⁵ MUÑOZ CONDE, F., «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», en *Revista Penal*, N.º 1, enero de 1998, p. 68.

⁶ Las figuras legales tradicionales se inspiran en su ascendencia romana y reflejan una economía representada preferentemente por cosas materiales, tangibles, realidad que no se compadece con las características que presenta la economía actual. Cfr. GONZALEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Ed. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1988 p. 151.

⁷ HERNANDEZ PLACENCIA, J. L., «El delito publicitario», en *AP*, 1997-2, p. 1108.

⁸ SPOLANSKY, N., *La estafa y el silencio*. Ed. J. Alvarez, Buenos Aires, 1967, p. 38.

⁹ PEDRAZZI, C., «Los bienes jurídicos en los delitos económicos...», *Ob. Cit.* p. 283.

quienes lo consideran un tipo de peligro concreto, abstracto para otros, y en esta última posición, de forma mayoritaria, se lo reconoce como una figura de peligro hipotético.

Asimismo, le atañen a su estructura típica, las observaciones vinculadas a la excesiva utilización de elementos normativos. La remisión a diversas fuentes legales para perfilar el enunciado típico torna por demás compleja la actividad hermenéutica. En tanto no solo dificulta al intérprete reconstruir el dato normativo acudiendo a una red de reglas extrapenales, sino que por otra parte la técnica elegida, revela una delegación de la función del legislador hacia el juez, quien en última instancia determina en el caso concreto, el ámbito de prohibición.

Finalmente, desde el punto de vista político-criminal, cabe recordar que la existencia de este delito ha sido fustigada por quienes entienden que un fiel respeto al principio de intervención mínima y de proporcionalidad de la intervención penal –posición a la que adhiero–, pone al descubierto que la materia de atribución penal en este tipo de delitos excede las propias posibilidades útiles de actuación del instrumento punitivo. Razón por la cual se sugiere su tratamiento legal por normas propias de otros sectores del Derecho, como las normas del Derecho administrativo sancionador o las del Derecho Civil y Comercial, que ciertamente constituyen una menor injerencia estatal en los ámbitos de libertad individual de los ciudadanos.

III. RELACIONES DE CONSUMO Y EL DERECHO PENAL

La actividad publicitaria es considerada un símbolo en la configuración de la llamada sociedad de consumo¹⁰ por constituir un elemento fundamental de reorganización de la producción y del mercado¹¹. La industria publicitaria en el contexto del mercado globalizado se desenvuelve en el plano de la comercialización como vínculo indispensable entre la producción y el público consumidor.

La publicidad es una herramienta vital para competir y estimular nuevos consumos. Institucionaliza una comunicación de amplio alcance entre los empresarios y el público consumidor a través de los medios masivos de difusión y las diversas plataformas virtuales, con el interés aumentar el capital y la reinversión¹².

¹⁰ MATTELART, A., *La Publicidad*. Ed. Paidós Comunicación, Barcelona, 1991, p. 9.

¹¹ VILLAFANE, J., «El deseo y la necesidad. Reflexiones en torno a la publicidad y el consumo», en *EC*, N.º 35, 1995, p. 14.

¹² QUALTER, T., *Publicidad y Democracia en la sociedad de masas*, Ed. Paidós, N.º 60, Barcelona, 1994, p. 87.

Desde otro enfoque, la propia dinámica de la sociedad de consumo ha convertido a la publicidad engañosa en un gran problema para los ciudadanos en los tiempos que corren. La despiadada competencia en el mercado crea las condiciones propicias para el engaño, en donde los escrúpulos morales quedan en un segundo plano¹³. En ocasiones, los empresarios para captar la atención del cliente alteran la información que difunden, induciendo a error a los consumidores, viciando de tal modo su capacidad de elección de los productos o servicios que desean adquirir.

Precisamente en este entramado de relaciones socioeconómicas que se despliegan en un mercado extremadamente competitivo, el art. 282 del CP alude a la publicidad estrictamente engañosa como una práctica comercial que, en el contexto del desarrollo de un mercado regional común,¹⁴ se ha considerado indispensable desalentar, acudiendo al recurso penal. En esta inteligencia se sostiene que no existe un instrumento previo y menos gravoso que el Derecho Penal, como para hacer frente a esta clase de comportamientos disvaliosos de manera eficaz.

La norma jurídico penal que emana del tipo penal en estudio, se dirige entonces a reglar el comportamiento de determinados sujetos que se desenvuelven en el mercado exigiéndose una cierta cualificación profesional: los fabricantes o comerciantes. Por tal razón se lo identifica como un tipo especial propio.

Para determinar el sentido y alcance de los términos contenidos en esta figura, se impone acudir a un complejo entramado normativo extrapenal a saber: la Ley General de Publicidad (LGP, Ley 34, de 11 de noviembre de 1988), la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, 19 de julio de 1984 y sus derivaciones en las distintas Comunidades Autónomas) y la Ley de competencia desleal (LCD, de 10 de enero de 1991) con las reformas introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Desde la esfera comunitaria, la Directiva 450/84 (10 de setiembre de 1984) del Consejo de la Comunidad Europea relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en materia de publicidad engañosa junto a su modificatoria la Directiva 29/2005 y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (de 12 de

¹³ RAMOS FERNÁNDEZ, F./ PIÑEIRO OTERO, T./ CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., «La publicidad en España como elemento de marketing: límites», en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico* Vol. 18 Núm. especial noviembre (2012). p. 745.

¹⁴ NIETO MARTIN, A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Ed. Dykinson, Madrid, 2018. p. 370.

diciembre de 2006), ciertamente deben ser consideradas para ilustrar al intérprete de la ley, en la reconstrucción del enunciado típico y proveer a la debida aplicación del precepto.

IV. BIEN JURÍDICO

Reconocer a los consumidores como el valor a proteger por el art. 282 del CP resulta insuficiente, pues aún resta perfilar qué aspecto de ese bien es el que tiene relevancia jurídico penal en este delito. Como hemos visto, es precisamente esta tarea uno de los mayores problemas¹⁵ que plantea el delito en análisis.

La doctrina especializada se ha dividido principalmente en dos posiciones: 1— Los que creen que el objeto de tutela es el derecho de los consumidores a recibir información veraz (principio de veracidad), y otros, quienes ven en la libertad de disposición económica de los consumidores la materia de protección penal.

Es mayoritaria la posición que reconoce como bien jurídico protegido del art. 282 del CP el derecho de los consumidores a recibir información veraz sobre los productos o servicios promocionados por la publicidad comercial, atento el indudable anclaje constitucional como legal en que se asienta.

Entre los autores que sustentan esta afirmación podemos mencionar a CHOCLAN MONTALVO¹⁶, CARBONELL MATEU¹⁷, VALLE MUÑIZ¹⁸, GONZALEZ RUS¹⁹, GARCIA TORRES²⁰, DEL MORAL GARCIA²¹, MARTINEZ-BUJAN

¹⁵ BUSTOS RAMIREZ, J./ HORMAZABAL MALAREE, H., «Significación social y tipicidad», en *Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 132.

¹⁶ CHOCLAN MONTALVO, J.A., «El delito publicitario en el nuevo Código penal», en *AJA*, N.º 256, 1996, p. 3.

¹⁷ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed Tirant Lo Blanch, 2.º edición, Valencia, 1996, p. 475.

¹⁸ VALLE MUÑIZ, J.M., «De los delitos relativos al mercado y los consumidores», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996 p. 1279.

¹⁹ GONZALEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos... Ob Cit.* p. 806 y 808.

²⁰ GARCIA TORRES, M.J., «La protección penal directa de los consumidores en el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1992», en *Actas de Derecho Industrial*, T XV, 1993, p. 829.

²¹ DEL MORAL GARCIA, A., «La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal», en *Protección penal de consumidores y usuarios*, *CGPJ*, N.º 15, Madrid, 2001, p. 111.

PEREZ²², PUENTE ABA²³, CUERDA RIEZU²⁴, MORENO Y BRAVO²⁵, TERRADILLOS BASOCO²⁶ y DEMETRIO CRESPO²⁷. También en este sentido en el análisis del delito publicitario contenido en los proyectos de Reforma al Código Penal español: TAMARIT SUMALLA²⁸, MANZANARES SAMANIEGO²⁹, DE JESUS SÁNCHEZ³⁰, TORIO LÓPEZ³¹.

Todos ellos presentan en común la convicción de considerar como bien jurídico la efectiva vigencia del principio de veracidad en la actividad publicitaria, a fin de poder ejercer más plenamente, por parte de los consumidores, el derecho de elección en el mercado de productos y servicios, en beneficio directo de sus intereses patrimoniales.

Existen asimismo autores que se han manifestado partidarios de que el bien jurídico del art. 282 del CP se identifica con la tutela de los intereses económicos de los consumidores. En este pensamiento se encuentra MAPELLI CAFFARENA, SIERRA LOPEZ,³² PORTERO HENARES³³ y MACIAS ESPEJO³⁴.

Desde un enfoque diverso, CARRASCO ANDRINO rechaza la posibilidad de que el delito publicitario se integre como un bien jurídico intermedio,

²² MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Comentarios al Código Penal de 1995* (Coord. Vives Anton/ Boix), T. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 1370.

²³ PUENTE ABA, L.M.: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 260.

²⁴ CUERDA RIEZU, A.: «Contribución a la polémica». *Ob. Cit.* p. 74-75.

²⁵ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Ed. Bosch, 2001, p. 34.

²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J., «El delito de publicidad engañosa», en *Sistema penal de protección del mercado y los consumidores. Actas del II seminario internacional de Derecho Penal económico*, Jerez, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 74-75.

²⁷ DEMETRIO CRESPO, E., «A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el art. 282 del Código Penal Español (Una contribución a partir de una hermenéutica valorativa)», en *RdPP*, Ed Aranzadi, Nro. 12, año 2004, p. 212.

²⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», en *CPC*, N.º 40, 1990, p. 167.

²⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.M., «La tipificación del delito publicitario en el Derecho español» en *Poder Judicial*, N.º especial, 1988, p. 271.

³⁰ DE JESUS SANCHEZ, M.G., «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», en *Poder Judicial*, N.º especial, 1988, p. 316.

³¹ TORIO LOPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», *Estudios de Derecho Penal y Criminología. Libro homenaje a Rodríguez Devesa*. T.II, Ed. Universidad Nacional de Educación a distancia, 1989, p. 140.

³² SIERRA LOPEZ, M.V., *Análisis jurídico de la publicidad engañosa en internet*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 125.

³³ PORTERO HENARES, M., *El delito publicitario en el Código penal español*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 248-249.

³⁴ MACIAS ESPEJO, M.B., *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Ed. Universidad de Granada, 2013, p. 211.

encaminado a salvaguardar la veracidad en los medios publicitarios como condición para preservar los intereses de los consumidores. Sostiene que el objeto de tutela jurídico lo constituyen los intereses individuales de los consumidores, porque el tipo requiere su puesta en peligro directa³⁵. De tal modo, el criterio de desvalor adoptado por el tipo penal se refiere de modo genérico, al posible perjuicio que esta clase de publicidad pueda ocasionar al consumidor, tanto en relación con el patrimonio como a la salud o la vida, en clave individual.

A mi entender se desprende del art. 282 del CP que la ley pretende garantizar la veracidad de los mensajes publicitarios a efectos de evitar la eventual producción de múltiples perjuicios económicos a los consumidores. Por tanto, me incluyo en aquella corriente de opinión que identifica a la veracidad publicitaria como bien jurídico protegido por art. 282 del CP. El reconocimiento del principio de veracidad en el ámbito penal es la exposición objetivada del interés que tienen los consumidores en recibir mensajes publicitarios ajustados a la verdad respecto de los productos y servicios que se oferten en el mercado, para poder así arribar a decisiones de compra de modo reflexivo, evitando que los conduzcan a sufrir consecuencias perjudiciales.

Por cierto, la tutela penal del principio de veracidad no puede identificarse de modo absolutamente autónomo, como un valor en sí mismo despojado de la ineludible vinculación que, desde un punto de vista sistemático, se le otorga con la protección de los intereses económicos de los consumidores en el Código Penal.

A mi juicio, la conducta descrita por el art. 282 del CP admite mayor nivel de concreción, a la luz de la consagración de la veracidad publicitaria. El derecho que tienen los consumidores como bien jurídico colectivo a recibir información publicitaria veraz se encuentra fundamentalmente ligado a las legítimas expectativas que detentan los mismos a no ser económicamente defraudados, en el marco de las relaciones de mercado.

Cabe señalar que, desde mi punto de vista, resulta más claro expresar que la veracidad tiene valor en relación con los legítimos intereses económicos de los consumidores, en vez de aludir a la libre disposición económica de los mismos, toda vez que aquellos términos se ajustan más a la terminología utilizada en el texto constitucional (51 CE). De este modo se evita caer en la confusión acerca de la mención del bien jurídico individual que se halla complementado.

³⁵ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (Una aproximación al tipo del art. 282 el C.P.)*, Ed. RGD, Valencia, 2000, p. 85-86.

Desde mi percepción, con la decisión del legislador de elevar un bien jurídico colectivo a la categoría de bien jurídico-penal, se recurre a un instrumento técnico que se orienta a reforzar la tutela de los bienes jurídicos individuales, adelantando la barrera de protección penal, con la consagración de una estructura típica de peligro abstracto.

Asimismo, debo señalar que si bien es cierto que la expresión «*puedan causar perjuicio grave y manifiesto*» contenida en el art. 282 del CP abre un espacio de ambigüedad en torno a la posibilidad de contemplar otra clase de intereses pertenecientes a los consumidores, no puede ignorarse que la tutela de la salud de los consumidores se encuentra expresamente prevista en otros ámbitos del Código, en tanto se halla recogida en el capítulo III del Título XVII,³⁶ en los arts. 362.1.3.º, 363.1 y 363.4 *in fine*. Dato por demás elocuente que despeja, a mi juicio, toda duda al respecto.

Esta conclusión se refuerza con el argumento sustentado por TERRADILLOS en este punto, quien advierte que la previsión del art. 287 del CP condiciona como regla general la persecución, de los delitos comprendidos en este capítulo a la denuncia del agraviado, lo que no parecería admitirse cuando de afectación a la salud se trata, que es un bien en donde la pretensión es claramente indisponible³⁷.

V. TIPO DE PELIGRO

Dado el nivel de abstracción que presenta el bien jurídico tutelado, el ilícito penal se ha configurado típicamente como un delito de peligro abstracto,³⁸ más precisamente a la subcategoría de delito de peligro hipotético.

Esta tipología de riesgo se articula entonces, sobre la idea de que existen ciertos actos especialmente peligrosos, en donde el designio criminal

³⁶ La coexistencia de estas dos figuras típicas en el CP ha dado lugar a que se realicen objeciones acerca de que se denomine «*delito publicitario*» a la conducta tipificada en el art. 282 CP. En este sentido, Muñagorri considera que existen otros ilícitos penales realizados a través de la publicidad siendo preciso hacer referencia al mismo como un supuesto de publicidad engañosa. Cfr. MUÑAGORRI LAGUIA, I., «*La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del C.P.*» Ed. Comares, Granada 1998. p. 66 y 67.

³⁷ TERRADILLOS BASOCO, J., «El delito de publicidad engañosa», en *Sistema penal de protección del mercado y los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de DP Económico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2002. p.75.

³⁸ LUZON PEÑA, D., «El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995», en *Cartas CEDEF*, V. I, N.º 1, enero de 1999, p. 3.

todavía se encuentra muy alejado del daño que es capaz de ocasionar³⁹. En este entendimiento es que se hace mención habitual a una tutela fuertemente anticipada e independiente de una lesión que evidentemente, comporta la ampliación del ámbito aplicativo del Derecho Penal⁴⁰.

Desde el punto de vista utilitario el recurso a los delitos de peligro abstracto, ha permitido solventar inconvenientes probatorios al no exigir que se acredite el daño efectivamente producido⁴¹. Consiguientemente se los ha cuestionado por constituir una técnica de flexibilización de las categorías dogmáticas y que al expresar una ampliación considerable de la punibilidad,⁴² no comulga con los principios de ofensividad, proporcionalidad y legalidad,⁴³ como tampoco con el de culpabilidad⁴⁴.

También se ha manifestado que, en estos delitos de pura peligrosidad, habría una violación del principio de responsabilidad subjetiva en tanto se presume la culpabilidad con el mero hecho de la realización del comportamiento prohibido, sin constatarse en el caso, si existen elementos para su atribución individual. Por ejemplo, se ha señalado que la falta de consideración de si el sujeto pudo haber actuado con error⁴⁵.

Con todo, la polémica suscitada en torno a esta técnica de tipificación según TIEDEMANN lejos está de encontrarse agotada, dado que si se reconoce la necesidad de tutelar penalmente⁴⁶ en la sociedad actual intereses jurídicos supraindividuales de especial valoración, no se advierte como imaginable otra técnica que de forma idónea alcance una nueva configuración típica⁴⁷.

³⁹ FLETCHER, P., *Conceptos básicos del Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 252.

⁴⁰ El recurso a una tutela fuertemente anticipada presenta un doble inconveniente una inevitable carencia en términos de garantías y un defecto de credibilidad debido a la fatal inefectividad de la tipicidad. Cfr. MOCCIA, S.: «Aspetti involutivi del sistema penale», en *Il Diritto penale all'á svolta di fine mfillennio atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*. Ed. Giappichelli, Torino, 1998, p. 272.

⁴¹ TIEDEMANN, K., «Poder económico y delito». Ed. Ariel, Barcelona 198, p. 36.

⁴² Hassemer, Prittwitz y Herzog en Alemania y Muñoz Conde, en España han sido los exponentes de la denominada Escuela de Frankfurt quienes han criticado radicalmente la categoría de los delitos de peligro abstracto.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J., «Peligro abstracto y garantías penales», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 789.

⁴⁴ RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 249-250.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁴⁶ RODRIGUEZ MONTAÑES, T., «Delitos de peligro». *Ob. Cit.*, p. 300 y 302.

⁴⁷ TIEDEMANN, K., «Poder económico y...», *Ob. Cit.* p. 36.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cabe recordar que el Estado a través del Derecho penal, tanto en los casos que sanciona como en la forma en que lo hace, acude al recurso de la violencia, porque ella es consustancial a todo sistema de control social⁴⁸. Por su parte, la mera consagración de un nuevo delito constituye en términos generales, para la mayoría de los ciudadanos, un recorte de sus ámbitos de libertad, en tanto inhibe la realización de ciertos actos bajo amenaza de pena.

La creación de un delito, por tanto, no es indiferente respecto del goce de los derechos individuales que tienen los ciudadanos frente al Estado. Por ello, reflexionar sobre la figura del delito publicitario, más allá del innegable valor que tiene la protección de los consumidores en el contexto del mercado, exige realizar una ponderación de costos y beneficios, al amparo del principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal.

En estos términos, con las dificultades dogmáticas y político-criminales referidas en el presente trabajo, no advierto cómo el principio de veracidad, como elemento instrumental de protección de sus intereses económicos de los consumidores, puede ser reconocido y legitimado materialmente como un bien jurídico necesitado de protección penal.

La jurisprudencia habida en la materia⁴⁹ a mi entender, ha revelado como más efectivas otras instancias legales extrapenales para combatir la publicidad engañosa. Ello pone de manifiesto que el delito publicitario presenta una carencia de lesividad penal, que es detectable en la criminalización de meras infracciones administrativas.

Por consiguiente, la actitud intervencionista del Estado en este ámbito se presenta como una manifestación del Derecho Penal de Policía, con

⁴⁸ SERRANO PIEDECASAS, J.R., «La crisis del Welfare State», en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje a Julio Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 971

⁴⁹ Tribunal Supremo, Sala penal el 17/9/2009 revocó la condena impuesta por la Audiencia provincial de Madrid y absolvió a los imputados (STS 7786/2009). Audiencia Provincial de Madrid N.º 613/2012, de 24 de julio (JUR\2012\282110). Audiencia Provincial de Pontevedra, N.º 579/2012, de 21 de septiembre (JUR\2012\398219), la sent. N.º 535/2004, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid confirma el archivo de las actuaciones por falta de adecuación típica. (JUR\2005\250287); sent. N.º 651/2012, de 29 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR\2012\361352) exige se acredite la capacidad de perjuicio grave y manifiesto que debe ser de naturaleza económica no moral. Publicidad declarada lícita por engañosa por el Juzgado de lo Mercantil 5 de Barcelona, en una sent.del 1 de abril de 2014 (LA LEY 199268/2014). En igual sentido: Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid, en sent. dictada el 3 de septiembre de 2015 (LA LEY 128043/2015). La Audiencia Provincial de Barcelona, en sent. de 3 de junio de 2013 (LA LEY 119586/2013), declaró que existió publicidad engañosa y condenó a retirar dicha publicidad.

nuevas connotaciones⁵⁰. A la luz de un Derecho Penal mínimo y en virtud de los principios que emanan del texto Constitucional, entiendo que en la actualidad, debería impulsarse un serio proceso de revisión⁵¹ a fin de examinar si, priorizando a ciencia cierta la mirada protectoria de los consumidores, las razones político-criminales que motivaron su creación aún mantienen su vigencia.

⁵⁰ El modelo del Derecho Penal de la empresa centrado en nociones de prevención y anticipación máximas alertan de la progresiva expansión de la intervención penal del Estado. Cfr. SILVA SANCHEZ, J.M., «Hacia el Derecho Penal del «Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal», en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 310.

⁵¹ El texto Constitucional impone un proceso de revisión acerca de las necesidades de criminalización del bien jurídico. Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., «Los límites a la libertad de expresión y de los derechos de personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal», en *Revista de doctrina penal. Teoría y práctica de las ciencias penales*. 1991, p. 3/4.

Compliance y la prevención de la siniestralidad laboral

Paula Andrea Ramírez Barbosa¹



I. INTRODUCCION

CADA AÑO RESULTAN MUERTOS Y LESIONADOS trabajadores como consecuencia de los accidentes laborales y enfermedades profesionales, más de 2,78 millones de muertes y 374 millones de lesiones de carácter no mortal, que generan un promedio de 4 días de absentismo laboral. El coste repercute en las áreas económicas, social y personal, principalmente en las vidas, salud e integridad de los trabajadores como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. El mayor índice de muertes relacionadas en este ámbito tiene su origen en las enfermedades profesionales y no en los accidentes laborales. La siniestralidad laboral produce un

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y Maestría en Estudios Políticos de la misma Universidad. Premio Extraordinario de Doctorado. Profesora Universitaria y experta en Derecho Penal económico. Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesora de las Universidades Católica y Externado de Colombia, e mail: paramirez@ucatolica.edu.co. Este artículo tiene como propósito rendir homenaje al Maestro Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, por su legado y aportes a la formación de juristas iberoamericanos. Su contribución al derecho penal global se ve reflejada de múltiples maneras, entre ellas, en su liderazgo universitario, la docencia, la formación de generaciones de juristas, su ejemplo, generosidad y su vocación humanista. Muchas gracias admirado Maestro por forjar en mí una visión holística y optimista, más allá del conocimiento. Mi eterna gratitud por enseñarme que el saber se nutre en el compromiso solidario y desinteresado. *El agradecimiento es la memoria del corazón: Lao tsé (570-490 a. C.).*

impacto económico aproximado de 3,94 por ciento del Producto Interior Bruto global anualmente².

La afectación de los derechos de los trabajadores se fomenta en un mercado laboral con ausencia de medidas de prevención, precarización, informalidad y nuevos riesgos, que intensifican los peligros en el trabajo y los accidentes laborales. De otra parte, la violencia y el acoso en el trabajo también impactan en la salud y seguridad de los trabajadores, la productividad y reputación de las organizaciones. Prueba de ello, en junio de 2019, en la Conferencia del Centenario de la OIT, se adoptó el Convenio sobre la violencia y el acoso (No. 190) y la Recomendación que lo acompaña (No. 206), que destacan la prohibición y la prevención de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo por sus consecuencias a escala global.

En este contexto, los riesgos laborales, la tecnología, las exigencias versátiles y disruptivas en del mercado, han posibilitado un cambio en las condiciones de las relaciones productivas. La realidad indica, que la observancia de medidas encaminadas a propiciar la salud y seguridad en el trabajo son un activo excelente para las empresas³. En la pandemia del Covid 19 ha quedado demostrada la importancia de las medidas de prevención y control para proteger a los actores de las relaciones laborales frente a la exposición a los riesgos biológicos y la necesidad de adoptar medidas que eviten nuevos contagios⁴.

La exposición al virus en el lugar de trabajo, y su impacto en los trabajadores, evidencia la necesidad de priorizar la gestión de la seguridad y salud de las empresas, a partir de la evaluación del riesgo y la adopción de las medidas de prevención y protección, como son la aplicación de estrictos protocolos de trabajo, medidas sanitarias, uso de equipos de protección personal adecuados y suficientes, el diseño de los puestos de trabajos,

² Vid. <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang-es/index.htm>.

³ Según los datos oficiales del Ministerio de Trabajo de España», entre enero y abril del 2021 se registraron 176.624 accidentes de trabajo con baja y 176.522 sin baja. Las secciones de actividad económica que registran mayor siniestralidad son la industria manufacturera y la construcción. A pesar del descenso de actividades productivas y el auge del teletrabajo, la cantidad de accidentes laborales supera ampliamente los casos del año anterior. Los accidentes con baja aumentaron un 16,9% y los accidentes sin baja un 8,5%. Sin embargo, los que resultaron en la muerte del trabajador se redujeron levemente. Hubo 176 accidentes mortales, ocho menos que en el mismo período del 2020. La mayoría de las víctimas tenían entre 45 y 59 años de edad al momento del deceso». Disponible en: https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/aumentan-accidentes-laborales-pesar-teletrabajo-nprs_511581_102.html.

⁴ OIT, (2020), Seguridad y salud en el trabajo frente a la pandemia, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/briefingnote/wcms_742469.pdf

la organización del trabajo, la formación preventiva y la vigilancia de la salud de los trabajadores. Además, la participación y cooperación de los trabajadores y/o sus representantes en la gestión de este riesgo, particularmente a través de instancias bipartitas de diálogo social en las empresas o de la negociación colectiva, como aspectos cruciales⁵. En este escenario, la importancia de *Compliance* emerge como un instrumento eficaz en la prevención y delimitación de las responsabilidades penales corporativas e individuales⁶.

II. LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO BAJO LA ÓPTICA DE LA DELEGACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DE FUNCIONES DE PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales en España, 31/1995, de 8 de noviembre, establece el deber de todo empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, para lo cual, ejecutará la prevención de los riesgos laborales mediante la implementación de medidas resulten necesarias para tal propósito. La actividad productiva debe desarrollarse con la asunción de los derechos y obligaciones conjuntas que propicien el trabajo seguro con medidas eficaces prevención de riesgos laboral. Como lo dispone la norma constitucional del artículo 40.2 de la Constitución Española, las leyes de prevención de riesgos laborales y demás disposiciones reglamentarias.

La posición de garante en la empresa recae en el empresario con la apertura de la corporación y el desarrollo de la actividad productiva que lo compromete en la garantía de los bienes jurídicos de los trabajadores, lo cual, suele llevar a cabo mediante procesos de delegación⁷. Si el directivo de una empresa tiene una posición de garantía que implica una actividad diligente, tendiente a reducir la probabilidad de que los riesgos laborales se materialicen, suele delegar en un profesional especializado en la prevención de la siniestralidad laboral. La delegación se debe efectuar cumpliendo los requisitos esenciales de capacidad y autonomía del acto de delegación, asunción libre de la función delegada, selección apropiada del

⁵ Ídem.

⁶ RAMÍREZ BARBOSA, P. y FERRÉ OLIVÉ, J.C., (2019), «*Compliance*, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial», Bogotá, ed. Tirant lo Blanch.

⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L.; GARCIA RIVAS, N.; FERRÉ OLIVÉ, J.; SERRANO PIEDECASAS, J., TERRADILLOS BASOCO, J., (2005), «Curso de Derecho Penal, Parte General», Barcelona.

delegado, dotación de medios para el cumplimiento de la función, supervisión de las actividades encomendadas⁸.

El empresario en su función de directivo de la estructura organizacional, está facultado para ejercer actos de delegación respecto de actividades concretas al poseer el dominio funcional de los compromisos empresariales. Así, puede optar por la delegación de funciones, o por la delegación de ejecución. La primera de ellas, hace referencia al encargo real del ejercicio total o parcial de las funciones del empresario al delegado. Por su parte, la delegación de ejecución no delega el ejercicio de las funciones propias, sino las de simple ejecución, en cuyo caso no implica la translación de responsabilidades al encargado, y en la cual, el empresario sigue desplegando las funciones de dirección de la actividad empresarial y, por tanto, la supervisión de los riesgos penales⁹.

La obligación del delegante encargado, gira en torno a la asunción voluntaria del desempeño del poder de organización y salvaguarda de las obligaciones específicas en la prevención de los riesgos laborales. No obstante, no es suficiente la simple transferencia formal del encargo, se requiere por el delegante la puesta a disposición de los medios técnicos y humanos requeridos para el desarrollo de la actividad encargada¹⁰. Del mismo modo, se precisa la existencia de un margen de autonomía en el ejercicio de la actividad delegada que le permita llevar a cabo las labores asignadas frente a la prevención de la siniestralidad laboral.

Los delegados deben observar las normas y reglamentos referidos al ejercicio de la respectiva actividad productiva y las disposiciones de prevención de riesgos laborales generales y concretas¹¹. En consecuencia, deben hacerlas cumplir, exigiendo no sólo al empresario u órgano de dirección la adopción de las medidas específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y, además, requiriendo a los integrantes de la empresa el cumplimiento de las actividades necesarias para tal fin.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013), «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en AA.VV., «Compliance y teoría del Derecho penal». Madrid: Marcial Pons, pág. 101.

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2015), «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», pág. 172: «Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio aparecen, así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía».

¹⁰ RAGUÉS I VALLES, R. (2008), «La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva», InDret, 3/2008, Barcelona.

¹¹ RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (2007), «El delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal español», Madrid, págs. 156 y ss.

El delegado responsable de la prevención debe adoptar las acciones del sistema de gestión orientadas a reducir la probabilidad de materialización de los peligros para la vida y salud de los trabajadores en el desarrollo de sus actividades productivas, si omite injustificadamente desplegar la diligencia exigida pueden generar consecuencias de diversa naturaleza¹². La responsabilidad que se le puede atribuir al oficial de seguridad y salud en el trabajo, se explica, por las potestades que la normativa le atribuye y que generarían en él un deber especial de precaución y también, por la asunción voluntaria producto de la delegación del control y gestión adecuada de la prevención de la siniestralidad laboral.

En consecuencia, la responsabilidad del garante de la prevención de los riesgos laborales, puede darse en el marco de una actuación directa o, por omisión de los deberes funcionales derivados de la delegación y la transferencia de ciertas obligaciones relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores. La posición de garante del empresario en este ámbito es delegable, pero subsisten en los directivos los deberes de supervisión y control, como principales obligados. A la posición de garante deberá añadirse la capacidad de acción para controlar el riesgo, el poder real de evitarlo. En el caso de existir un poder real o ejecutivo de impedir la materialización del resultado podrá hablarse de responsabilidad penal en comisión por omisión, en caso de incumplimiento de ese deber¹³.

Delegantes en consecuencia, deben desplegar la máxima diligencia dentro de su organización, en el marco de las competencias requeridas, la idoneidad profesional y un contexto empresarial que disponga de los recursos financieros, técnicos, humanos y presupuestales que sean necesarios. Tratándose de la constatación de responsabilidad penal en el caso de los garantes, se precisan dos requisitos. El primero, relativo a la fuente formal de la posición de garante y la existencia de un concreto deber jurídico del autor, que en este caso se deriva de la normativa específica, el contrato o la obligación de controlar ciertas fuentes de peligro. El segundo, referido al vínculo de responsabilidad, por la conexión existente entre la omisión

¹² RAMÍREZ BARBOSA, P. A. y OLIVÉ FERRÉ, J. C. (2019), «Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial», op. cit., pág. 162: «Así, cuando el compliance officer asume la posición de garante, de prevención de riesgo de comisión de delitos en la empresa y controlando fuentes de peligro, se encuentra en la misma posición que incumbe al empresario de cara al riesgo asumido».

¹³ MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2015), «El criminal *Compliance* desde la perspectiva de delegación de funciones», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015), págs. 733-782.

del mencionado deber y el resultado de lesión de los bienes jurídicos afectados con el delito¹⁴.

Las obligaciones del empresario como garante, pueden configurar responsabilidades en la órbita de la autoría por omisión, donde se imputa un resultado por no evitarlo; de otra parte, cuando su incumplimiento puede favorecer el delito de otro, puede suponer una responsabilidad a título de participación; o por el incumplimiento de las obligaciones generales de solidaridad, que pueden dar lugar a un delito de omisión del deber de socorro¹⁵.

En este marco analítico *Compliance* podría servir como un instrumento de defensa de los directivos, garantes e individuos que integran los órganos de administración. La razón de ello es simple: si el fundamento de responsabilidad radica en una posible omisión en la aplicación de cautelas como el control en la selección y vigilancia del subalterno que cometió el delito atribuido a los primeros, un programa de cumplimiento efectivamente implementado podría servir como prueba de descargo para revertir tal presunción legal. Lo anterior, porque esos programas constituyen el mecanismo de gestión idóneo para demostrar una debida diligencia en el control y supervisión de los riesgos laborales que enfrenta una organización¹⁶.

III. LOS APORTES DE COMPLIANCE EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL TRABAJO

Compliance es un cuerpo normativo interno que gestiona riesgos de diversa naturaleza, se estructura con medidas de distinta naturaleza,

¹⁴ RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (2007), «el delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal español», op. cit., págs. 154 y ss.

¹⁵ COCA VILA, I. (2013), «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada en AA.VV., «Criminalidad de empresa y *Compliance*? Prevención y reacciones corporativas». Barcelona: Atelier, págs. 58, RAMÍREZ BARBOSA, P. A. y OLIVÉ FERRÉ, J. C. (2019), «*Compliance*, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial», op. cit., pág. 157, señalan con relación al oficial de cumplimiento que éste «Es un empleado de la empresa sobre la que se han delegado estas funciones y, por lo tanto, este responsable de cumplimiento desarrolla exclusivamente las funciones que le han sido delegadas, que suelen consistir en controlar distintos focos de peligro dentro de la empresa. En definitiva, es una relación privada, objeto de delegación y por lo tanto se mueve dentro de los límites de la delegación, y puede adoptar diferentes formas o depender de diferentes instancias dentro de la empresa».

¹⁶ RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (2007), «el delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal español», op. cit., págs. 160 y ss.

enfocadas al fortalecimiento de la legalidad en el desarrollo de los objetivos empresariales, la prevención de las infracciones administrativas y delitos. *Compliance* no se basa en un deber jurídico en sentido estricto, sino en un incentivo para posicionar de mejor manera a la empresa ante la presencia de determinados riesgos y escenarios con presencia delictiva¹⁷.

Compliance puede incluir medidas de diligencia debida, gestión de riesgos, políticas de prevención, observancia ética, designación de un oficial de cumplimiento y el desarrollo de una política íntegra y responsable de los negocios. La eficacia de estos programas se relaciona con su capacidad preventiva, de control y mitigación de los riesgos corporativos. Los programas de cumplimiento se asocian al compromiso ético de las empresas y están encaminados a garantizar ambiente empresarial de prestación de bienes y servicios basados en los pilares de integridad, transparencia y buen gobierno corporativo¹⁸.

La adopción de programas de *Compliance* para prevenir los riesgos que puedan afectar la seguridad y salud de los trabajadores, tiene como punto de partida el compromiso de la alta dirección empresarial y una comprensión sobre la importancia de la gestión del cumplimiento en este ámbito como un área clave del trabajo exitoso. Concurren obligaciones legales y éticas dirigidas a garantizar que las actividades productivas se lleven a cabo de manera segura, y se actualicen oportunamente frente a los riesgos endógenos y exógenos de cada actividad productiva. Además, la seguridad en el trabajo puede afectar la reputación de la compañía y ser uno de los factores decisivos que impulsen a los clientes a optar por sus productos o servicios en lugar de los de sus competidores. Es una prioridad desarrollar una cultura de cumplimiento de la seguridad y salud laboral que fortalezca la salvaguarda de los derechos esenciales de los trabajadores en todas las empresas.

El cumplimiento orientado a la prevención de la siniestralidad laboral es mucho más que la ausencia de riesgos inesperados. Se trata de un compromiso efectivo para incorporar la seguridad y salud laboral en el epicentro de cada actividad. Cuando se considera en la empresa que el cumplimiento de la seguridad es una prioridad, se diseñan por sus directivos

¹⁷ LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (2014), «Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», en AA.VV., op. cit., págs. 301-337, ROBLES PLANAS, R. (2013), «El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal», en AA.VV., «Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas». Barcelona: Atelier, págs. 319-331.

¹⁸ RAMÍREZ BARBOSA, P. A. y OLIVÉ FERRÉ, J. C. (2019), «*Compliance*, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial», op. cit., pág. 160 y ss.

indicadores claves y objetivos estratégicos que se integran en programas de *Compliance*, que permiten alcanzar el buen gobierno corporativo.

Una vez que existe una visión clara de cómo será un entorno de trabajo compatible, junto con objetivos medibles para determinar el progreso, la implementación de las acciones específicas de prevención, control, mitigación y abordaje de los riesgos laborales resultan efectivas en la cultura organizacional de la empresa. Por el contrario, la ausencia de tales medidas repercute negativamente en el desarrollo y gestión de los objetivos sociales. El cumplimiento de la salud y la seguridad afecta directamente el desarrollo del objeto social corporativo y la productividad en la empresa. Buenas medidas de *Compliance* pueden reducir los gastos generales y generar una cultura organizacional más saludable requerida para el éxito sostenible¹⁹.

Un programa de cumplimiento eficaz debe: a. abordar acciones concretas que garanticen a los trabajadores un sistema adecuado en el lugar donde desarrollan sus actividades productivas. b. Contar con sistemas de información y reporte en tiempo real de los riesgos en atención a las necesidades individuales de cada empresa. c. Considerar las características de la compañía, los riesgos endógenos y exógenos a la actividad empresarial, entre ellos, la ubicación específica, el número de trabajadores, los sistemas de formación y capacitación. d. Los recursos financieros y el presupuesto destinado en el cumplimiento de la salud y la seguridad que debe ser idóneo para lograr una auténtica cultura de la prevención de riesgos en el trabajo. e. Medidas permanentes orientadas a la capacitación, información y asistencia de todos los integrantes de la compañía y terceros relacionados en los aspectos de la salud y la seguridad como prioridad estratégica. f. la comunicación asertiva y permanente con los trabajadores en relación a los cambios empresariales, actualización de los riesgos, novedades normativas y contractuales que sean relevantes en la prevención y garantía de la seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

En este ámbito es relevante realizar auditorías permanentes que pueden ser lideradas internamente o contratar a un consultor de seguridad externo. Las medidas de *Compliance* en materia de seguridad deben estar enfocadas a evitar los sistemas de informes complejos, formación inadecuada y sobrecargas laborales que supongan pese a la intencionalidad de ser observadas la ineficacia en su realización. Lo anterior, implica que los trabajadores tengan tiempo suficiente para completar cualquier requisito de presentación de informes, o que el equipo de seguridad sea el adecuado,

¹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2015), «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», op. cit., pág. 172.

debe articularse entonces, el nivel de cumplimiento y la voluntad de cumplir. Este liderazgo solo es posible si la alta dirección considera que el cumplimiento de la salud y la seguridad es una prioridad en sus actividades.

Los procedimientos de *Compliance* se integran con el monitoreo permanente, orientado a la evaluación de los riesgos, medidas adoptadas y su progreso. La evaluación y supervisión puede generar la implementación de medidas adicionales, si son requeridas, y la consolidación de una cultura organizacional de cumplimiento de la seguridad y salud en el trabajo. Lo anterior, debe estar acompañado de revisiones y evaluaciones periódicas de los cambios y las políticas empresariales de gestión de los riesgos y niveles de productividad, que permitan implementar cualquier acción adicional si es necesario²⁰.

Un eficaz programa de cumplimiento en el área de la salud y la seguridad en el desarrollo de las actividades laborales debe incluir dentro de su estructura el Código de Ética que incorpore acciones específicas contra el acoso laboral, sexual y demás aspectos orientados a fomentar la ergonomía en el trabajo. Los modelos de prevención de riesgos laborales y los canales de denuncia interna, tendrán resultados positivos para la empresa, pero, sobre todo, un amparo real de los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores como sujetos de especial protección²¹.

IV. REFLEXION FINAL

El cumplimiento en materia de la seguridad y, salud en el trabajo incluyen una amplia gama de leyes, regulaciones y estándares orientados a la prevención de la siniestralidad laboral, que involucran obligaciones a los diversos actores públicos y privados del mercado. Estas acciones implican medidas destinadas a prevenir las situaciones de peligro grave para

²⁰ RAMÍREZ BARBOSA, P. A. y OLIVÉ FERRÉ, J. C. (2019), «Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial», op. cit., pág. 160 y ss.

²¹ El delito contra la seguridad y salud en el trabajo, suponen determinar en la empresa quienes tienen asignados los deberes en la Prevención de Riesgos Laborales, quienes pueden ser integrados en el sistema de Compliance empresarial ser objeto de supervisión. El *Compliance Officer* no excluye la función del legalmente obligado a facilitar los medios de seguridad y salud en el trabajo y del delegado de prevención de riesgos laborales. En particular, el técnico de prevención, tiene la labor de prevención en materia de prevención de riesgos laborales, el delegado de prevención: es el representante de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales y el *compliance officer*, tiene la labor de supervisar el cumplimiento normativo en todas las áreas de la empresa incluida la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y la normativa que la desarrolla.

los derechos fundamentales de los trabajadores como consecuencia de la inobservancia de la facilitación de los medios de seguridad y a evitar las muertes y enfermedades profesionales.

El cumplimiento laboral es esencial para la protección de los derechos de los trabajadores y el desarrollo empresarial sostenible, responsable y eficaz. Esto implica la realización constante de informes de cumplimiento preventivo de los riesgos laborales, los cuales, suelen requerir estudios previos y actualizados, análisis de riesgos, gestión de recursos dirigidos a la capacitación y formación de los trabajadores y responsables.

Una mayor autorregulación como *Compliance*, puede contribuir a la mitigación de los riesgos de sanción penal de los individuos que incumplen la normativa de prevención de riesgos y ponen en peligro grave la salud y seguridad en el trabajo. Es necesario desarrollar con enfoque preventivo los Programas de Transparencia y Ética Empresarial e instrumentos análogos como mecanismos efectivos en la prevención de los delitos contra los derechos de los trabajadores, a pesar de la ausencia, en países como España, de la responsabilidad de la persona jurídica en este sector.

Un buen y eficaz programa de cumplimiento en este ámbito busca garantizar que se observen las obligaciones legales y contractuales, sobre todo la eficaz protección de la vida y salud de los trabajadores. *Compliance* también puede contribuir al éxito de las empresas y generar menos impactos negativos en la reputación de las corporaciones, al pago de multas costosas, suspensión de permisos y licencias que impedirían la operación, entre otras. Resulta fundamental fortalecer las acciones de cumplimiento en defensa de la vida y salud de los trabajadores mediante acciones como las siguientes:

- a. Desarrollar actividades de gestión de riesgos para monitorear las causas generadoras de las muertes y enfermedades profesionales, mejorar la toma de decisiones y abordar los efectos de la siniestralidad laboral. Las medidas preventivas deben fortalecerse mediante análisis exhaustivos y la exploración versátil de los sectores con mayores riesgos en el trabajo.
- b. El uso de herramientas tecnológicas como *Big Data* e inteligencia artificial, pueden resultar útiles para monitorear focos de riesgos y sectores de peligro psicosocial o físico para los trabajadores en atención a la actividad productiva en particular, el uso de sistemas de video vigilancia, y demás instrumentos que aporta la tecnología (con observancia de los derechos fundamentales) pueden contribuir a reforzar la salvaguarda de los derechos del trabajador.
- c. En este ámbito se requiere una colaboración intersectorial, entre las administraciones públicas y las empresas, que incluya acciones

- de información, análisis, prevención, ejecución y mitigación de los riesgos laborales. La capacitación permanente a los trabajadores, la actualización de las medidas de seguridad y la sensibilización frente a la siniestralidad laboral debe ser una preocupación real.
- d. La detección, persecución y sanción efectiva de los individuos responsables de la no facilitación de los medios de seguridad requeridos en la prevención de la siniestralidad laboral, por dolo o imprudencia es necesario. Cuando se ha probado las responsabilidades penales y/o administrativas, deben existir sanciones idóneas, útiles y eficaces para disuadir a otros de causar daños similares.
 - e. La construcción de un programa de cumplimiento laboral en la prevención de riesgos, es útil como un instrumento para prevenir los delitos e infracciones administrativas graves en este ámbito, junto a los controles contables internos efectivos y la adecuada gestión de riesgos, seguida de políticas y procedimientos actualizados a la medida de la corporación, y que estén respaldados por la supervención de los garantes de los bienes jurídicos de los trabajadores.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012). *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, ARROYO ZAPATERO, L; GARCIA RIVAS, N; FERRÉ OLIVÉ, J; SERRANO PIEDECASAS, J, TERRADILLOS BASOCO, J, (2005), «Curso de Derecho Penal, Parte General», Barcelona.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, (2008), «¿Qué salvar del art. 318 CP?: la responsabilidad de administradores y encargados de servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Revista General de Derecho Penal*, 9.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, (2011), «Comisión por omisión», en AA.VV., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid.
- HORTAL IBARRA, J, (2004), «Protección penal de la seguridad en el trabajo», Barcelona.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2015), «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», en AA.VV., «Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa». Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, J. A. (1994), «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», Madrid: Civitas, 1994.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., (2006), «La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas», en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.), Dykinson, Madrid.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2015), «El criminal compliance desde la perspectiva de delegación de funciones».

- RAMÍREZ BARBOSA, P. A. (2007), el delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal español), Madrid.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. A., (2020), «Derecho penal corporativo y compliance: Criterios de imputación penal en las empresas», en AA.VV., Problemas actuales de derecho penal Económico...». Bogotá.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. A. y OLIVÉ FERRÉ, J. C. (2019), «Compliance, Derecho Penal Corporativo y buena gobernanza empresarial». Bogotá D. C.: Tirant Lo Blanch.
- ROBLES PLANAS, R. (2013), «El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal», en AA.VV., «Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas». Barcelona: Atelier.
- TERERADILLOS BASOCO, J. M. (2016), «Prólogo», en: GALLARDO GARCÍA, R.M., «Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores», Granada: Comares.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013), «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en AA.VV., «Compliance y teoría del Derecho penal». Madrid.

Avances y retrocesos en la protección penal del patrimonio cultural en el último cuarto de siglo o cómo el legislador no ha entendido –o querido entender– el mandato del art. 46 de la Constitución

Carmen Salinero Alonso

PTU-Derecho Penal

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria



I. INTRODUCCIÓN

EL MANDATO Y CONTENIDO del art. 46 de la CE, en cuanto integrante de los denominados «Derechos de Tercera Generación» o «Derechos de Prestación»¹, determinó un nuevo modelo de Estado Social en el que destaca, entre otros aspectos, la constitucionalización de la protección de los bienes culturales² por el Estado, el sometimiento de la propiedad privada a la protección del valor cultural de estos

¹ Por todos, PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de Derechos Humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, págs. 203 a 217. El autor después de analizar someramente los denominados derechos de primera generación, cuyo valor guía fue la libertad, así como la igualdad en los derechos de segunda generación, apunta como valor de referencia en los derechos de tercera generación a la solidaridad, integrando al disfrute del patrimonio histórico y cultural dentro de ellos.

² El concepto de bienes culturales, núcleo del patrimonio cultural, fue acuñado en Italia por la Comisión Franceschini, llamada así en atención a su presidente, y cuyo informe fue publicado en la *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1966, págs. 116 y ss., informe que a las aportaciones de GIANNINI, M. S., en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, núm. 1, 1976, suponen la construcción jurídico-técnica de la Teoría de la Bienes Culturales por parte de la doctrina italiana, que ha trascendido a nuestro país no

bienes, prevaleciendo el interés público por encima de las facultades dominicales clásicas y la sustitución de las viejas técnicas administrativas de escaso intervencionismo –técnicas de policía y fomento– por las denominadas técnicas de prestación en las que la Administración actúa positivamente a través de iniciativas que dinamizan el orden social. En este nuevo marco los poderes públicos, desde la consideración del servicio a la cultura como esencial, se transforman en promotores y agentes de cultura, debiendo favorecer y posibilitar el acceso de todos a la misma. Desde este escenario debía implementarse el mandato de protección recogido en el precepto constitucional al ámbito penal. Hasta entonces la tutela penal había estado dispersa a lo largo del Código Penal alrededor de los delitos contra el patrimonio, las defraudaciones y los daños.

El Código Penal de 1995 introdujo de manera sorpresiva³ el Capítulo II, del Título XVI del Libro II, bajo la rúbrica de los «Delitos contra el patrimonio histórico» –arts. 321 a 324–. Junto a este capítulo –*tutela penal directa*– los preceptos que han venido tutelando el patrimonio cultural se encuentran, como acabo de señalar, diseminados por todo el texto, a modo de agravaciones específicas, –*tutela penal indirecta*⁴– en relación con los delitos de hurto, robo, estafa, apropiación indebida y malversación⁵. En el ámbito de los delitos contra bienes protegidos en

solo doctrinal sino también legislativamente, *v. gr.*, el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

³ Este capítulo fue introducido a última hora en el trámite del Senado y a través de una enmienda que reagrupó bajo la rúbrica de referencia a diversos preceptos que, con mayor o menor fortuna, tutelaban el patrimonio histórico. El actual artículo 321 fue una segregación del entonces artículo 315 –delitos contra la ordenación del territorio–; el art. 322 es una mera repetición del art. 316 del Proyecto de Ley en discusión y los arts. 323 y 324 fueron extraídos del correspondiente capítulo dedicado a los daños y ubicados dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. No es extraño, por tanto, la descoordinación, contradicciones, solapamientos, incoherencias punitivas e interpretaciones forzadas a las que ha dado lugar y que ya adelanté en mi trabajo *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*, ed. Cedecs, 1997, págs. 296 y 315.

⁴ Sobre el sistema de tutela penal indirecta fundamentado en el régimen privatístico de los bienes artísticos en el que prevelace el interés individual frente al colectivo y en el que la protección penal de los bienes culturales es reflejo indirecto de la tutela que se ofrece a los bienes patrimoniales en su conjunto, MANTOVANI, F., «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1976, Fas. I, págs. 58 y 59.

⁵ La agravación contenida en el art. 432.2 Cp fue suprimida por LO 1/2015, si bien de manera indirecta, dada la nueva redacción, puede aplicarse la agravación prevista para la estafa del art. 250, tanto en el caso de administración desleal como de apropiación indebida llevada a cabo por autoridad o funcionario público.

caso de conflicto armado, el legislador tipificó expresamente los ataques contra bienes culturales en los art. 613 y 614 Cp., que fueron objeto de una modificación por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Salvo esta modificación de escaso alcance y a pesar de las críticas vertidas por la doctrina⁶ a lo largo de los años y de las numerosas reformas del Código Penal llevadas a cabo, la regulación de la protección penal del patrimonio histórico se ha mantenido intacta hasta la LO 1/2015⁷.

El presente trabajo se centrará en los aspectos más significativos de esta reforma y en calibrar hasta qué punto el resultado responde al contenido del art. 46 del texto constitucional.

⁶ Por todos, GUIASOLA LERMA, C.: *Los delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2001; ARIAS EIBE, M. J.: *El patrimonio cultural. La nueva protección en los art. 321 a 324 del Código Penal de 1995*, ed. Comares, 2001; ROMA VALDÉS, A.: «Por una reforma de la protección penal del Patrimonio Cultural», *Revista de Patrimonio Cultural y Derecho*, 2005; GARCÍA CALDERÓN, J. M.: «La relación del patrimonio histórico con el derecho penal», *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Ministerio de Cultura, 2008; RODRIGUEZ MORO, L.: «Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXII, julio-diciembre, 2011; PÉREZ ALONSO, E., Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 33, 1998, SALINERO ALONSO, C.: *La protección penal del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*, ob. cit.

⁷ Extra muros del CP, la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando recoge tanto las infracciones administrativas como el delito de contrabando. La LO 6/2011, de 30 de junio, que la modifica, fija en 50.000 euros el valor de los bienes en caso de que se exporten o expidan bienes del Patrimonio Histórico Español sin la correspondiente autorización administrativa o con ella si se han falseados datos para obtenerla (art. 2.2 a). Se admite la comisión imprudente –lo que permite la punición en casos de error de tipo vencible (art. 3.1) y se incluye un tipo hiperagravado (art. 3.2) cuando el delito se lleve a cabo «por medio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o entidad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo». En este caso no se exige ningún límite cuantitativo.

En contra de la fijación de un límite cuantitativo por ir en contra del valor social y cultural de estos bienes, OTERO GONZÁLEZ, P., «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2015, pág. 365.

II. LAS MODIFICACIONES DE LA LO 1/2015 EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

La LO 1/2015 introduce por primera vez modificaciones, algunas de ellas de calado, tanto en la regulación de los delitos contenidos en el Cap. II del Título XVI como de los tipos que se encuentran fuera de él. Una vez más el legislador ha desaprovechado⁸ la ocasión para eliminar el sistema dual sobre el que orbita la protección penal del patrimonio cultural y que conlleva que la técnica de los subtipos agravados sea el eje de una protección penal del patrimonio cultural subsidiaria y secundaria respecto del injusto básico que protege la concreta figura delictiva⁹.

1. *La reforma del art. 323¹⁰ Cp*

Las modificaciones introducidas en este artículo son diversas y, en general, han sido bienvenidas por la doctrina especializada:

a) *Simplificación del objeto material*. El legislador de 1995 empleó una fórmula –muy criticada y heredada del ya derogado art. 558.5 del anterior código penal¹¹– a la hora de señalar los bienes sobre los que recaía la acción típica de este precepto. Desaparece ahora la referencia expresa a los daños «en un archivo, registro, museo, gabinete científico o institución análoga» sin que el contenido del precepto se vea por ello restringido, ya que si estos lugares poseen valor cultural quedarán subsumidos dentro de «bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental». Si bien esta simplificación debe ser aplaudida resulta criticable que no se

⁸ En el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, C.: «La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 2018, pág. 37 y 53; NUÑEZ SÁNCHEZ, A., «La nueva regulación del delito de expolio en yacimientos arqueológicos», *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 159; GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*, Dykinson, 2016, págs. 149 y ss. En la misma línea y desde el principio se pronunció la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 1997, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, págs. 575 y ss.

⁹ Sobre los cambios operados fuera del Cap. II del Título XVI GUIASOLA LERMA, C.: «La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español», ob. cit., págs. 35 a 56.

¹⁰ Llama la atención que el *Preámbulo* de la ley no dedique ni una sola línea a las modificaciones de que ha sido objeto el art. 323, lo que pone en evidencia el escaso interés que esta materia despierta en nuestro legislador.

¹¹ Por todos, SALINERO ALONSO, C.: *La protección penal del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*, ob. cit. pág. 314.

haya hecho extensiva a la enumeración contenida en el art. 324 que acoge la comisión por imprudencia grave de los daños al patrimonio cultural. Por lo demás, en este aspecto, el precepto no cambia nada respecto de la anterior regulación ya que siguen incluidos en su campo de acción tanto los bienes muebles declarados Bienes de Interés Cultural (BIC) como los inmuebles que tengan tal declaración pero que no estén comprendidos en el artículo 321 (*edificios singularmente protegidos*), los bienes muebles o inmuebles inventariados o catalogados por la Administración y todos los bienes muebles e inmuebles a los que se les atribuya un valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental independientemente de que hayan sido o no objeto de una previa declaración administrativa. En este sentido, tanto el Tribunal Constitucional¹² como el Tribunal Supremo¹³ en jurisprudencia consolidada y avalada por la generalidad de la doctrina, han considerado que no es necesaria la previa declaración administrativa para que los bienes que tengan los valores recogidos en el tipo sean protegidos penalmente como integrantes del Patrimonio Histórico Español. Así, se afirma que no constituye requisito integrante del tipo penal la previa declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues *la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español*. Se manifiesta, por tanto, que desde una perspectiva jurídico penal el Patrimonio Histórico está integrado por todos aquellos bienes materiales que ostentan un valor cultural *per se*, sin necesidad de la previa declaración formal por la autoridad administrativa competente. Esta interpretación resulta plenamente conforme a la exigencia constitucional del art. 46 que señala que la protección del patrimonio histórico se llevará a cabo *cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*.

¹² STC 181/1998, de 17 de septiembre, (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1998)

¹³ STS núm. 654/2004, de 25 de mayo y STS núm. 93/2016, de 15 de noviembre. Más recientemente la STS 641/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4252) (ponente Sr. Palomo del Arco), hace un minucioso recorrido por la historia y evolución de la jurisprudencia, haciendo hincapié en los argumentos en que tanto doctrina como jurisprudencia se apoyan para mantener esta interpretación y afirmando finalmente que «el art. 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre *bienes de valor histórico, artístico científico, cultural o monumental* (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del art. 46 CE».

b) *Pormenorización de los yacimientos arqueológicos*. Al tiempo que se simplifica, como hemos visto, el objeto material el legislador introduce dos especificaciones en relación con los yacimientos arqueológicos: los terrestres y los subacuáticos. Puede que desde un punto de vista preventivo general sea plausible su incorporación, pero lo cierto es que desde una perspectiva dogmática no parece que fuera necesaria esta pormenorización¹⁴. Surge, sin embargo, la duda de si los yacimientos paleontológicos forman parte o no del concepto de yacimiento arqueológico al no haber sido incluidos de manera expresa en la nueva redacción del precepto. Sobre esta cuestión entiendo que el legislador no ha considerado necesario tal inclusión por considerar que los restos paleontológicos, al amparo de lo previsto en el art. 41 LPHE, forman parte del patrimonio arqueológico¹⁵.

c) *Incorporación del expolio como tipo autónomo*. La expresa previsión en el precepto estudiado del expolio de yacimientos constituye una novedad no exenta de polémica, no por su incorporación en sí que ha sido aplaudida por la doctrina¹⁶, sino por la defectuosa técnica legislativa que se emplea, ya que puede llevar a confusión sobre si el expolio se refiere a todos los yacimientos arqueológicos o solamente a «estos últimos» –los *subacuáticos*-¹⁷. Por su parte, el legislador no define qué debe entenderse

¹⁴ De este parecer OTERO GONZÁLEZ, P., «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», ob. cit., pág. 346. A favor de su inclusión y considerando que con ello se incorporan las previsiones de la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, ratificada por España en 2005 y en vigor desde 2009, GUIASOLA LERMA, C.: «Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho Penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, págs. 3 y 4. Sobre si el *yacimientos paleontológico* queda fuera o no del *yacimiento arqueológico*, RUFINO RUS, J., «Respuesta penal a los delitos sobre patrimonio histórico: novedades tras a reforma en materia de expolio arqueológico», en Curso «Delitos contra el patrimonio histórico. Especial referencia al patrimonio arqueológico», Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 29 y 30 de junio, 2017, pág. 22.

¹⁵ En este sentido, ROMA VALDÉS, A.: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, ed. Comares, 2008, pág. 74 y COLMENAREJO FRUTOS, A., «Los delitos sobre el Patrimonio Histórico. Aspectos generales», en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2018, págs. 30 y 31.

¹⁶ Así, VERCHER NOGUERA, A., «El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico», en *Diario La Ley*, núm. 9151, 2018, pág. 2 saluda positivamente la inclusión de esta figura si bien la «reforma no ha colmado las expectativas existentes, habiendo quedado en un intento frustrado, dado lo poco explícita y clarificadora que la misma ha resultado»,

¹⁷ NUÑEZ SÁNCHEZ, A., «El expolio arqueológico y su tratamiento penal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, ob. cit., pág. 75. Entendiendo que solo se refiere a los yacimientos subacuáticos y no a los terrestres, GUIASOLA LERMA, C., «Delitos sobre

por «expolio», encontrándonos con que ni el concepto gramatical –«despojar a algo o a alguien con violencia o iniquidad»– por ser demasiado estricto, ni el concepto jurídico administrativo –«toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social», (art. 4 LPH)–, por todo lo contrario al referirse a una situación de riesgo o puesta en peligro muy general y abstracta, son conceptos que puedan trasladarse de forma automática al ámbito penal¹⁸. Todo ello, obligará, sin duda, a un mayor esfuerzo interpretativo por los operadores jurídicos¹⁹. Sobre este extremo comparto plenamente la tesis de VERCHER NOGUERA cuando señala que cabe entender, tras la lectura del precepto, que el expolio de yacimientos arqueológicos es no solo una conducta diferente de las figuras que se recogen dentro de los delitos contra la propiedad (hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, receptación... agravados por el valor cultural de los bienes), sino que el expolio al que se refiere el art. 323 es un *subtipo autónomo* diferente a los «daños» que estos bienes puedan sufrir, ya que tal conducta atenta contra su función social y cultural al «descontextualizar» su entorno histórico²⁰. Para esta interpretación el autor sigue a BARRIO MARTÍN²¹ para quien el expolio de un

el patrimonio histórico: artículo 323 del CP», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2015, págs. 997 y 998. La autora, en todo caso, estima que hubiera resultado preferible una agravación específica en el caso de estos yacimientos porque «son muy superiores las dificultades para su vigilancia y control, así como para el descubrimiento de que el acometimiento ha tenido lugar».

¹⁸ Acercándose más al concepto administrativo y sosteniendo la tesis de que el expolio del art. 323 Cp supone un adelantamiento de la barrera punitiva frente a actos de puesta en peligro, NUÑEZ SÁNCHEZ, A., «El expolio arqueológico y su tratamiento penal», ob. cit., pág. 78.

¹⁹ GUIASOLA LERMA, C.: «Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho Penal», ob. cit., pág. 9.

²⁰ VERCHER NOGUERA, A., «El expolio de bienes de patrimonio histórico o la descontextualización penal del entorno arqueológico», pág. 3 y 4.

²¹ BARRIO MARTÍN, J., «La problemática del patrimonio arqueológico», manuscrito presentado en el Seminario de Fiscales de Medio Ambiente, CENEAM, Segovia, 13 de junio de 2015 págs. 4 y 5, señala que cualquier yacimiento o sitio arqueológico está integrado por dos activos principales: *el contexto y los elementos materiales*. Según el autor, el primero «...define el contenedor geológico modificado por la presencia humana, desde las sociedades más sencillas hasta civilizaciones más complejas. Esa modificación peculiar deja una huella ineludible en la nueva disposición de los estratos donde es posible ver la acción del hombre en un momento determinado de la Historia. Aunque este contexto siempre es material, está intrínsecamente unido a valores intangibles, en cuanto que sólo la investigación ordenada y profesional del contexto hace posible la interpretación objetiva de un yacimiento arqueológico, esto es, la generación

yacimiento arqueológico es uno de los hechos más graves contra nuestro patrimonio histórico al ocasionarse dos tipos de perjuicios. Por un lado, la extracción y robo de los objetos que se hallan en su interior, que pueden ser dañados de manera muy seria cuando se hace una rapiña descuidada, y que casi siempre suelen encontrarse en un estado de fragilidad estructural al permanecer enterrados durante varios siglos o milenios. Y, por otro, la destrucción parcial o total del *contexto* en que se encontraban los objetos por cuanto, de manera habitual, se remueven todos los estratos que forman el *contendor geológico* con el único objetivo de buscar, encontrar y sustraer el objeto físico (moneda, arma, joya, cerámica...). Partiendo de esta distinción, VERCHER NOGUERA considera que solamente el segundo de estos perjuicios se correspondería con el expolio propiamente dicho. Esta interpretación ayudará a resolver problemas concursales puestos de manifiesto por la doctrina con la anterior redacción²² y vendría a avalar la tesis que defiende el concurso medial de delitos entre la sustracción y el daño en el sentido propuesto por las Conclusiones de la VIII Reunión de la Red de Fiscales de Medio Ambiente, celebrada en Madrid en 2016²³.

de conocimiento». De otro lado, los elementos materiales son «el resultado de la acción humana que se acumulan en este contenedor arqueológico susceptibles de ser recuperados mediante una investigación de campo». Para el autor, resulta imposible disociar esos dos elementos, porque «...contexto y objetos, en perfecta integración, y manteniéndose intactos, hacen posible que la Arqueología pueda desempeñar el papel que tiene encomendado de estudiar nuestro pasado, registrarlo de manera ordenada, investigarlo con detalle, interpretarlo con precisión, y conservarlo para la sociedad en las mejores condiciones. Cualquier intromisión accidental o provocada (expolio p.e.) que lleve a disociar los objetos del contexto y a la inversa, generando daños, impide el desempeño de este papel social de la ciencia arqueológica...».

²² GUIASOLA LERMA, C.: *Los delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*, ob. cit., pág. 670 y ss.; «Delitos contra bienes culturales: una aproximación al concepto de expolio en Derecho Penal», *Revista General de Derecho Penal*, 16 a 18; GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*, ob. cit., pág. 240; DE LA CUESTA AGUADO, P.: «La reforma de los delitos contra el patrimonio histórico. El delito de expolio», *Comentarios a la reforma penal de 2015* (GONZALO QUINTERO OLIVARES dir.), Aranzadi, 2015, pág. 650, OTERO GONZÁLEZ, P., «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», ob. cit., págs. 347 a 350.

²³ «...castigar únicamente con la pena prevista en el citado último inciso del artículo 323.1 tanto los apoderamientos de piezas existentes en un yacimiento como los daños causados en el mismo al llevar a cabo la sustracción no recoge todo el desvalor de la conducta en cuestión. Es evidente que carecería de sentido, dada la relevancia constitucional de la protección del patrimonio histórico-artístico, que el castigo sea el mismo cuando solo se daña el yacimiento –desde el punto de vista material o inmaterial– que cuando, además, se produce el apoderamiento de objetos existentes en el mismo sustrayéndolos al disfrute social de la colectividad a la que realmente pertenecen. Lo cierto es que hasta ahora, y cada vez más pacíficamente, este tipo de hechos venían

d) *Introducción de una hiperagravación*. La reforma incorpora un segundo apartado que permite imponer la pena superior en grado en los casos en que se causen daños de «especial gravedad» o se trate de bienes cuyo valor cultural fuese «especialmente relevante». La utilización de concepto jurídicos indeterminados siempre trae consigo problemas interpretativos. No obstante, la doctrina, de manera general, celebra la introducción de un canon que permitirá ajustar la penalidad en atención a criterios cualitativos y alejarse de valoraciones meramente cuantitativas y económicas tan insatisfactorias en este tipo de bienes. Ciertamente en muchas ocasiones resultan difícilmente cuantificables no solo los daños en sí sino, también, los perjuicios ocasionados a la propia comunidad como colectivo. Por ello, la *especial gravedad* va más allá de los daños materiales producidos, debiéndose incluir los gastos de restauración, los estudios previos, en ocasiones preceptivos, para la intervención del bien, sin olvidar la estimación del daño ocasionado «a la sociedad en su conjunto como depositaria permanente de los bienes culturales»²⁴. En cuanto a la *especial relevancia* cultural de los bienes sobre los que recae la conducta típica, parece que no hay ningún tipo de duda sobre que dentro de esta categoría se encuentran los bienes declarados de interés cultural (BIC), ya sean bienes muebles o inmuebles –en este último caso siempre, claro está, que estemos ante un derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos ya que, si así fuera, entraría en juego el art. 321 Cp–. Ello no obsta para que si se trata de bienes con los valores señalados pueda apreciarse esta agravación a pesar de que sobre los mismos no recaiga una previa declaración formal,

castigándose a través de un concurso medial entre la sustracción y el daño», citado por COLMENAREJO FRUTOS, A., «Los delitos sobre el Patrimonio Histórico. Aspectos generales», ob. cit., pág. 30. Considerando que la introducción del expolio en el art. 323 facilita la solución del concurso, NUÑEZ SÁNCHEZ, A., «La nueva regulación del delito de expolio en yacimientos arqueológicos», *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo* (CRISTINA GUIASOLA LERMA, dir.), Tirant lo Blanch, 2018, pág. 183.

²⁴ GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*, ob. cit., pág. 184. En el ámbito de los yacimientos arqueológicos RODRÍGUEZ TEMIÑO, I., «Propuesta para la valoración de daños en yacimientos arqueológicos», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 16, 2012, pág. 286 y ss., señala el coste de la información perdida, el precio de los bienes dañados que resulten identificables, el coste de las actuaciones de conservación preventiva y de restauración necesarias para asegurar las zonas del yacimiento intactas que puedan estar en peligro. También deben incluirse los costes de los bienes que requieran restitución e incluso de aquellos que se han perdido y la hubiesen necesitado en caso de haberse podido excavar. Todo ello, sin olvidar lo que denomina índice de sensibilidad del bien afectado, entendido como un coeficiente en razón del interés histórico-arqueológico del yacimiento dañado.

haciéndose extensiva esta hiperagravación a los bienes ocultos o no descubiertos y que carecen, por ello, de un control administrativo.

e) *Eliminación de la cuantía económica*. La redacción originaria del art. 323 no contemplaba la delimitación cuantitativa del delito a partir de los 400 euros, si bien esta venía impuesta por la redacción de la falta del art. 625.2 y así se entendió de manera casi unánime en la práctica forense. En este aspecto la reforma no modifica nada, pero la derogación de las faltas operada con carácter general hace que, de manera indirecta, se elimine la exigencia de que los daños al patrimonio cultural superen los 400 euros para que sean constitutivos de delito²⁵. Debe advertirse que no se trata de un cambio de paradigma por el que el legislador arrope la tesis doctrinal y jurisprudencial que, desde el principio, ha venido sosteniendo la incongruencia de que estos bienes sean valorados de acuerdo con un criterio meramente económico cuando su relevancia reside en su valor cultural. De hecho, este límite económico, en un ejemplo más de incongruencia, se mantiene en el art. 324 como criterio para la comisión del delito de daños por imprudencia grave. La falta de rigor jurídico y la confusión a la que nos conduce el *Preámbulo* de la LO 1/2015 vuelve a poner en evidencia el desinterés y la carencia de una técnica legislativa coherente en esta materia²⁶. Además, el legislador no se ha decidido por incluir el concepto de *valor incalculable*, tal y como reclama un sector de la doctrina²⁷.

²⁵ Considerando que los daños dolosos en bienes culturales que no superen los 400 euros serán castigados como un delito de daños genérico del art. 263 y que, por lo tanto, no podrán aplicarse la medida de reparación prevista en el 323.2 ni las disposiciones comunes establecidas en los artículos 339 y 340, GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*, ob. cit., págs. 208 y 209.

²⁶ El *Preámbulo* nos indica que tras la desaparición de las faltas el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del derogado artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural «pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudirse a la sanción administrativa».

²⁷ En este sentido, GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La defensa penal del Patrimonio Arqueológico*, ob. cit., pág. 214 entiende que «la norma penal debe crear un nuevo concepto jurídico, indeterminado pero también imprescindible, acudiendo a la pericia que se estime necesaria y que permita inferir que nos encontramos ante valores quebrantados por el agresor de una valor incalculable o, quizá más propiamente, de un valor irreparable». El autor considera que no hay «tanta distancia» entre este y otros ya integrados con normalidad en la norma penal como *notoria importancia* o *grave daño a la salud pública*. Así también, ROMA VALDÉS, A., «La valoración de los daños arqueológicos y la justicia cautelar en el proceso penal», *Revista PH. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, núm. 82, mayo de 2012, pág. 72. www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/download/3307/3307

f) *Modificación de la penalidad*. La pena de prisión ha sido reducida en su límite mínimo, pasando de una pena de prisión de «uno año a tres años» a una de «seis meses a tres años», coincidiendo, de este modo con la penalidad recogida en el art. 321 que no ha sido modificado por la reforma²⁸. En lo que se distingue del referido precepto es en que el nuevo art. 323 prevé la aplicación alternativa de la pena de prisión y de la pena de multa de doce a veinticuatro meses, cuando en la anterior regulación ambas penas eran acumulativas. Cabe pensar si la razón que ha podido guiar al legislador a la hora de establecer esta alternancia es que los daños de menor cuantía, tras la desaparición de la falta del art. 625.2, puedan sancionarse con pena de multa (en todo caso más severa que la prevista en el art. 263 para los daños genéricos). Sin embargo, el silencio que guarda en el Preámbulo de la Ley no ayuda a descifrar si fue esa su intención. Por último, resulta criticable que no se haya incluido, desde una perspectiva político criminal, la pena de inhabilitación especial tal y como recoge su homólogo art. 321, ya que en numerosas ocasiones los autores de los daños –sobre todo en yacimientos arqueológicos– son profesionales de la construcción. Del mismo modo, llama la atención que tras la reforma de la LO 10/2010 no se haya aprovechado la ocasión para incluir a las personas jurídicas como sujetos activos en los tipos contra el patrimonio histórico²⁹.

2. *Modificaciones fuera del art. 323 Cp*

Al margen de los cambios introducidos en el art. 323, la LO 1/2015 contempla expresamente y por vez primera la **receptación de bienes culturales** (art. 298.1 a), acudiendo para ello a la vía del *subtipo agravado* –prisión de uno a tres años–. Esta inclusión que ha sido aplaudida de forma unánime por la doctrina, sin embargo, se encuentra con una importante limitación a la hora de su aplicación, consecuencia de la sistemática adoptada por el Código penal: el delito de receptación se circunscribe a la ayuda o aprovechamiento, recibo, adquisición u ocultación de bienes provenientes de un delito contra «el patrimonio o el orden socioeconómico». Por

²⁸ La equiparación penológica de ambos preceptos viene a corroborar la tesis de quienes sostienen que el art. 323 es un tipo autónomo respecto del art. 321, más aún con la incorporación del subtipo agravado del apartado segundo, siendo la relación entre ambos tipos penales de especialidad del art. 321 frente al 323, OTERO GONZÁLEZ, P., «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», ob. cit., pág. 351.

²⁹ RUFINO RUS, J., «Respuesta penal a los delitos sobre patrimonio histórico: novedades tras a reforma en materia de expolio arqueológico», ob. cit., pág. 24.

ello, quedarían fuera, en principio, todos aquellos bienes expoliados que procedan de yacimientos arqueológicos salvo que pueda entrar en juego el delito socioeconómico –hurto/apropiación indebida– por la vía del concurso ideal o medial con el delito de daños del art. 323.

La última modificación operada por la reforma de 2015 y que afecta a la tutela penal que dispensa nuestro Código a los bienes culturales, no supone ninguna modificación de un delito existente ni la incorporación de figura específica o subtipo agravado, sino la eliminación en el **delito de malversación (art. 432 Cp)** de la referencia expresa a los bienes de valor histórico o artístico. Pese a lo que pudiera parecer, tal modificación no resulta tan criticable si se realiza una interpretación teleológica del precepto. Ciertamente no es buena noticia que desaparezca del artículo la mención expresa a los bienes históricos y puede que la técnica legislativa empleada no sea la mejor, pero lo cierto es que el legislador se remite al delito del art. 253 –apropiación indebida– que, a su vez, se remite al art. 250 –estafa agravada–, por lo que, si bien desaparece la protección directa de los bienes culturales en el art. 432, el legislador abre la puerta a una tutela indirecta por la vía de las remisiones normativas³⁰. El aspecto positivo de esta modificación es que la redacción derogada señalaba la necesidad de que los bienes malversados «hubieran sido declarados de valor histórico o artístico», exigencia de previa declaración administrativa que no aparece en el art. 250.3 que alude únicamente a que los bienes «integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico». En este sentido, de ser asumida esta interpretación, la protección del patrimonio cultural resulta reforzada frente a la anterior redacción.

III. CONSIDERACIONES FINALES Y VALORACIÓN DE LA REFORMA

A pesar de las críticas vertidas por la doctrina sobre la sistemática y contenido de los delitos contra el patrimonio histórico regulados en el Cap. II del Título XVI del Cp, hemos tenido que esperar casi dos décadas para que el legislador se haya dignado a introducir algún cambio en su articulado y cuando lo ha hecho se ha dejado por el camino el rigor, la concreción legal y la depuración técnica exigibles en el ámbito penal. Una vez más, y son muchas ya, se ha desaprovechado la ocasión para que la regulación penal cumpliera fielmente el mandato impuesto por el art. 46 CE.

³⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., «Protección penal de los daños al patrimonio histórico (tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015)», ob. cit., pág. 360, siguiendo a ROMA VALDÉS, A., «La estafa agravada por el valor cultural del objeto y la falsificación de obras de arte y antigüedades», *La Ley Penal*, n.º 116, 1 de sep. 2015, pág. 6.

El modelo, intacto desde 1995, falla desde sus mismas bases de construcción al optar por un sistema *dual* o *mixto* de protección de los bienes históricos en el que el interés económico y patrimonial va de la mano, cuando no pivota por encima, del interés cultural que debería ser su eje vertebrador. Los problemas interpretativos y de relaciones concursales se clarificarían y allanarían si todas las conductas lesivas para el patrimonio cultural se recondujeran a un mismo bloque sistemático o Capítulo autónomo, incluidos los actos de sustracción y apropiación. Partiendo de este esquema la valoración económica pasaría a un segundo plano y la función cultural de los bienes históricos adquiriría el protagonismo que demanda el texto constitucional. Mientras esta solución no se aborde las futuras reformas, si es que las hay, serán meros retoques y parches que mejorarán o solventarán, en el mejor de los casos, los aspectos más controvertidos de la actual regulación, pero no estaremos ante una legislación coordinada y acompasada al bien jurídico protegido: el valor cultural como elemento y manifestación de la historia de la civilización y «de los modos de pensar, vivir y sentir de los hombres en el tiempo y en el espacio»³¹.

³¹ GIANNINI, M.S., «I beni culturali», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, ob. cit. págs. 7 y 8.

CAPÍTULO IV.
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO,
CRIMINOLOGÍA, ENSAYOS PENALES

Alternativas a la privación de libertad en España. Especial referencia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad

Julio Fernández García
Profesor Asociado Derecho Penal
Universidad de Salamanca



I. PREFACIO

TUVE LA SUERTE DE CONOCER al maestro Ignacio BERDUGO en segundo curso de la Licenciatura de Derecho (1980-81), en la asignatura de Derecho Penal I, Parte General, en la que nos impartió la parte de Consecuencias Jurídicas del Delito. El resto de la asignatura corrió a cargo del entonces catedrático José Ortego Costales. El escaso tiempo que, conforme al programa de la asignatura, nos dedicó, fue el suficiente para inculcarnos la motivación por el estudio de una materia altamente interesante, fundamentalmente por el método utilizado, en el que la duda, la reflexión, el debate permanente y la crítica fueron los ingredientes principales. Varios años más tarde y cuando me dedicaba como profesional penitenciario a estudiar las vicisitudes de las personas privadas de libertad (estudio individualizado de cada una –respetando su dignidad y derechos humanos–, su situación penal, procesal, penitenciaria, perfil criminológico, clasificación de grado, programas de tratamiento, realización de informes para propuestas de permisos de salida, de concesión de libertad condicional y otras cuestiones de la ejecución de la pena) y ejerciendo mis funciones en la vieja cárcel de Zamora (1993) el director me sugirió que invitase al maestro BERDUGO –miembro, en aquél momento, de la comisión de expertos que elaboraron el borrador técnico que sirvió

de base al proyecto de Código Penal de 1992— a impartir una conferencia a los presos de la cárcel. Le llamé por teléfono y encantado, como siempre, aceptó la invitación. La conferencia fue todo un éxito. A partir de ese momento me sentí motivado para matricularme en el programa de doctorado sobre la Reforma del Derecho Penal dirigido por el catedrático BERDUGO y su excepcional equipo de profesores: Charo Diego, José Ramón Serrano-Piedecasas, Juan Carlos Ferré, Mari Luz Gutiérrez, Laura Zúñiga y Fernando Pérez, para quienes siempre tendré palabras de cariño y agradecimiento. Además de ellos, estaban adscritos al viejo Seminario de Derecho penal «José Antón Oneca», ubicado en la Facultad de la plaza de Anaya como doctorandos, Carmen Salinero, Isabel Zöder, Ana Pérez, Carmen Rodríguez, Virginia Sánchez y Eduardo Fabián. En esa promoción del doctorado (1993-95) entramos Nieves Sanz, Paz Carvajal, Miguel Ángel Núñez, Eduardo Demetrio, Alejandro Rodríguez y yo. Además de los diferentes cursos del doctorado, nos reuníamos todos los viernes de 16,00 a 20,00 horas en el Seminario, para discutir sobre diferentes temas de Derecho Penal: de dogmática, política criminal, criminología y penología y derecho penitenciario.

El maestro BERDUGO siempre ha sido un ferviente defensor de la adecuación de la legislación penal a los principios inherentes al modelo de Estado en él diseñado, el Estado Social y Democrático de Derecho, que no son otros que los de legalidad, exclusión de la responsabilidad objetiva, protección de bienes jurídicos, ultima ratio y proporcionalidad y en relación al sistema de sanciones, por exigencias tanto de prevención general negativa como de prevención especial positiva, considera coherente la sustitución de las penas cortas privativas de libertad por otras de diferente naturaleza como la reducción de la duración de las penas largas; porque, tanto en uno como en otro caso, es la postura más coherente y racional con la orientación de las penas y medidas de privación de libertad hacia la resocialización del reo¹. También me enseñó mi maestro que el principio de humanidad de las penas es un principio básico y absolutamente necesario, no sólo en al fase de ejecución de las penas y medidas de seguridad, sino en todo el sistema penal². El respeto a la dignidad y a los derechos

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General*. Las Palmas de Gran Canaria, Revista del Foro Canario, vol. 87, 1993, pp. 59-76.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derecho Penal y Constitución» En *Leciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I, Introducción al Derecho Penal*, obra colectiva, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), BERDUGO

humanos es una cuestión político criminal básica y fundamento y límite del ordenamiento jurídico³.

II. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los sistemas penales del mundo las penas privativas de libertad siguen siendo, por desgracia, las más importantes del catálogo sancionador. Las penas de prisión o de cárcel, como también se las ha denominado históricamente, sustituyeron progresivamente a otras penas de diferente naturaleza que estaban enraizadas en la estructura política y social del Antiguo Régimen⁴, en lo que TOMÁS Y VALIENTE⁵ denomina «*Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*»: pena de muerte, penas aflictivas, corporales y las infamantes restrictivas de libertad, que consistían en Extrañamiento (destinar al condenado a vivir fuera del territorio nacional de su Estado), Confinamiento (obligar al penado a vivir en un determinado lugar durante un tiempo determinado) y Destierro (enviar a un penado lejos de su familia, donde no podía regresar, en muchos casos durante toda la vida). Algunas de estas condenas se han modernizado, pero siguen vigentes.

Las penas privativas de libertad se han considerado históricamente perjudiciales para el ser humano, debido a que las condiciones del encarcelamiento han sido muy duras; en lugar de estar orientadas a la resocialización del delincuente, cumplían una finalidad retributiva (de castigo) y de prevención especial negativa (intimidación e innocuización o encierro) y las consecuencias eran muy negativas. Provocaban más desocialización, porque las condiciones de vida, sanitarias e higiénicas de las cárceles y las relaciones con los demás eran muy precarias, constituyendo un verdadero

GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., (Autores), 2.^a Edición, Madrid, Iustel 2015, p. 99.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Prólogo en SERRANO-PIEDRECASAS, J.R., *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, PPU, 1988, p. XIX. También en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», Salamanca, Universidad de Salamanca, 2018, p. 114. «La aspiración a alcanzar la vigencia real de los Derechos del hombre, internacional y constitucionalmente consagrados, constituye una idea básica, objetivo y límite, que tenemos que intentar transmitir a quienes están en nuestras aulas y no sólo a ellos, también al conjunto de nuestra sociedad. Esta es nuestra responsabilidad».

⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La pena en el Código Penal. Especial referencia a la pena de prisión» En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*, obra colectiva, op cit., p. 283.

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 408-409.

factor criminógeno, no preparaban al penado para la vida en libertad (no ofrecían actividades laborales, culturales, ocupacionales, formativas, terapéuticas o asistenciales que les sirvieran para compensar sus carencias y facilitar su inserción plena en el tejido social).

Por ello, los sistemas penales más avanzados iniciaron un proceso de sustitución de algunas penas privativas de libertad (las de duración más corta) por otras menos gravosas para los derechos de la persona y que, a su vez, promovieran mejor la integración del ciudadano condenado en el ámbito social. Es mayoritaria la posición doctrinal que considera que, desde el punto de vista político criminal, las penas cortas privativas de libertad han sido cuestionadas frecuentemente por sus evidentes efectos desocializadores⁶, sin contrapartida reeducadora⁷. Ya en el I Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Londres, en 1872, se argumentaba la inutilidad⁸ de esta sanción penal y VON LISZT que estas penas ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan, pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen⁹. En la misma línea otros autores como MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN consideran que en las penas privativas de libertad excesivamente cortas, la escasa gravedad de las conductas a las que deberían imponerse aconseja acudir a mecanismos sancionadores menos duros y estigmatizantes que la prisión¹⁰.

⁶ SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid, Colex, 2000, p. 224.

⁷ LÓPEZ GARRIDO, D., y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentarios al texto y al debate parlamentario*. Madrid, Eurojuris, 1996, p. 59.

⁸ ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 701.

⁹ LISZT, V., *La idea de fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Traducción Pérez del Valle, Granada, 1995, pp. 89 y ss. En la misma línea CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, Reimpresión, 1974. Para este autor los problemas que presenta el internamiento de estas características son, entre otros, los siguientes: a) incapacidad para ejercer un influjo educativo sobre el penado; b) carencia de eficacia intimidativa, en particular sobre los delincuentes endurecidos; c) perturbación en las relaciones laborales y familiares; d) alto costo de ejecución y e) falta de establecimientos adecuados para el cumplimiento. En la misma línea MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Civitas, 1990, p. 68, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Congreso de Derecho Penal de Salamanca. Veinte años de reformas penales», en *Dos décadas de Reformas Penales*. Coordinadora SAN MULAS, N., XX Congreso de Alumnos de Derecho Penal de Salamanca, Granada, Comares, 2008.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*. 10ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 511.

En el presente trabajo abordaremos la experiencia española de los últimos años relacionada con la implementación de la pena alternativa a la privación de libertad de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC), pena privativa de otros derechos y que se han potenciado, fundamentalmente, a partir de las reformas del Código Penal (CP) aprobadas por sendas Leyes Orgánicas (LO) 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, además del Real Decreto (RD) 840/2011, de 17 de junio *«por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas»*.

Debido a las limitaciones de espacio no analizaremos en este artículo la aplicación de otras medidas penales alternativas a la privación de libertad como la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración (generalmente hasta 2 años de duración si el penado cumple con una serie de requisitos)¹¹ ni la pena de multa. No obstante, sí hay que destacar que la aplicación de estas medidas sustitutivas de penas cortas privativas de libertad ha supuesto una notable descongestión de los centros penitenciarios, en los que ya no se percibe la sensación de hacinamiento que existía tan sólo diez años antes. La población penitenciaria ha descendido en ese periodo¹² más del 27 %. Tampoco es menos cierto que

¹¹ En el derecho español, como en la mayoría de los derechos penales de los países de nuestro entorno, se prevé que algunas penas de prisión impuestas por delitos menos graves y leves puedan suspenderse, es decir, no ser cumplidas en la cárcel, siempre de forma potestativa por el tribunal sentenciador y cuando se cumplan algunos requisitos, fundamentalmente la primariedad delictiva del condenado, que éste haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y que las penas no superen los 2 años de duración. En algunos casos, se puede incrementar hasta los 5 años de duración para penados que hayan cometido el delito con ocasión de su adicción a drogas o sustancias alcohólicas y siempre que se comprometan a un tratamiento de deshabituación. Si el tribunal lo considera pertinente, puede decretar la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo entre 2 y 5 años, dependiendo de los casos, conforme a lo establecido en los artículos 80 y siguientes del CPE. Durante ese tiempo de suspensión, el tribunal puede imponer al penado una serie de condiciones, entre las que están la realización de talleres o programas de intervención relacionados con su actividad delictiva y la imposición de pena de TBC. Siempre como condición. En los delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o pareja, aún sin convivencia (violencia de género), en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad siempre se impondrá como condición la prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares o de comunicar con los mismos, por el tiempo determinado fijado por el tribunal, la prohibición de residir en un lugar determinado y la participación en programas de tratamiento de violencia de género.

¹² Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. www.institucionpenitenciaria.es. Según los datos estadísticos que ofrece la web de la Secretaría General de

España ha sido uno de los países miembros del Consejo de Europa donde, tanto la tasa de población reclusa por cada cien mil habitantes como los porcentajes de sobreocupación o hacinamiento han sido más elevados¹³. Por su parte, también es una realidad que en los últimos años se ha incrementado la sustitución de penas cortas privativas de libertad por otras de diferente naturaleza¹⁴.

Instituciones Penitenciarias, en mayo de 2010 había 76.951 internos en las cárceles españolas de todo el estado y en junio de 2021 la población carcelaria era de 56.166.

¹³ Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por el Informe SPACE I, de 2019, del Consejo de Europa, realizado por la Université de Lausanne, publicado en diciembre de 2019. Debido a la sustitución de penas cortas privativas de libertad por otras de diferente naturaleza, fundamentalmente los TBC (en otros países denominados Trabajos Comunitarios o Sociales), el porcentaje de internos por cada 100.000 habitantes ha ido descendiendo en la mayoría de los países del Consejo de Europa (47). España ha sido uno de los países que ha experimentado un descenso de población carcelaria más acusado en los últimos 10 años. Así, en las cárceles españolas en 2009 el porcentaje era de 169,4 internos por cada 100.000 habitantes y a finales de 2019, era de 125,7. En Francia en 2009 ese porcentaje era de 103 y actualmente es de 104,5. En los siguientes países: Alemania, 89,3 y 76,7; Italia, 108,4 y 99,6; Holanda, 70,5 y 56,4; Noruega, 68,4 y 60,6; Suecia, 77,2 y 59,7; Suiza, 79 y 81,3. Por otro lado, en relación a la capacidad de las prisiones de los diferentes países, es decir, la densidad de internos en las cárceles por cada 100 plazas, España es uno de los países que más inversiones ha realizado en la construcción de nuevas infraestructuras penitenciarias y, por consiguiente, tiene una tasa de hacinamiento realmente baja. La tasa de ocupación es menor que la media europea. Tiene una tasa de ocupación de 71,7 internos por cada 100 plazas cuando la media europea está en 89,5. Francia tiene una tasa de 116,5; Alemania, de 85,6; Italia, de 118,9; Holanda, de 97,3; Noruega, de 88,5; Suecia, de 93,4 y Suiza, de 93,9. Sin embargo, en América Latina, estos datos son espeluznantes y verdaderamente alarmantes. Según datos publicados por LATAM 2020 sobre población penitenciaria son los siguientes: Haití, 454,4 internos por cada 100 plazas; Guatemala, 372; Bolivia, 363,9; Perú, 240,7; El Salvador, 215,2; Honduras, 204,0; República Dominicana, 183,2; Nicaragua, 177,6; Brasil, 167,7; Venezuela, 153,9; Colombia, 145,9; Paraguay, 143,1; Ecuador, 133,2; Costa Rica, 129,1; Panamá, 122,2; Chile, 100,4; Uruguay, 99,3; México, 90,1. Esto confirma la prácticamente nula aplicación de penas alternativas a la privación de libertad. El hacinamiento es terrible y las condiciones de vida de la población carcelaria son penosas, por lo que se puede afirmar sin temor a equivocarnos que el cumplimiento de la pena lleva aparejado tratos crueles, inhumanos y degradantes.

¹⁴ Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por el Informe SPACE II, de 2019, del Consejo de Europa, realizado por la Université de Lausanne, publicado en junio de 2020. Según este informe, el 31 de enero de 2019 había en Europa cerca de 2 millones de personas sometidas a penas y medidas no privativas de libertad como la vigilancia electrónica, los trabajos comunitarios, los arrestos domiciliarios, los programas de tratamiento y la libertad condicional. La tasa general de personas sometidas a estas medidas no privativas de libertad se sitúa en 139,6 por cada 100.000 habitantes, cuando esta misma tasa de personas encarceladas sometidas a penas privativas de libertad es de 105,8. En algunos países como Holanda o Suecia se están cerrando progresivamente algunas de sus cárceles debido, por un lado, a la reducción

III. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA SITUACIÓN DE LAS PENAS CONFORME A SU NATURALEZA

El artículo 32 del CP prevé que las penas, según su naturaleza, serán: privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. Dentro de las privativas de libertad, conforme al artículo 35 estarían la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, como sabemos¹⁵.

De las penas privativas de otros derechos, la de TBC es la que más se aplica en la práctica y la que parece más adecuada conforme a la orientación resocializadora de las penas prevista en la CE y que sustituye a penas privativas de libertad de corta duración¹⁶.

El último tipo de penas según su naturaleza prevista en el CP es la de multa, pena pecuniaria que se impondrá por el sistema de «*días multa*» (artículo 50 CP) porque se adapta mejor a la capacidad económica del condenado. Si el penado no satisface la multa, voluntariamente o por vía de apremio se le podrá sustituir bien por responsabilidad personal subsidiaria,

en la imposición de penas de prisión y, por otro, al incremento considerable de las penas y medidas alternativas a la privación de libertad. Incluso Holanda está alquilando las infraestructuras carcelarias a países como Bélgica, que tiene una tasa de ocupación más preocupante, además de ser uno de los países de la Unión Europea con la tasa de criminalidad más alta.

¹⁵ La pena de prisión permanente revisable (artículos 36.1, 78 bis y 92 CP) ha sido introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, que, aún el eufemismo de la denominación, no deja de ser una cadena perpetua, cuya revisión se realiza, según los distintos supuestos previstos en el CP, bien por la gravedad de los delitos (terrorismo), o por la comisión de varios delitos, a los 25, 28, 30 ó 35 años. Si el penado cumple los requisitos de cumplimiento de ese tiempo de la pena, se encuentra clasificado en el tercer grado de tratamiento (aplicación del régimen abierto o de semilibertad), su evolución conductual y tratamental es favorable, se le puede suspender la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional. Esta libertad condicional podría ser revocada si comete nuevo delito o si incumple las reglas y deberes impuestos por el tribunal sentenciador que impuso la condena.

La pena de prisión tiene una duración que oscila entre los 3 meses y los 20 años, aunque excepcionalmente puede llegar hasta los 40 años si hay concurso de delitos (artículo 36.2 y 76.1 CP).

La localización permanente (también conocida como arresto domiciliario), que tiene una duración de entre 1 día y 6 meses (artículo 37 CP).

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Que también se puede convertir en pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (artículo 53 CP).

¹⁶ En el CP existe una clasificación tripartita de las penas: graves, menos graves y leves; las dos primeras que se imponen para los delitos graves y menos graves y las últimas para los delitos leves (artículo 13 CP). La pena privativa de otros derechos de TBC se puede imponer tanto para los delitos menos graves como para los leves.

localización permanente o TBC (en este último caso previa conformidad del penado). Tiene una duración determinada, cuantificada en días meses y años. La duración mínima es de diez días y la máxima de 2 años, aunque para las personas jurídicas, la máxima es de 5 años. La cuota diaria mínima es de dos euros y la máxima de 400. En el caso de las personas jurídicas, la cuota mínima diaria es de 30 euros y la máxima de 5.000. Todo ello en función de la capacidad económica del condenado. En caso de impago, la regla de sustitución es de un día de privación de libertad o un día de TBC por cada dos cuotas no satisfechas¹⁷.

Uno de los problemas más comunes que surgen con la pena de multa es la sustitución por su impago. Si la pena de multa se ha ideado para sustituir a penas privativas de libertad de corta duración, no parece lógico que ante el impago por el condenado de la cantidad económica impuesta en la misma, se sustituya por responsabilidad personal subsidiaria o localización permanente, cuando éstas son privativas de libertad. Por tal motivo, en algunos países como Italia, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la sustitución de la multa por privación de libertad; en cambio, en otros como España, se considera constitucional la medida¹⁸, aunque recomienda que esa responsabilidad subsidiaria se cumpliera con la ejecución de otra pena no privativa de libertad.

Consciente de esa recomendación, el legislador español ha resuelto este problema y también posibilita que la pena de multa no satisfecha se

¹⁷ Con un ejemplo se entiende suficientemente: dos ciudadanos son condenados por el mismo hecho delictivo a una pena de 3 meses multa. Existe el mismo injusto y la misma culpabilidad. El sujeto A tiene una renta anual de 50.000 euros y el sujeto B, de 10.000. El juez, conforme a la capacidad económica impondrá al sujeto A una cuota diaria de 100 euros (por ejemplo) y al sujeto B, de 20 euros. La multa que tiene que satisfacer el sujeto A es de 9.000 euros y el sujeto B sería de 1.800 euros. En el caso que nos ocupa, si los sujetos A y B no pagan la cantidad de multa impuesta, ambos ingresarían en prisión a cumplir 45 días de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o permanecerían esos 45 días como localización permanente ó tendrían que realizar 45 jornadas de TBC.

¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La multa», en obra colectiva en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I. Introducción al Derecho Penal*, obra colectiva, op., cit., p. 341. El TC italiano, en Sentencia 131/1979, de 16 de noviembre declaró la inconstitucionalidad de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, proponiendo como medidas sustitutorias la libertad controlada y el TBC. En cambio el TC español, en STC 19/1988, de 16 de febrero, estableció que no es una previsión inconstitucional porque es una consecuencia subsidiaria por el incumplimiento de una norma general. En todo caso, recomendó que la responsabilidad subsidiaria se cumpliera con la ejecución de otra pena no privativa de libertad.

sustituya por TBC¹⁹. Los tribunales de justicia están imponiendo mayoritariamente, en lugar de pena privativa de libertad ante el impago de multa, la de TBC. Es más equitativo, menos estigmatizante para el condenado y sirve también para no congestionar el sistema carcelario. Respeta más el principio de humanización de las penas y la finalidad preventivo especial positiva de resocialización y de prevención general, pues la sociedad ve con mejores ojos que el penado contribuya con su esfuerzo a reparar el daño causado en muchas ocasiones sin detrimento de la finalidad resocializadora de las penas.

IV. CUESTIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Los diferentes Estados, en general, han tenido que hacer reformas en las leyes penales para incluir las alternativas a la prisión y el desafío social ha sido muy elevado. La sociedad, en su conjunto, suele demandar, cada vez con mayor eco, penas más severas y de mayor duración, aunque en el impulso de alternativas a las penas privativas de libertad existe menos rechazo social porque se imponen a delitos menos importantes, a conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos jerárquicamente menos relevantes.

No obstante, en el espectro político y social se ha acuñado una frase muy característica, que es el deseo de que los delincuentes *«se pudran en la cárcel»*, aunque este axioma lo es más para delitos muy graves que generan alarma social y afectan a bienes jurídicos fundamentales como el de la vida, la libertad sexual o la libertad. En relación a las conductas delictivas menos lesivas, los especialistas de las ciencias jurídicas, de las sociales y de la conducta, han acreditado fehacientemente que las alternativas a la privación de libertad son menos negativas tanto para el delincuente como para la sociedad, porque tienen un componente más resocializador, más humanitario y menos estigmatizante. Esta disputa la están venciendo los expertos, los técnicos, sobre los criterios generales de la sociedad en su conjunto; al menos en Europa, que es la cuna del progreso, de la modernidad y del respeto a los derechos humanos. Desde el punto de vista político criminal, los Estados han abordado estos desafíos guiados por la doctrina penal mayoritaria, lo que ha generado que se estén implementando más

¹⁹ Artículo 53.1 in fine CP. *«también podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante TBC. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo»*.

las alternativas a la cárcel que las penas privativas de libertad. Este es el ejemplo que hay que seguir y en un futuro no muy lejano sustituir progresivamente todas las penas privativas de libertad por otras de diferente naturaleza.

Por otro lado y después de analizar las estadísticas de población reclusa de cada país y la implementación de penas alternativas, nos daremos cuenta que los Estados que más aplican desde hace años las sanciones penales alternativas y que han resultado muy positivos, tanto para los penados como para la sociedad en general, tienen unos índices de delincuencia más bajos. Menos penas privativas de libertad y más penas y medidas alternativas es directamente proporcional a países avanzados y con un equilibrio económico y social adecuado. Estos países llevan muchos años aplicando políticas sociales y de redistribución de la renta y la riqueza, implementando un sistema tributario justo y progresivo en función de los ingresos y de las rentas de los ciudadanos y tienen políticas públicas para todos: sanidad, educación, servicios sociales y un Estado Social y Democrático de Derecho avanzado. De otra parte, en estos enclaves, la corrupción política y económica es prácticamente inexistente y la cohesión social es más sólida. Son más avanzados del mundo donde sigue en vigor el «*welfare state*» o Estado del Bienestar. Está demostrado que en cuestiones de política criminal la mejor forma de prevenir el delito no consiste en tener las leyes penales más duras y las penas más largas, sino, previamente el Estado tiene que aplicar adecuadamente las políticas sociales y ser el factor corrector de las desigualdades sociales, económicas y culturales. VON LISZT²⁰, ya en su famoso «*Programa de Marburgo*», en 1882 decía que «*el delito no es sólo un problema jurídico, es también un problema social*». En estos casos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, actuando previamente en el problema social pueden solucionarse y prevenirse muchos delitos, porque, insistía VON LISZT que «*la mejor política criminal es una buena política social*». Parece la solución menos gravosa y la forma de avanzar hacia un Derecho Penal Mínimo y Garantista, conforme a los principios del Derecho Penal Moderno.

V. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La pena de TBC, conforme a lo establecido en el CP (artículos 32, 39 i y 49) es una pena privativa de otros derechos. Con las últimas reformas

²⁰ LISZT, V., *La idea de fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Traducción Pérez del Valle, Granada, 1995, pp. 89 y ss

del CP (fundamentalmente a partir de la aprobada por LO 5/2010 de 22 de junio) se ha incrementado la imposición y el cumplimiento de esta sanción penal. Así, en el año 2010 apenas había unos 1.000 personas cumpliendo este tipo de pena y actualmente hay más de 110.000 condenas en todo el territorio español²¹. En cambio, en el mismo año 2010, las cárceles españolas llegaron a tener su máxima ocupación, con 76.951 internos y en la actualidad hay 56.166.

El trabajo que desempeñen los penados tiene que realizarse con el consentimiento del interesado y consiste en la realización no retribuida de actividades de utilidad pública, que podrán consistir en labores de reparación de daños causados con el delito, de reparación a las víctimas o en la realización de talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. El trabajo será facilitado por la Administración y cada jornada de trabajo tendrá una duración máxima de 8 horas²². Debe adaptarse a las circunstancias personales del condenado. Se encuentra regulado en el artículo 49 del CPE y el RD 840/2011, de 17 de junio²³.

²¹ Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en la web de la SGIIPP www.institucionpenitenciaria.es.

²² A este respecto los juzgados de vigilancia penitenciaria (JVP), que asumen el control de la ejecución de la pena de TBC han considerado, con carácter general, que cada jornada de TBC fuera de 4 horas, salvo excepciones en virtud del principio de flexibilidad establecido en el artículo 49 del CP y el RD 740/2011, de 17 de junio. No obstante se está consolidando la costumbre de considerar cada jornada de dos horas debido al incremento de penas impuestas de TBC en los últimos tiempos y la escasez de entidades donde cumplir las penas. También han influido notablemente las circunstancias excepcionales de la pandemia por la Covid-19. Debido a ello, durante el primer Estado de Alarma declarado en marzo de 2020 se suspendieron las ejecuciones de penas de TBC y en la actualidad no todas las entidades están funcionamiento con normalidad. Así, la Subdirección General de Medio Abierto de la Dirección General de Ejecución Penal de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha sugerido que se solicite a los JVP la reducción de la jornada de 4 a 2 horas. En esta línea, el Acuerdo del JVP de Castilla y León n.º 5, con sede en Salamanca, resolviendo Expediente Gubernativo, de 18 de mayo de 2021, no se opone y por consiguiente admite la reducción de la jornada de TBC a una duración de dos horas.

²³ Artículo 49 CPE. «Los TBC, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o el apoyo o asistencia a las víctimas, así como a la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 1.ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten

La Administración Penitenciaria estará obligada a dar de alta a los penados en la Seguridad Social, que será costeada y abonada por la propia administración. El penado se beneficiará de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por todos los días de prestación de ese trabajo²⁴.

La gestión del cumplimiento de la pena de TBC se realiza en los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMA), que dependen de la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP). Este servicio está adscrito a los centros penitenciarios y existe uno en cada provincia del Estado. En virtud de la Ejecutoria decretada por los Tribunales y Juzgados Sentenciadores, el SGPMA se encarga de citar al penado para realizarle el Plan de Ejecución, mediante una entrevista inicial realizada por el

los servicios. 2.ª No atentará a la dignidad del penado. 3.ª El TBC será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. 4.ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. 5.ª No se supeditará al logro de intereses económicos. 6.ª Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicará al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena; b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible; c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma; d) Por cualquier otra razón, su condena fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468. 7.ª Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto». Nota: el artículo 468 aludido se refiere al delito de Quebrantamiento de Condena, por el que sería juzgado y condenado, en su caso.

²⁴ El artículo 11 del RD 840/2011, de 17 de junio establece que «1. Los penados a TBC que se encuentren cumpliéndola, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, salvo que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de la citada acción protectora. 2. En las mismas condiciones previstas en el apartado anterior, estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales».

Trabajador Social, destinándole a realizar las jornadas de TBC a una de las entidades que tenga convenio con la administración penitenciaria. Las entidades son instituciones, incluso de gobierno, fundaciones, asociaciones y otras, sin ánimo de lucro²⁵. La incomparecencia de los penados a las citas previstas por los SGPMA, en virtud del mandato del órgano judicial sentenciador, tendrá consecuencias negativas para el penado y puede deducirse testimonio por el que podrá ser juzgado por un nuevo delito que, en algunos casos se ha considerado de desobediencia, conforme al artículo 556 del CP y otros de quebrantamiento de condena, del artículo 468 del CP²⁶. En

²⁵ Las entidades donde los penados pueden realizar las jornadas de TBC son de todo tipo: ayuntamientos, diputaciones provinciales, universidades, colegios profesionales, asociaciones y fundaciones: Cruz Roja, Cáritas Diocesana, asociaciones y fundaciones contra la drogadicción y contra enfermedades como el cáncer, parroquias, asociaciones de vecinos, centros de mayores, de discapacitados y un largo etcétera. Las tareas que realizan los penados son de limpieza, mantenimiento, administrativas y de puro trámite, ayuda a personas mayores y dependientes y cualquier otra actividad para estas entidades sin ánimo de lucro.

²⁶ Una corriente dentro de la jurisprudencia, partiendo de la afirmación que hace la STS de 14 de marzo de 2005 de que «*el quebrantamiento de condena solo puede producirse cuando se ha iniciado el cumplimiento efectivo de la condena*», considera que la pena de TBC solo puede ser quebrantada una vez se ha elaborado el plan de cumplimiento de la misma. Sin embargo otros órganos judiciales consideran que tanto la inasistencia injustificada a la citación de los SGPMA para elaborar el plan de cumplimiento de la pena como el incumplimiento del plan una vez fijado, aprobado e iniciado, darían lugar al delito de quebrantamiento de condena. Ello porque, una vez impuesta la pena, no se puede dejar al albur de la voluntad del penado el cumplimiento de la misma y dicho cumplimiento pasaría tanto por la definición y fijación del plan –sin ello no se puede pasar a la siguiente fase– como por su concreta ejecución. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*. Elaboración y comentarios LUENGO BORRERO, I., Coordinación LARA RONDA, A. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2014, pp. 760-765. Sentencia 98/2013 de Audiencia Provincial de Cáceres de 25/02/2013: «*A tenor de la normativa, de la esencia del delito del artículo 468 del CP (del quebrantamiento de condena), y de que las penas no pueden dejarse en su ejecución y cumplimiento a la voluntad de los afectados por ellas, entendemos que el hacer del condenado impidió que su condena se cumpliera, por lo que dependiendo de su colaboración la ejecución de la misma al no presentarse cuando fue citado ante los Servicios Penitenciarios, quebrantó la pena impuesta, sin que sea posible el hablar de una falta, tanto por la gravedad del hecho como por la voluntad obstruccionista del acusado...*» En la misma línea la Sentencia 51/2013 de la Audiencia Provincial de Toledo de 27/06/2013, la Sentencia 479/2013 de la Audiencia Provincial de Cantabria de 29/11/2013, En *Jurisprudencia Penitenciaria 2017*, pp. 749-753, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13/11/2017. En cambio, no consideran delito de quebrantamiento de condena, *Jurisprudencia Penitenciaria 2016*, pp. 772-778, Sentencia 90431/2016 de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 07/12/2016: «*El delito de quebrantamiento de condena exige que se haya dado inicio al cumplimiento material de la misma, pues sin tal circunstancia no puede sostenerse el quebrantamiento, ni*

cambio, hay criterio generalizado que si el incumplimiento se produce una vez iniciado el cumplimiento de la condena, el penado habrá quebrantado la condena conforme al artículo 468 del CP.

Por su parte, y según establece el artículo 49 del CP, la pena de TBC también se puede sustituir por la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares. Se posibilita al penado que voluntariamente asista a estas sesiones, en lugar de cumplir jornadas de TBC, en función de su etiología delictiva. De esta forma el terapeuta trabaja con el penado las causas de su actividad delictiva y puede ser más efectivo para la efectiva resocialización del condenado²⁷.

El control de la ejecución de la pena de TBC corresponde, como se ha visto, al JVP, conforme establece el artículo 49.1.º del CPE y 7.1 del RD 840/2011, de 17 de junio. No obstante, cuando los TBC impuestos como condición de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad o de sustitución de una multa impuesta, el Tribunal Supremo Español (TS) ha determinado que el control de la ejecución sea del Tribunal Sentenciador y no del JVP²⁸

sistemáticamente ni desde el punto de vista normativo. Y así, respecto de los penados a penas de prisión que no se presenten voluntariamente al centro penitenciario, desde luego que se les podrá poner en busca y captura, más no por ello quebrantarían la pena, situación distinta respecto de quién no retorna al centro penitenciario tras cumplimiento de un permiso, pues éste forma parte de la condena, de tal forma que si no lo verifica incurrirá en el delito de quebrantamiento que examinamos». En la misma línea, Jurisprudencia Penitenciaria 2017, pp. 743-748, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13/06/2017, para quién «hacer caso omiso a los requerimientos para comparecer ante el SGPMA constituye delito de desobediencia». También Jurisprudencia Penitenciaria 2018, pp. 521-531 Sentencia 603/2018, del TS, Sala de lo Penal, de 28/11/2018, «no considera la falta de presentación de penado para elaborar el plan de cumplimiento como quebrantamiento de condena».

²⁷ Talleres y programas para delitos de Seguridad Vial como el TASEVAL ó PROSEVAL, o de violencia de género como los de REGENERAR o PRIA-MA (Programa Intervención para Agresores de Género en Medio Abierto) o PROBECO (Programa de Sensibilización en Competencias Sociales, para otros tipos delictivos menos graves y leves, como delitos contra el patrimonio o lesiones) se imparten en los SGPMA por los profesionales terapeutas correspondientes.

²⁸ STS 603/2018, de 28 de noviembre, en su fundamento jurídico tercero establece que: «La sentencia que había condenado al ahora recurrente, en la causa en la que se acabó imponiendo la aceptada consecuencia de cumplir el acusado trabajos en beneficio de la comunidad, estableció esta posibilidad como condición de la suspensión de la pena privativa de libertad. Cuando se habla de que esa pena se pueda cumplir mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, lo hace como acuerdo del juez o tribunal previa conformidad del penado. Es decir, se trata de un supuesto de suspensión de la pena privativa de libertad sometida a esa condición aceptada por el penado. Pues bien, cuando

Mención aparte merece especificar que los penados a TBC que, a su vez, estén cumpliendo una pena privativa de libertad en un centro penitenciario, podrán cumplir la pena de TBC simultáneamente con la privación de libertad, a tenor de lo establecido en el artículo 73 del CPE²⁹. La pena de TBC la cumplirán en tareas de limpiezas en los patios e instalaciones del centro penitenciario. No obstante y, aunque este criterio se ha generalizado, ha sido históricamente cuestionado en varias resoluciones por los JVP debido, fundamentalmente, a que el cumplimiento de TBC interfería en las actividades de tratamiento propias de la ejecución de la pena privativa de libertad y subvertiría la finalidad de la misma³⁰. En cambio, esos mismos Jueces verían posible la compatibilidad entre ambas condenas y, por tanto, su cumplimiento simultáneo, cuando el penado realice las actividades de los TBC en horas de asueto en las que no tuviera actividades de tratamiento programadas que realizar³¹, lo que sí tiene sentido en horarios en los que

de incumplimiento de condiciones de suspensión de la pena se trata, el ordenamiento jurídico establece la consecuencia que corresponde imponer. Así el artículo 84 del CP prevé la posibilidad de tal suspensión de la ejecución de la pena a, entre otras, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Y, a su vez, el artículo 86 del CP se refiere al supuesto en que se ha incumplido por el penado alguna de las condiciones del artículo 84 del mismo cuerpo legal. Entre ellas, por tanto, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Tal como se encabeza ese apartado 1 del artículo 86 citado la consecuencia será la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida... En consecuencia, el control de su ejecución corresponderá al sentenciador, debiendo resolver sobre su incumplimiento con la aplicación del artículo 86 del CP, revocando la suspensión cuando sea grave y reiterado». En el mismo sentido se pronunciaron los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en las jornadas celebradas en 2016, modificada por la Nota 1/2018, de «Adecuación de la conclusión 11.ª de las jornadas de fiscales de vigilancia penitenciaria de 2016 a la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia 603/2018, de 28 de noviembre, del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo».

²⁹ El artículo 73 CP establece que: «Al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas»

³⁰ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2007*. Elaboración y comentarios CIFUENTES PÉREZ, A., Coordinación CÁNOVAS CALATRAVA, R., Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2008, pp. 255-258. Auto del JVP de Valladolid de fecha 15 de mayo de 2007: «Permitir de forma indiscriminada el cumplimiento de penas de TBC supone o bien vaciar de contenido tratamental la pena privativa de libertad, pues el interno en vez de realizar las tareas propias del mismo se dedicaría a otras cosas, el cumplimiento de la pena de TBC, o bien justo lo contrario, pues si se entiende que ese trabajo forma parte del tratamiento, entonces resultaría que el cumplimiento de la pena de TBC sería una mera ilusión...», En la misma línea Auto de la Audiencia Provincial de Soria de fecha 4 de septiembre de 2007.

³¹ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2007*, op. cit. Pág. 256. El mismo Auto del JVP de Valladolid de fecha 15 de mayo de 2007, se dice, a continuación: «De admitirse esta posibilidad de simultaneidad,

se permite descansar al privado de libertad en sus propias celdas en algún momento de la jornada, generalmente por las tardes, donde no tenga que cumplir esas actividades y programas incardinadas en su tratamiento penitenciario individualizado. En la actualidad el cumplimiento simultáneo de TBC, junto a la pena privativa de libertad en el propio centro penitenciario, ya se ha generalizado y admitido no solo por los JVP sino también por los propios Tribunales Sentenciadores al imponer la pena³².

En relación a los porcentajes por delitos a los que se les imponen penas de TBC, actualmente el 34 % de los penados lo están por delitos contra la Seguridad Vial, el 28 % por delitos relacionados con al violencia de género, el 14 % por delitos contra el patrimonio: hurtos, apropiaciones indebidas, estafas y el 10 % por delitos de lesiones³³. Son los porcentajes más importantes de estos delitos en su versión menos grave y leve.

VI. CONCLUSIONES

El Derecho Penal Moderno de mínima intervención tiene que seguir en la línea de reducción de imposición de penas privativas de libertad y sustituirlas por otras sanciones alternativas menos gravosas para los derechos de la persona y con un componente más resocializador. La experiencia de los países que las han impulsado así lo acredita de manera fehaciente.

En España, la sustitución de penas cortas privativas de libertad por la de TBC está siendo positiva. No obstante, es necesario que la Administración

la misma solo podrá tener lugar en las horas de asueto de interno, no en aquellas otras en que conforme a los horarios del centro penitenciario se destinan a otro tipo de actividades. Y es que el interno en régimen ordinario o cerrado no dispone de su tiempo, se someten a un horario, horario que debe respetar las pautas del artículo 25 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». En la misma línea Auto del JVP de Alicante de fecha 21 de febrero de 2007, en SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2008*. Elaboración y comentarios MARQUÉS HARO, A., Coordinación LARA RONDA, A., Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2009, pp. 467-471.

³² Así, y como prototipo de este criterio, Sentencia 103, de 9 de junio de 2020 de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Valladolid y Ejecutoria posterior de 16 de agosto de 2020, en el fallo condenatorio se establece lo siguiente: «*Se condena al acusado... a) Por el delito de aborto causado de propósito (el autor propinó patadas y puñetazos a su pareja embarazada de 7 meses, resultando lesionada la víctima y muriendo el feto), 7 años de prisión; b) Por el delito de violencia habitual, 21 meses de prisión; c) Por el delito de amenazas, 80 días de TBC a cumplir simultáneamente con las penas de prisión en el propio centro penitenciario; d) por el delito de lesiones, 20 meses de prisión».*

³³ Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias www.institucionpenitenciaria.es

de Justicia, en general, y la Penitenciaria, en particular, incrementen los convenios con entidades sin ánimo de lucro para la ampliación de plazas donde poder ubicar a personas condenadas por TBC.

Por su parte, y con carácter general, también deben potenciarse otras alternativas a la privación de libertad como la suspensión de penas privativas de libertad de duración superior a los 2 años, así como la posibilidad de que penas de prisión impuestas, incluso para ciertos delitos más graves, atendiendo a las circunstancias del hecho, las personales del autor y la menor entidad del bien jurídico afectado, se puedan suspender y condicionar esa suspensión al cumplimiento de obligaciones o deberes menos graves que la privación de la libertad, como puede ser la realización de talleres y programas en función de la etiología delictiva que posibiliten la efectiva resocialización del condenado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *El régimen abierto en prisión*, Vitoria. Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, 1992.
- ABEL SOUTO, M., «Necesidad de alternativas frente a la propuesta hacia el punitivismo y sustitución de la pena de prisión según el artículo 88 del Código penal español, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio». AA.VV., en *Un derecho penal comprometido*. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- ASÚA BATARRITA, A. *El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas*. Bilbao, Estudios de Deusto, 1984.
- ASÚA BATARRITA, A., «El régimen penitenciario abierto. Consideraciones sobre su fundamentación». En AA.VV., *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro Homenaje al profesor Beristáin, 1989.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ, J. C./ SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Praxis, 1996.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el artículo 36 del Código Penal». En AA.VV., *Las últimas reformas penales*, Madrid, CGPJ, 2005.
- BERISTÁIN IPIÑA, A., *La multa en el Derecho Penal Español*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia n.º 240, Madrid, 1976.
- BLAY GIL, E., *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*. Barcelona, Atelier Libros, 2007.
- BLAY GIL, E./ LARRAURI PIJOAN, E., *Penas comunitarias en Europa*. Madrid, Trotta, 2011.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.
- BUENO ARÚS, F., *La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa*. Poder Judicial, n.º 9, Madrid, 1988.

- CALLAHAN, S. J., *Community service as an alternative to imprisonment*, en AA.VV. *Community service as an alternative to the prison sentence: proceedings of the meeting of Coimbra*. Ed. International Penal and Penitentiary Foundation, 1987.
- CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Barcelona, Bosch, 2009.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995*, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- DE SOLA DUEÑAS, A./ GARCÍA ARÁN, M./ HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Alternativas a la prisión*. Barcelona, PPU, 1986.
- ESPINA RAMOS, J. A. *Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado*. AJA, 664, 2005.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J./ PÉREZ CEPEDA, A./ SANZ MULAS, N./ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Coordinadores BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid, Colex, 2001.
- GONZALEZ TASCÓN, M. M., *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Premios Victoria Kent. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, Ministerio del Interior, 2013.
- GORJÓN BARRANCO, M. C., «La sustitución de la pena corta privativa de libertad y la localización permanente. Especial mención a los delitos de género», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L./ GORJÓN BARRANCO, M. C./ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., (Coords.), *La Reforma Penal de 2010*. Salamanca, Ratio Legis, 2011.
- GRASSO G., *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, en RIDPP, 1981.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005.
- JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2017. *Libertad condicional y Penas y Medidas Alternativas*. Elaboración y comentarios JIMENEZ LÓPEZ, M., Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, Ministerio del Interior, 2019.
- JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA años 1984-2018. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, Ministerio del Interior. Publicación en los respectivos años y tomos.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación en tercer grado y régimen abierto (I) y (II)*, La ley penal, n.º 67 y n.º 68, enero y febrero 2010.
- MARTINEZ GARCÍA, E. /VARGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*. Vitoria-Gasteiz, Ararteko, 2006.
- PEASE K., *Community Service Orders*, en TONRY, M. y MORRIS, N. *Crime and Justice*, n.º 6, Chicago, University of Chicago Press, 1985.
- PRAT WESTERLINDH, C., *Alternativas a la prisión*. Madrid, Dykinson, 2004.

- RÍOS MARTÍN, J.C./ SEGOVIA BERNABÉ, J., *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, Colex, 2006.
- ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid, Lex Nova, 2003.
- SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid, Colex, 2000.
- SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*. Madrid, Trivium, 1999.
- TELLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid, Edisofer, 2005.
- VALMAÑA OCHAITA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Pamplona, Thomson Aranzadi, D. L., 2006.

Derecho Penal ecocéntrico en Colombia: reconocimiento constitucional

Julio César Rodas Monsalve
Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN

A FIRMABA EL MAESTRO IGNACIO BERDUGO en el prólogo del libro que recoge mi tesis doctoral, «*El modelo social que corresponde a un Estado social y democrático de Derecho trae consigo la necesidad de proceder a una revisión general del contenido que hasta ahora ha tenido el ejercicio de la potestad punitiva del Estado*»¹. De igual manera, el maestro Berdugo ponía de presente que la protección penal de nuevos bienes jurídicos plantea problemas tanto político-criminales como dogmáticos en especial, por cuanto el reconocimiento del ambiente en la reforma del Código Penal de 1983 generó la justificada discusión sobre la vigencia del principio de intervención mínima en este ámbito ante la preocupación de una utilización meramente simbólica de las normas penales.

Pues bien, pese a las reticencias garantistas como las que expresaba el maestro Berdugo, la tendencia político-criminal en España y Colombia de criminalización de los atentados contra bienes, recursos y ecosistemas naturales se ha consolidado y extendido a ámbitos como la protección de los animales, reflejando la evolución de la conciencia y sensibilidad colectivas sobre la necesidad de proteger la sociedad no sólo de los «riesgos» de la

¹ RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección Penal y Medio Ambiente*, Editorial PPU, Barcelona, 1.ª edición, 1994, pág. 1.

contaminación ambiental² sino, también, la de cuidar a la naturaleza de la acción depredadora del hombre mismo.

De manera que, más allá del mandato constitucional de intervención punitiva en este ámbito y contenido tanto en la Constitución Española como en la Colombiana³; el agravamiento de la crisis ambiental y civilizatoria por riesgos globales como el cambio climático, la presión social y política por un modelo de desarrollo más «sostenible» y la insuficiencia de los instrumentos administrativos tradicionales⁴ para enfrentar este conflicto, sitúan la discusión no sobre la necesidad de intervención punitiva en este ámbito, sino sobre precisiones dogmáticas más concretas, como el alcance y contenido material del bien jurídico⁵, el desvalor del resultado, el grado de accesoriedad administrativa, etc., para que la regulación típica específica garantice los principios de ultima ratio y lesividad.

Precisamente, para comprender la evolución del concepto del bien jurídico protegido por el derecho penal ambiental, hay que considerar que el mismo comprende dos ramas diferenciadas: De una parte, el derecho penal ambiental «gris» o de lucha contra la contaminación ambiental que, esencialmente, busca proteger la salud colectiva de los efectos nocivos de vertimientos, emisiones, vibraciones, ruidos y demás liberaciones al aire, agua o suelo de sustancias tales como residuos sólidos o peligrosos violando las disposiciones y/o autorizaciones administrativas. Tanto en España como en Colombia, el bien jurídico protegido en los ilícitos de contaminación ambiental refieren a una perspectiva claramente antropocéntrica⁶, que se

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: Los delitos contra el medio ambiente, reforma legal y aplicación judicial, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pág. 15.

³ Artículo 45 numeral 3 de la Constitución Española, artículo 80 inciso 2 Constitución de Colombia.

⁴ Señalaban con razón MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PEREGRÍN, GARCÍA ÁLVAREZ, «La regulación administrativa se ha considerado, sin embargo, insuficiente, en la medida que las infracciones se castigaban la mayor parte de las veces con sanciones meramente económicas, que eran asumidas por las empresas como parte del costo empresarial: podía resultar más barato pagar las sanciones que modificar la tecnología para hacerla ecológica». MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, LÓPEZ PEREGRIN, CARMEN, GARCÍA ÁLVAREZ Pastora: Manual de derecho penal medioambiental, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 26.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 666 de 2010. Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto «Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano».

⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Ob. Cit, pág. 24. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PEREGRIN y GARCÍA ÁLVAREZ, Ob. Cit, pág. 135.

conecta con la finalidad constitucional de garantía del derecho colectivo al ambiente sano y con la salvaguarda de las competencias institucionales para fijar los límites del «riesgo permitido» en la utilización de los recursos naturales. Es por ello que, en estos ilícitos, no se trata de proteger la abstracta pureza de los bienes ambientales como el agua o el aire, que en el estado actual de desarrollo económico y social es ya casi imposible encontrar, sino de garantizar que los límites permisibles establecidos por las autoridades públicas en las «normas de calidad», permitan hacer un uso sostenible y equilibrado de estos recursos⁷ indispensables para el sistema social. Ciertamente, la consecuencia necesaria es que el bien jurídico en estos preceptos es esencialmente normativo y accesorio del derecho administrativo, por cuanto son las instancias de orden técnico y político las llamadas a realizar las respectivas ponderaciones, para equilibrar el uso del recurso con su capacidad de resiliencia teniendo en cuenta principios como el de prevención y precaución⁸.

Por otra parte, el derecho penal ambiental «verde» o de protección de la biodiversidad, los ecosistemas y áreas protegidas, el cual ha tenido una evolución importante tanto en España como en Colombia. En España en el Código Penal de 1995 se recogió en el Capítulo IV del Título XVI de los artículos 332 a 336 diferentes figuras delictivas bajo el título de Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos, que como señalan Muñoz Conde, López Peregrin y García Álvarez, recogen y actualizan disposiciones derogadas en materia de caza, pesca fluvial y pesca con explosivos, por lo que se añadieron figuras delictivas y se aumentaron las penas previstas. Ahora bien, la modificación más importante la introdujo la LO 15/2003 de 25 de noviembre con la tipificación como delito del maltrato a animales domésticos. En Colombia, sin una técnica legislativa tan depurada como la del Código Penal Español, se regularon y mezclaron en el mismo capítulo tipos penales relativos a la contaminación ambiental con los de protección de la fauna y la flora (arts. 328, 331, 335 y 336) y áreas de especial importante ecológica (art. 337). Este conjunto normativo también ha tenido modificaciones importantes con la Ley 1453 de 2011 que actualizó las sanciones y adicionó algunas conductas típicas como el artículo 330a relativo al manejo ilícito de especies exóticas.

⁷ Cfr. RODAS MONSALVE, Ob.Cit, pág. 91. Igualmente, RODAS MONSALVE, Julio Cesar: El delito de contaminación ambiental, Editorial Ibáñez, Colección ambiente y desarrollo sostenible, Bogotá D.C. 2017, pág. 82.

⁸ Es por ello que, en la Sentencia T-080 de 2015 la Corte Constitucional de Colombia afirma: «uno de los mayores desafíos al aproximarse al concepto de daño radicar en «encontrar el umbral admisible de contaminación que se pueda convalidar legalmente».

Este conjunto de tipos penales referentes a la biodiversidad busca alejarse de consideraciones exclusivamente antropocéntricas y proteger estos bienes ambientales por sí mismos, per se, independientemente de su utilidad inmediata o mediata para el ser humano. Ahora bien, bajo esta perspectiva ecocéntrica debe entenderse, igualmente, la ley 1774 de 2016, *Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones*», por cuanto en su artículo 1 reconoce que los animales son seres sintientes y no cosas y establece un nuevo Título en el Código Penal Colombiano, Título XI-A: DE LOS DELITOS CONTRA LOS ANIMALES, cuyo Capítulo Único regula los «Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales», elevando a tipos penales algunas de las contravenciones previstas en el llamado Estatuto de Protección de los animales.

Como antes se advertía, en materia de protección de los animales, tanto en el derecho penal español y colombiano se consolida la tendencia de elevar a infracciones penales las que eran contravenciones o ilícitos administrativos, por cuanto los desarrollos legislativos recientes como la ley 1774 de 2016 marcan una evolución jurídica trascendental al reconocer a los animales su carácter de seres sintientes, sujetos de ciertos derechos por su valor inherente y no meramente instrumental⁹.

Como veremos a continuación, en el caso colombiano, el fortalecimiento de esta perspectiva ecocéntrica del derecho ambiental y del derecho penal ambiental en particular, viene siendo promovida por una activa, por no decir, activista jurisprudencia de las Altas Cortes de Justicia.

II. LA PERSPECTIVA ECOCÉNTRICA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el tema ambiental en la Constitución Política de 1991 es cardinal, por la estrecha relación entre la sociedad colombiana con su entorno natural, en

⁹ En tal sentido, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: El derecho penal ante el maltrato de animales, Cuadernos de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, consultado en el link: El derecho penal ante el maltrato de animales | Cuadernos de derecho penal (usergioarboleda.edu.co) Como señala Wise: «*It has been said that the modern animal rights movement is the first social reform movement initiated by philosophers*», ver WISE, Steven: The modern animal rights movement, ver link: *Animal rights – The modern animal rights movement* | *Britannica*. El movimiento filosófico y social para el reconocimiento de derechos a los animales tiene como precursor al filósofo Jeremias Bentham, cuya famosa frase apunta, «*The question is not, ¿Can they reason?, nor, Can they talk? but, ¿Can they suffer?*».

consideración a que «*estamos ante un país megadiverso, pluriétnico y multicultural*»¹⁰, por lo que el bien jurídico ambiental se reconoce como un «*interés superior*»¹¹.

Ahora, la lectura de la Corte Constitucional sobre el conjunto normativo que conforma la llamada «Constitución Ecológica», ha tenido una importante evolución que se soporta en la toma de consciencia sobre la complejidad de la relación de la sociedad con el entorno vital. En este sentido, como señala la Sentencia C-662 de 2016 es posible establecer al menos tres aproximaciones o perspectivas teóricas de dicha relación: (i) en primer lugar, se parte de una *visión antropocéntrica* que concibe al ser humano como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como simples objetos al servicio del primero, en tal sentido se reconoce un derecho humano colectivo al ambiente sano y es el enfoque de las primeras sentencias de la Corte Constitucional, (ii) un segundo punto de vista *biocéntrico*, el cual reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras; y además reconoce y protege las visiones de lo ambiental de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional (iii) y finalmente, se han formulado *posturas ecocéntricas* que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos antes señalados.

La perspectiva ecocéntrica, parte de una premisa básica según la cual, la tierra no pertenece al hombre sino por el contrario el hombre es quien pertenece a la tierra como cualquier otra especie, de ahí que la consecuencia jurídica más evidente es considerar a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos¹², los cuales deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella. Este enfoque, ya se ha hecho positivo en diversas Constituciones latinoamericanas y la jurisprudencia de Cortes y Tribunales alrededor del mundo¹³.

¹⁰ Las sentencias de la Corte constitucional son múltiples al respecto, entre muchas T-411 de 1992, SU 842 de 2013, C-595 de 2010, T-080 de 2015, C-041 de 2017, C-032 de 2019.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-041 de 2017, el ser un «interés superior» implica un criterio hermenéutico mediante el cual otorgar un trato preferente o prevalente en caso de conflicto con otros valores, principios o derechos.

¹² Corte Suprema de Justicia STC4360-2018 del 05 de abril de 2018 reconoce a la Amazonía como sujeto de derechos.

¹³ Las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) reconocen a la naturaleza «Pacha Mama» como sujeto de derechos. De igual forma, recientemente el

La consolidación de la perspectiva ecocéntrica en la regulación de los delitos contra el ambiente en Colombia parte, entonces, de una firme postura jurisprudencial de la Corte Constitucional que reconoce a la naturaleza y sus componentes como sujetos de derecho propios, independiente de su utilidad directa o indirecta para los seres humanos¹⁴, es decir «*existencias merecedoras de protección en sí mismas*» por su valor moral intrínseco¹⁵.

Esta perspectiva constitucional, ha llevado al reconocimiento de los derechos de los animales y su consideración como «sujetos» de derecho merecedores de protección penal. En la sentencia C-041 de 2017, señala la Corte Constitucional: «*Aunque la Constitución no reconozca explícitamente a los animales como titulares de derechos, ello no debe entenderse como su negación, ni menos como una prohibición para su reconocimiento –innominados–. Su exigencia atiende a factores como la evolución de la humanidad y los cambios que presente una sociedad, lo cual puede llevar a la Corte a hacer visible lo que a primera vista no se avizora en la Constitución*»¹⁶.

La perspectiva ecocéntrica se extiende no solamente al derecho público colombiano, sino que ha venido permeando todas las ramas de la legislación; así en el derecho civil y en virtud de los artículos 1 y 2 de la ley

gobierno de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui, Sentencia del 20 de marzo de 2017, High Court of Uttarakhand at Nainital en India, Tribunales de Justicia declararon como sujetos de derecho, entre otros, a los ríos Ganga (Ganges) y Yamuna, por la fuerte y profunda conexión espiritual entre los hindúes y estos dos ríos pues son sagrados y venerados desde la antigüedad.

¹⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-449 de 2015, T-080 de 2015.

¹⁵ Como menciona la sentencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-080 de 2015, la perspectiva ecocéntrica permea instrumentos de derecho internacional como la Carta Mundial de la Naturaleza, 1982, al reconocer que «*toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco*» (preámbulo) y se «*respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales*» (principio general 1).

¹⁶ Ya en la sentencia de la C-666 de 2010, se afirmaba: «*Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas.*»

1774 de 2016 que modifican el artículo 655 del Código Civil se elimina la condición jurídica de «cosas» a los animales y se les otorga la calidad de «seres sintientes», concediéndoles derechos a «*el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel*».

Es interesante advertir, como la consolidación de esta perspectiva ecocéntrica coincide con el fortalecimiento de un derecho ambiental que promueve la participación y la justicia distributiva para garantizar el acceso a la justicia ambiental¹⁷ que comprende, entre otros, mecanismos la interposición de acciones constitucionales como las de tutela o populares que han permitido a la justicia fijar estos lineamientos constitucionales renovadores.

De manera que el derecho penal no puede ser ajeno a esta evolución social, política y jurídica que, sin superar las garantías del derecho penal liberal-individualista, debe reconocer la necesidad de una intervención integral (preventiva-represiva-solidaria) del Estado y la sociedad frente a problemas nuevos y complejos, como el deterioro de los ecosistemas naturales, la creación de riesgos globales y la miope extinción de especies que a la larga reduce nuestra propia supervivencia. Sin duda y como intuye el maestro Berdugo en este ámbito, «*Una vez más, pasa a primer plano la constante del Derecho Penal de tensión entre garantía y eficacia*»¹⁸.

III. DERECHO PENAL ECOCÉNTRICO Y PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Desde estas páginas, no propugnamos por una vis expansiva del derecho penal en esta materia, sino poner de presente la profunda reevaluación del catálogo de bienes jurídicos a proteger por el derecho penal que, en Colombia, se apuntala en la Constitución de 1991 y que se refuerza con el consenso social, cultural y político presente que repudia, entre otros, el maltrato a los animales. En tal sentido, Roxin afirma claramente «*Si reconocemos a los animales superiores, con los que podemos comunicarnos y cuya experiencia del dolor es equivalente a la nuestra, como parte merecedora de protección de nuestro mundo vital, resulta simplemente coherente*

¹⁷ En la Sentencia SU 123 de 2018, la Corte Constitucional define la justicia ambiental como, «*el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales*».

¹⁸ RODAS MONSALVE, Julio César, Protección Penal y Medio Ambiente, Ob. Cit, pág. 2.

enjuiciar su sufrimiento, cuando es provocado por seres humanos, como vulneración de un bien jurídico», agregando que en este sentido existe «*un consenso fundamental*»¹⁹.

Obviamente, el reconocimiento constitucional y social del bien jurídico no es suficiente, la técnica legislativa y los principios del derecho penal mínimo como el de lesividad y el carácter fragmentario deben contribuir a la tarea de seleccionar aquellas aspectos del bien jurídico realmente merecedores de protección penal y las conductas que más gravemente lo pueden afectar. En el derecho penal ecocéntrico español se han utilizado varias técnicas para evitar elevar a categoría de delitos meras infracciones administrativas. Así, en el artículo 296 del CPE se selecciona como objeto material, no todos los ecosistemas naturales sino solo los espacios naturales protegidos y en concreto los «elementos que hayan servido para calificarlo». Esta delimitación es relevante, aunque no puede evitarse una accesoriadad relativa del derecho administrativo, por cuanto es la autoridad pública competente la encargada de delimitar y declarar estas áreas naturales²⁰. Otra limitación importante es del desvalor del resultado, por cuanto el tipo penal exige «dañar gravemente», con las implicaciones valorativas que ello conlleva. Adicionalmente, y en cuanto se refiere al tipo subjetivo, la conducta puede cometerse o bien en forma dolosa o a título de imprudencia, pero si esta se califica como «grave»²¹.

En cuanto al Código Penal Colombiano, el artículo 337 regula el tipo penal de invasión de áreas de especial importancia ecológica, el cual tiene serios reparos de técnica legislativa, entre otros, por cuanto el tipo básico contiene conceptos no definidos en el derecho administrativo como el de «ecosistemas de interés estratégico», por lo que se deja a la interpretación subjetiva del juzgador la determinación de su alcance. En todo caso, la conducta típica, el verbo rector y el resultado típico deberán analizarse en el caso concreto en consonancia y dando aplicación al principio de lesividad contemplado en el artículo 11 del Código Penal Colombiano.

Otro ejemplo, de cómo a través de una adecuada técnica legislativa y en aplicación de los principios de mínima intervención se puede reducir y delimitar la intervención punitiva a lo estrictamente necesario, es la regulación de los ilícitos penales contra los animales. En el Código Penal

¹⁹ ROXIN, Claus: El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 15-01 (2013), link: Microsoft Word – recpc15-01.doc (ugr.es), pág. 20.

²⁰ Ley 42 de 2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

²¹ MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PEREGRIN Y GARCÍA ÁLVAREZ, Ob. Cit, pág. 298.

Español, en el artículo 337 no se protege de maltrato todo tipo de animales sino solamente los «domésticos», «amansados», los que «temporal o permanentemente viven bajo control humano», o «cualquier animal que no viva en estado salvaje», de manera que quedan por fuera del ámbito de protección de la norma los fieros, salvajes o silvestres, aunque como señala la doctrina española si se reúnen los requisitos el maltrato injustificado a estos puede dar lugar a la falta del artículo 632²². Así mismo se exige un resultado típico, por cuanto no todo maltrato a los animales es punible sino solamente la causación de la muerte o «lesiones que menoscaben gravemente su salud». Igualmente, el tipo penal exige que el maltrato sea «injustificado», por cuanto estarían excluidas del tipo penal conductas permisivas al amparo de causales de justificación (estado de necesidad, art. 20. 4.º CPE), el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo (profesión de veterinario, experimentación lícita con animales, etc, art. 20. 7.º CPE)²³. Otra limitación de la intervención penal en este campo es que todos los tipos penales contemplados en el art. 337 y 337 bis del Código penal español son delitos dolosos.

El Código Penal Colombiano en el recientemente añadido Título XI A, también limita la protección de los animales solamente a los domésticos, amansados, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, y frente a ciertas conductas precisas como son la causación de la muerte u ocasionar lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física. Una limitación importante en el caso colombiano es que todas las conductas son dolosas y no se admite la comisión culposa de este tipo penal.

IV. LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS ANIMALES EN COLOMBIA: ARTICULO 339 A DEL C.P., CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Teniendo claro que el bien jurídico protegido en el nuevo Título XI A del Código Penal «De los Delitos contra los Animales», es el bienestar de los animales entendido en los términos del artículo 3 literal b de la ley 1774 de 2016²⁴ se descarta entonces que lo protegido sean los «sentimientos de

²² MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PEREGRIN Y GARCÍA ÁLVAREZ, Ob. Cit, pág. 335.

²³ HIGUERA GUIMERÁ, Juna Felipe: LA PROTECCIÓN JURIDICA-PENAL DE LOS ANIMALES EN ESPAÑA, pág. 18, link: [Juan F. Higuera Guimerá \(racve.es\)](http://Juan_F_Higuera_Guimerá@racve.es)

²⁴ ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS. b) Bienestar animal. En el cuidado de los animales, el responsable o tenedor de ellos asegurará como mínimo: 1. Que no sufran hambre ni sed; 2. Que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor; 3. Que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido; 4. Que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés; 5. Que puedan manifestar su comportamiento natural.

compasión de los seres humanos» hacia ellos, como parece sugerirlo la tipificación penal italiana²⁵. Todo lo contrario, en este Título del Código Penal Colombiano se reconocen como especies naturales «sintientes», que per se tienen el derecho a su subsistencia en condiciones de relativo bienestar²⁶. En tal sentido, en la Sentencia C-660 de 2010 la Corte Constitucional colombiana se afirma: «Así, el deber constitucional de protección de los recursos naturales resulta fundamento eficaz para alcanzar dicho objetivo y constituir el bienestar animal en parámetro constitucional de interpretación de todas las normas infraconstitucionales que, de cualquier forma, regulen las relaciones de las personas con los animales».

Ahora bien, la ley 1774 de 2016 introduce el artículo 339a al Código Penal que contiene el tipo penal básico del maltrato animal el cual, según la Corte Constitucional, constituye un tipo penal «abierto» por cuanto contiene un cierto grado de indeterminación en la descripción de la conducta típica²⁷.

El tipo penal contiene como verbo rector «maltratar» y como resultado tipo causar la muerte o causar lesiones, que cualifica por cuanto deben tener la entidad de menoscabar gravemente la salud o integridad física del animal. El alcance del verbo rector no genera mayores controversias y para la Corte Constitucional debe entenderse como «una intervención en la salud o integridad con un impacto significativo en las funciones vitales de los animales»²⁸ y, en todo caso, consideramos que en el alcance del verbo rector están contenidas las conductas descritas como «hechos dañinos y

²⁵ La Ley de 20 de julio de 2004, n.º 189, introduce un título nuevo en el Código penal: Título IX Bis: «Dei delitti contro il sentimento per gli animali», aunque como señala SERRANO, la jurisprudencia italiana ha superado la perspectiva antropocéntrica y reconocido que «lo que se protege, es el animal en cuanto tal, como se recoge en la sentencia de fecha 14-3-1990, pronunciada por la Sección tercera de la Corte Suprema de Casación n, que sostiene que el artículo 727 tutela a los animales en cuanto seres vivos autónomos, dotados de sensibilidad psicofísica y capaces de reaccionar a los estímulos de dolor, cuando han superado el umbral normal de tolerabilidad. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores: La reforma del maltrato de animales en el derecho penal italiano, ver en *La Reforma del Maltrato de Animales en el Derecho Penal Italiano (uned.es)*, pág. 249.

²⁶ La Liga Internacional de los Derechos del Animal aprobó, en 1977, la Declaración Universal de los Derechos del Animal, que posteriormente fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas y la UNESCO. Allí, después de reconocer en el Preámbulo que todos los animales poseen derechos, que los hombres cometen graves atentados contra ellos y contra la naturaleza, que el respeto a otras especies es el fundamento de la coexistencia.

²⁷ Sentencia Corte Constitucional C-041 de 2017.

²⁸ Sentencia Corte Constitucional C-041 de 2017.

actos de crueldad para con los animales», contemplados en el artículo 6 de la ley 84 de 1989.

De otra parte, sobre la expresión «menoscaben gravemente» que cualifica las lesiones producidas a la salud o integridad del animal se pronunció la Corte Constitucional y señala que, si bien se genera alguna dificultad interpretativa la misma es superable y, por el contrario, defiende su inclusión en el tipo por cuanto dicha expresión cumple tres funciones:

- a. Determinar la intensidad del resultado²⁹,
- b. Diferenciar sanción penal y contravención,
- c. Permite efectuar juicios diferenciados atendiendo la naturaleza y las condiciones de los animales afectados.

Ahor bien, el conflicto mayor en la aplicación de este tipo penal deriva de la existencia de múltiples actividades sociales, económicas, culturales y científicas que implican algún grado de maltrato animal. Evidentemente, existe un conflicto de derechos e intereses constitucionalmente protegidos y es por ello que, los dos parágrafos del artículo 339B se describen conductas o prácticas relacionadas con animales que no implican la realización de la conducta típica³⁰.

Con todo acierto, la Corte Constitucional ha señalado que el deber constitucional que impide el maltrato animal no puede entenderse con un carácter absoluto y, por ello, en la sentencia C-666 de 2010 se establecieron unos límites al deber de protección animal, a saber: i) la libertad religiosa; ii) los hábitos alimenticios de los seres humanos; iii) la investigación y experimentación médica; y iv) algunas manifestaciones culturales. Frente,

²⁹ *Tales significados hacen posible identificar el resultado del acto de «maltrato» al definir su intensidad y permitir diferenciar entre lesiones profundas y lesiones ligeras. Solo las primeras constituyen un menoscabo grave. Dicho de otra manera, la Corte estima que el acto de maltrato supone una intervención en la salud o integridad con un impacto significativo en las funciones vitales de los animales. Con fundamento en la severidad de la injerencia en las funciones vitales de los animales, deberá determinarse en cada caso particular si se trata de un menoscabo grave de su salud o integridad, tomando en consideración la naturaleza o características del animal.* Sentencia Corte Constitucional C-041 de 2017.

³⁰ Artículo 339 B C.P. (introducido por la ley 1774 de 2016). PARÁGRAFO 10. Quedan exceptuadas de las penas previstas en esta ley, las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas. PARÁGRAFO 20. Quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, no serán objeto de las penas previstas en la presente ley.

a este último aspecto, la Corte ha tratado de limitar ciertas prácticas culturales en aras de brindar una mayor protección a la fauna en sentido amplio señalando que, si bien la actividad cultural se relaciona con el libre desarrollo de la personalidad, la unidad nacional, la tolerancia y el pluralismo dentro de la sociedad, dichas prácticas cambian con el trascurso del tiempo, evolucionan y en el estado de conciencia social actual deben armonizarse con otros bienes constitucionalmente protegidos³¹. De manera pues, que el derecho penal en este campo no puede llegar al extremo de penalizar ciertas prácticas culturales toleradas, que se deben superar, pero utilizando otras medidas de control social.

V. DERECHO PENAL ECOCENTRICO: DIMENSIÓN INTERNACIONAL

La pandemia del COVID-19 ha puesto de presente la dimensión de algunos de los riesgos más graves que enfrenta la comunidad internacional en su conjunto, vivimos en un planeta relativamente pequeño, profundamente interconectado y frágil. Ciertamente, frente a riesgos como estas pandemias y el cambio climático, nadie está a salvo hasta que todos estemos a salvo. Es por ello, que el derecho penal ecocentrico llama la atención sobre la necesidad de actuar a escala global frente a la destrucción de los más valiosos ecosistemas naturales del planeta, pues de lo que se haga ahora dependerá sin duda el bienestar de las futuras generaciones, por lo que ninguna sociedad o país debería mirar con indiferencia la destrucción de la Amazonía y otras áreas naturales de relevancia global.

La comunidad internacional ha sabido reaccionar a crímenes de tal magnitud que han ofendido los cimientos más profundos de la civilización. El exterminio de millones de personas del pueblo judío durante la segunda guerra mundial y calificado por Churchill como «un crimen sin nombre», generó tal repudio que dio origen al concepto de genocidio y la aprobación de tratados internacionales para condenarlo en todas sus formas³².

³¹ La propia Corte Constitucional en la sentencia C-041 de 2017 se encargó de precisar que las manifestaciones o «prácticas» culturales, no deben confundirse con derechos culturales y que ciertas tradiciones no pueden constituirse en argumento suficiente para eternizar prácticas que en la actualidad una sociedad las estima incorrectas y no deseables.

³² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

No se va a reiterar lo que ya se ha dicho sobre el enorme valor para el equilibrio del planeta que representa la conservación de la selva Amazónica, por ejemplo, pero si insistir que esta destrucción acelerada constituye una amenaza global para los derechos de las presentes y futuras generaciones y para pueblos indígenas y comunidades que la habitan en primer lugar y, por ende, la destrucción dolosa y extendida de los ecosistemas por impactos sociales, culturales y étnicos debería considerarse como una forma de genocidio³³.

Es por ello por lo que, desde el derecho penal ecocéntrico se plantea que, el ECOCIDIO³⁴, debe ser considerado un crimen contra la humanidad, y contemplado como el «quinto crimen» de competencia de la Corte Penal Internacional. Pues bien, Colombia y España que han sido países líderes en el reconocimiento del ambiente como bien jurídico protegido por el derecho penal deberían liderar esta importante y urgente tarea diplomática a nivel internacional. Afortunadamente, centros académicos españoles vienen impulsando esta iniciativa y coincidimos plenamente con los profesores Nieto Martín, Dopico Gómez Aller y Arroyo Zapatero cuando afirman: *«No obstante, las iniciativas nacionales pueden ser puro legalismo mágico si no avanzamos hacia una Convención Internacional sobre el Delito de Ecocidio, que sitúe a esta figura al lado del genocidio o de la lesa humanidad en el núcleo duro del derecho penal internacional. Esto significa la imprescriptibilidad de este tipo de comportamientos y la posibilidad de que puedan ser perseguidos en cualquier país firmante de la convención, con independencia de que sean punibles en donde tuvieron lugar los hechos. Puede aspirarse incluso a que este delito sea susceptible de enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional o por un tribunal internacional creado expresamente, si bien de momento bastaría con que los países en los cuales tienen su sede o centro de actividad las grandes empresas multinacionales asumieran esta tarea. Un objetivo fundamental de la*

³³ Las relaciones entre GENOCIDIO-ECOCIDIO han sido ampliamente estudiadas, así, por ejemplo, CROOK, Martin, SHORT, Damian: Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus, en *The International Journal of Human Rights*, link: [Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus \(tandfonline.com\)](https://doi.org/10.1080/17440059.2016.1191111)

³⁴ Una opción de definición de Ecocidio lo plantea Polly Higgins; «Ecocide crime is: 1. Acts or omissions committed in times of peace or conflict by any senior person within the course of State, corporate or any other entity's activity which cause, contribute to, or may be expected to cause or contribute to serious ecological, climate or cultural loss or damage to or destruction of ecosystem(s) of a given territory(ies), such that peaceful enjoyment by the inhabitants has been or will be severely diminished». The Model Law – proposed amendment to the Rome Statute (2010), ver en [Polly Higgins – Ecocide Law](https://www.pollyhiggins.com/2016/05/10/the-model-law-ecocide-law/)

convención sería articular el derecho a la reparación de las víctimas utilizando fórmulas de justicia restaurativa, y su acceso a la justicia»³⁵.

La reforma del Tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional para incluir el crimen de ECOCIDIO, permitiría trazar unos límites morales claros para gobiernos indolentes, crimen organizado transnacional o la avaricia corporativa que menosprecia a los ecosistemas naturales y las comunidades donde operan.

Continuar la generosa e invaluable tarea del Maestro Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, debe ser el norte del Departamento de Derecho Penal de la noble casa de estudios salmantina para que siga siendo un faro de conocimiento e investigación de nuestra disciplina, respecto de los retos que como los antes mencionados enfrentan las sociedades iberoamericanas.

³⁵ Adán NIETO MARTÍN, Jacobo Dopico GÓMEZ ALLER, Luis ARROYO ZAPATERO, en ECOCIDIO, 12 diciembre de 2019, [Ecocidio – Revista de Prensa \(almendron.com\)](http://Ecocidio-Revista.de.Prensa(almendron.com))

De Castilla a Bogotá. Salamanca en el Dorado

Virginia Sánchez López



MAS DE VEINTE AÑOS ATRÁS, se inauguraba el Centro Cultural de la Universidad de Salamanca en Bogotá, con asistencia del equipo rectoral y autoridades y personalidades españolas y colombianas. El Centro, desde hacía tiempo en la cabeza del entonces Rector, Ignacio Berdugo, surge como una forma distinta de impulsar el conocimiento en el marco de su política de internacionalización de la institución salmantina, con una vocación global y una visión de vanguardia.

La Universidad desembarca en Colombia de la mano de Ignacio Chaves, director del Instituto Caro y Cuervo, en un momento en el que la presencia de entidades educativas españolas apenas está iniciando y es pionera en ocupar una sede física. De esta manera, y durante varios años, es la única que no solo abre sus puertas a estudiantes, docentes e investigadores, sino también al mundo cultural y social del país.

Ese enfoque sirvió para que centenares de colombianos cursaran pregrados y postgrados en nuestra universidad en distintas áreas, pero sobre todo cambió la percepción tan extendida de que las instituciones de educación superior eran locales, autosuficientes, territorialmente limitadas.

Colombia cuenta hoy con casi trescientas, en su mayoría privadas, divididas en cuatro categorías: universidades, instituciones universitarias, tecnológicas y técnicas. Muchas de ellas dividen su actividad en distintas ciudades, adecuando la oferta de programas al contexto local, al perfil de los estudiantes y a las necesidades particulares del territorio. A ello se añade la casi inabarcable diversidad del país y su complejidad geográfica y política. Países como Alemania, Italia y Canadá han apostado fuerte por abrirse un espacio en este dispar escenario académico. Pero es sin duda España la que ha aportado una mayor presencia. A la última reunión convocada por la Agregaduría de Educación de la Embajada de España en Colombia, encuentros que se suceden periódicamente desde hace ya algún

tiempo, asistieron más de treinta representantes de universidades públicas o privadas, escuelas de negocios y consorcios, procedentes de casi todas las comunidades autónomas. Durante años fuimos solamente dos.

Si bien en algunos casos prima un objetivo más comercial, esta realidad ha generado un cruce de comunicación interinstitucional que ha facilitado el intercambio de información y la recepción mutua de estudiantes de pregrado y postgrado y de docentes en condiciones mucho más favorables de las que había anteriormente. Los procesos de homologación y convalidación –si bien aún son más lentos de lo que sería deseable– han mejorado sustancialmente los tiempos de espera. La firma de convenios en varios ámbitos entre los Ministerios de educación de ambos países también ha sido de gran ayuda en aligerar los trámites. Y el trabajo invaluable desde hace años de la Agregaduría de Educación ha permitido abordar dudas y problemas comunes buscando soluciones prácticas, además de favorecer una conexión entre todos que supone un claro beneficio en la gestión diaria de las oficinas de representación académica.

Decía que nuestra universidad contó desde el principio con el apoyo del Instituto Caro y Cuervo, pero fueron muchos los respaldos sin los cuales hubiera sido muy difícil su instalación. La Universidad Central cedió una casa colonial frente a su sede principal, en una zona próxima a la Plaza de Bolívar y a algunas de las universidades más antiguas y emblemáticas, donde se habilitaron aulas y oficinas, una pequeña biblioteca que servía de enlace con la biblioteca salmantina posibilitando el acceso remoto a través de varios puntos de internet y que logró reunir un pequeño fondo bibliográfico y un amplio salón cultural donde se llevaron a cabo coloquios, conciertos, teatro, exposiciones y muestras de muy diversa índole. Pasaron por ella los artesanos de las escuelas-taller de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID); pintores como Noé León y Sair García –este último ya de amplio reconocimiento internacional–; expertos en gramáticas, art decó, culturas aborígenes, ópera y poesía; escultores como Ricardo Villegas; escritores del nivel de Patricia Lara, Alfredo Iriarte y Juan Gustavo Cobo Borda. Buena parte de estos eventos quedaron documentados en la revista *Studia Colombiana*, publicación creada en el Centro, con una cuidadísima edición y un contenido fresco y actual en el que los colaboradores eran personas relevantes del ámbito editorial y cultural y de su Consejo Editorial formaban parte notables integrantes del mundo de las letras. Siete números vieron la luz. Cada una de estas actividades de carácter cultural fue posible gracias al esfuerzo de Mercedes Suárez, que desde el primer instante asumió su papel no solo con responsabilidad, ilusión y constancia sino siempre con acierto. Mucho más allá fue su influencia en el quehacer continuo del Centro y de todos

los que trabajamos a su lado: el ánimo, el sentido común y, sobre todo, su fortaleza, nos dejaron su marca día a día.

Si bien la vida cultural del Centro logró incorporarse a la abundante y atractiva de la capital, era el medio académico el reto principal. Y en aras de él, se impartieron seminarios y cursos de actualización (biología molecular, archivos históricos, informática y derecho, cooperación internacional al desarrollo, medios de comunicación y ciencia, tutela y amparo, por citar algunos), se dictaron conferencias, se llevaron a cabo debates y se potenciaron los Doctorados, llegando a perfilarse un ambicioso programa de formación doctoral con un sistema semipresencial que hacía posible doctorar un amplio número de profesores colombianos. En virtud de un convenio de cooperación con la Universidad Santo Tomás, se puso en marcha una maestría conjunta en temas jurídicos, que era el proyecto piloto para ofertar junto a las universidades más cercanas una serie de posgrados en diversas temáticas y con doble titulación. Fueron numerosos los convenios de colaboración que se firmaron en esa época, a la vez que se retomaron y activaron otros que, estando vigentes, no desarrollaban hasta entonces ninguna actividad. A las universidades se unieron otras instituciones como la Academia Colombiana de la Lengua, la Fundación Instituto de Inmunología, el ICETEX (Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior), la Fundación Santillana con el liderazgo de su presidente, Belisario Betancur, el Centro Cultural y Educativo Reyes Católicos, la Fundación Carolina, empresas españolas asentadas en Colombia, el Archivo General de la Nación y algunos ministerios del gobierno presidido por Andrés Pastrana.

El pintoresco edificio colonial que albergó la Universidad en sus primeros años recibió a expresidentes de la República, miembros de las Altas Cortes, del Parlamento, de las Academias, catedráticos de todas las áreas del conocimiento, científicos como Manuel Elkin Patarroyo y Jorge Reynolds, politólogos, escritores, diplomáticos. El Príncipe de Asturias y actual Rey de España Felipe VI también nos visitó en agosto del 2002 durante uno de sus viajes oficiales a Colombia.

Merece unas líneas la fundadora de la Cátedra Colombia, Carmenza Kline, quien con su generosidad constante financió ayudas al estudio y varios proyectos y publicaciones. Excepción hecha de las movilidades que nacían de modo natural, desde el Centro se promocionaron muchas destacando la calidad de los estudios, su diversidad y la alta formación de los docentes e investigadores y algunas de ellas fueron el origen de posteriores programas de intercambio, de estancias de investigación y hasta de proyectos conjuntos que lograron financiación externa. Estas labores de expansión se llevaron a cabo no solo en la capital sino en muchas ciudades

intermedias que albergan núcleos grandes de población y universidades bien posicionadas.

Incondicional fue desde el principio el Embajador Yago Pico de Coaña que incorporó la Universidad de Salamanca al grupo de instituciones españolas que hacían presencia habitual en la embajada, impulsando no solo su validez académica sino el talante universal demostrado con la decisión de instalar una sede estable en el país iberoamericano. Era frecuente verlo en los pasillos y acompañarnos en todos los actos que se celebraban, hasta el punto de considerar que siempre fue de la casa, uno más entre las ocho personas que trabajábamos en el Centro.

Después de retirarme de la Universidad de Salamanca, he asumido cargos de gestión académica que me exigieron un intenso trabajo y una capacidad de tomar decisiones racionales y fundadas que aprendí de Ignacio Berdugo, mi maestro. Valga resaltar de nuevo que su iniciativa de asentar una universidad española en América, ha sido replicada por cientos de instituciones educativas en las décadas siguientes. Haber tenido el privilegio de trabajar a su lado desde que terminé la licenciatura me enseñó el valor del compromiso, de la lealtad, de la visión global de la academia. Mucho más allá del derecho penal, que a mi pesar fui abandonando en el camino laboral, ha sido ejemplo a la hora de resolver situaciones de conflicto que me he visto obligada a enfrentar a lo largo de estos años. Tal vez no imagina que, a más de diez mil kilómetros, sigue siendo maestro en el día a día de múltiples, pequeñas, y a veces no tanto, tareas, actividades, dudas, conclusiones, que viven en la búsqueda permanente de éxitos y aciertos.

| IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE |



Reflexiones penales desde Salamanca.
«Decían ayer, decimos hoy,
dirán mañana»

UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

2018



Índice

PRÓLOGO

Francisco MUÑOZ CONDE	13
-----------------------------	----

CAPÍTULO I

EL LEGADO DE UN MAESTRO

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: <i>Los delitos contra la Hacienda Pública, 35 años después</i>	29
DEMETRIO CRESPO, Eduardo: <i>¿Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena?</i>	39
PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: <i>Viejo y nuevo Derecho penal: el pensamiento de Ignacio Berdugo ante los desafíos del Derecho penal de hoy...</i>	53
NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: <i>El consentimiento, una vida académica después. Disponibilidad de la vida y Constitución</i>	67
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: <i>Terrorismo y derechos humanos</i>	83
SANZ MULAS, Nieves: <i>Neoliberalismo tras pandémico, cambio climático y desgobierno global: retos desde la política criminal</i>	99

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

CADAVID QUINTERO, Alfonso: <i>Muerte consentida de menores de edad</i> ..	117
CHANG KCOMT, Romy A.: <i>El consentimiento potencial en los injustos imprudentes: Una causa de atipicidad penal</i>	129
CARRASCO-JIMÉNEZ, Edison: <i>Breves alcances críticos a la tesis de la expansión de Silva Sánchez</i>	143

CÓRDOBA ANGULO, Miguel: <i>La necesidad de pena en Colombia</i>	155
GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco: <i>El retorno del «quot delicta, tot poenae»</i> .	165
SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: <i>Inimputabilidad y sistema penal. Breve Balance de un largo debate en Colombia</i>	177

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: <i>Corrupción transnacional: del caso Lockheed al caso Odebrecht</i>	189
CARO CORIA, Dino Carlos: <i>El delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas</i>	205
FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: <i>Blanqueo de capitales y presunción de inocencia</i>	229
GORJÓN BARRANCO, María Concepción: <i>La discriminación por razones de género en el Derecho Penal</i>	243
MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: <i>Hitos y tendencias en materia de pro- tección penal del medio ambiente</i>	261
MONTOYA VIVANCO, Yvan: <i>El tráfico de influencias y redes de corrupción: a propósito del debate sobre la lesividad del tráfico de influencias y de la exclusión de la tipicidad del partícipe</i>	279
NAVARRO CARDOSO, Fernando: <i>De la estafa «delictiva» al ¿fraude «de etiquetas»?</i>	295
NIÑO, Luis Fernando: <i>Derecho a morir con dignidad y deontología médica. Una contribución gestada en Salamanca</i>	307
LESCANO, María José: <i>El denominado delito de publicidad engañosa....</i>	325
RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea: <i>Compliance y la prevención de la siniestralidad laboral</i>	337
SALINERO ALONSO, Carmen: <i>Avances y retrocesos en la protección penal del patrimonio cultural en el último cuarto de siglo o cómo el legislador</i>	

no ha entendido –o querido entender– el mandato del art. 46 de la Constitución 349

CAPÍTULO IV
 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO,
 CRIMINOLOGÍA, ENSAYOS PENALES

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: *Alternativas a la privación de libertad en España. Especial referencia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*..... 365

RODAS MONSALVE, Julio César: *Derecho Penal ecocéntrico en Colombia: reconocimiento constitucional*..... 385

SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia: *De Castilla a Bogotá. Salamanca en el Dorado*..... 399



VNiVERSiDAD
D SALAMANCA

Ediciones Universidad
Salamanca