
CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

SEPTIEMBRE 2015

AÑO 25, N° 30

ISSN 1409-0643



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES
COSTA RICA



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director

Javier Llobet Rodríguez

Yamura Valenciano Jimenez

Ulises Zúñiga Morales

Alexander Rodríguez Campos

Alfredo Chirino Sánchez

DIRECCION POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores

San José , Costa Rica

Te l/Fax (506) 2283-5722

Correo electrónico: acpcr@ice.co.cr

Página Web: www.cienciaspenalescr.com

www.facebook.com/asociacion.cienciaspenalescr

**CONSEJO CONSULTIVO
INTERNACIONAL**

Dr. Kai Ambos	Alemania
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Julio B.J. Maier	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover	Brasil
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	España
Dr. Antonio González Cuéllar	España
Dr. Vicente Gimeno Sendra	España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer	España
Dra. Elena Larrauri Pijan	España
Dr. José María Asencio Mellado	España



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

***JUNTA DIRECTIVA
ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES
2014-2015***

Javier Llobet Rodríguez, Presidente

Ulises Zuñiga Morales, Vicepresidente

Yamura Valenciano Jiménez, Secretaria

Ana Iabel Solís Zamora, Tesorera

Alexander Rodriguez, Vocal

Alfredo Chirino Sánchez, Fiscal

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director, del Consejo Editorial o la Asociación.

Portada: Óleo sobre tela "*La Canción de la Vida*" del Pintor Carlos Salazar Ramírez

REQUISITOS PARA PUBLICAR EN LA REVISTA

La persona que desee publicar en la Revista debe enviar su artículo al Consejo Editorial a la dirección de correo electrónico de la Asociación:

acpcr@ice.co.cr

El artículo debe confeccionarse en Word, en principio con no más de 50,000 caracteres y debe tratarse de un trabajo inédito en el país. El autor debe indicar en forma expresa si el trabajo ha sido publicado con anterioridad, suministrando los datos que permitan identificar la edición.

Debe incluirse un sumario del artículo no mayor de media página y además el currículum del autor, indicando en especial su ocupación actual y correo electrónico.

INDICE

EDITORIAL.....9

DOCTRINA EXTRANJERA

- 1. Tráfico de drogas y blanqueo de capitales: de la organización criminal a la desorganización normativa en el ordenamiento jurídico español**
Caty Vidales Rodríguez..... 13
- 2. Evolución de la dogmática Penal del causalismo al funcionalismo**
Sandro Montes Huapaya 39
- 3. La etapa inicial e intermedia en el proceso penal acusatorio contra las personas jurídicas**
Carlos Alberto Mejías Rodríguez..... 67
- 4. El imputado en el proceso penal: una visión desde los derechos y garantías fundamentales**
Diana Medina Batista 91

DOCTRINA NACIONAL

- 5. La estafa de seguro**
Francisco Castillo González 111
- 6. Avatares del Recurso de Revisión Penal en Costa Rica: o sobre cómo el exceso de trabajo en los tribunales se convierte en fuente inmaculada de creación normativa**
Minor E. Salas 145
- 7. Confrontación entre la oralidad y la escritura en el proceso penal costarricense: ventajas y desventajas**
Mario A. Houed Vega 161
- 8. El funcionalismo sistémico y su impacto en la teoría de las funciones del Derecho Penal**
Diana Montero Montero 173
- 9. La teoría post-finalista del injusto penal Roxin y Jacobs dos sistemas de pensamiento divergentes**
Alonso Salazar..... 203
- 10. ¿Son los delitos electorales delitos no convencionales?**
Andrei Cambroner Torres..... 235

EDITORIAL

Atasco judicial y sobrepoblación penitenciaria, dos problemas originados en una misma causa

El funcionamiento de nuestro sistema penal atraviesa muchos problemas, dos de ellos de suma gravedad y ambos originados por una misma causa, pero lo lamentable es que no vislumbramos ninguna iniciativa dirigida a abordarlo con la energía que se requiere.

En efecto, por un lado nuestros tribunales penales mantienen un alarmante atasco de asuntos, están cada día mas cargados de procesos y pese a los esfuerzos que se vienen haciendo para lograr alguna descongestión, la situación empeora cada vez mas.

Jueces y Tribunales con altísimas cargas de trabajo, deben programar audiencias cada vez en fechas mas lejanas, con agendas saturadas y con poco tiempo para la necesaria reflexión.

El Poder Judicial ha desarrollado varias iniciativas para paliar el problema de la saturación de asuntos penales. Se han desarrollado programas especiales, se hicieron modificaciones legales para instaurar procedimientos más acelerados, se han instalado equipos de trabajo, se han aumentado las plazas, se fortaleció el programa de oralidad, en fin se vienen asumiendo esfuerzos dirigidos a descongestionar los asuntos pendientes en los juzgados y tribunales penales, pero difícilmente se logrará el objetivo de la descongestión si no se adoptan medidas diversas para bajar la cantidad de asuntos que ingresan a los tribunales penales, según señalamos adelante.

Por otro lado, todo ello ha repercutido en el sistema penitenciario. Como un estigma que nos persigue de manera recurrente, una vez más y como lo venimos padeciendo desde

siempre, el sistema carcelario está colapsado por la sobrepoblación, que no permite mantener en condiciones dignas a los miles de privados de libertad que produce el sistema penal.

Los esfuerzos realizados hasta ahora para cumplir los mínimos exigidos por Naciones Unidas en infraestructura carcelaria han sido bastante infructuosos, no obstante que nos ufanamos de ser un país respetuoso del cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y lo publicitamos, hasta con actitud prepotente, delante de naciones vecinas muchas de ellas con menores capacidades económicas, pero paradójicamente con mejor infraestructura carcelaria.

Mantener seres humanos en condiciones inhumanas, pareciera no haber sido el propósito de algún gobierno o de algún funcionario en particular, sino el resultado de una política inflexible frente a los miles de asuntos que los ciudadanos plantean al sistema penal.

La saturación de asuntos en el sistema judicial y la saturación de privados de libertad en el sistema penitenciario no es más que el resultado de una rígida política de persecución penal, que no visualiza soluciones diferenciadas a problemas penales diversos.

Frente a la acreditación de cualquier hecho previsto en la ley como delito, la respuesta automática es la de iniciar un proceso con un único y claro objetivo: aplicar una medida privativa de libertad, primero de carácter cautelar, luego de carácter sancionadora, donde no se visualizan de manera amplia y sistemática soluciones alternas.

La falta de un Código Penal que admita la posible aplicación de un verdadero catálogo de penas, y la falta de un sistema procesal que admita la aplicación real y efectiva de medidas alternativas como la conciliación, la reparación integral del daño y la suspensión del proceso a prueba, constituyen los verdaderos retos de nuestro sistema penal.

Países del área constituyen un claro ejemplo de lo que resulta necesario para enfrentar con verdadera eficacia la criminalidad, diferenciando entre delitos menores, de carácter patrimonial y sin grave violencia sobre las personas, que podrían ser abordados con medidas alternativas y distintas a la prisión, sobre todo frente a primarios, con el fin de favorecer por un lado la reinserción social del autor del hecho y por el otro contribuir a la efectiva reparación del daño a las víctimas de esos delitos. Ello permitiría, además, utilizar de mejor manera los recursos del sistema penal en fortalecer la investigación, los tribunales y el sistema carcelario en los casos de criminalidad de mayor impacto, para hacerlo de manera más eficiente frente a delitos más serios y graves, con el fin de disminuir también la impunidad de los delitos mayores, en todos los ámbitos, tanto en el ámbito privado como en el público.

Hasta ahora no damos pasos decisivos para adoptar un nuevo Código Penal, que recoja un sistema de penas alternativas, y permita a los fiscales y jueces seleccionar las medidas más ajustadas a las circunstancias de los casos y a

las condiciones de las personas involucradas en el conflicto; como tampoco damos pasos para mantener una verdadera política de estado que acoja un vigoroso sistema de medidas procesales alternativas, como la conciliación, la reparación del daño y la suspensión del proceso a prueba, ya que en nuestro país no alcanzan siquiera el 2 por ciento de los casos terminados, a diferencia de otros países que rondan cifras cercanas hasta del 30 o 40 por ciento de los asuntos.

La política de cero tolerancia, basada en la inflexible posición de castigo frente a la criminalidad, que no distingue entre delitos leves, sin violencia y delitos graves, de mucha violencia, está sacrificando a las víctimas de éstos últimos, porque los primeros son tantos frente a los segundos, que los recursos humanos, financieros e institucionales de la Policía, del Ministerio Público, de los Laboratorios Forenses, de los Tribunales, del Sistema Penitenciario y de la Defensa Pública, son insuficientes y deben agotarse para atender los primeros con detrimento de la necesaria atención que requieren los segundos.

Hasta que no asumamos una verdadera y consistente política pública, mediante la cual atacemos con verdadera responsabilidad las causas de este problema tendremos tribunales saturados de asuntos, cárceles sobrepobladas de privados de libertad, delincuentes de delitos graves sin sanción y víctimas de delitos graves desatendidas.

DOCTRINA EXTRANJERA

**TRÁFICO DE DROGAS Y
BLANQUEO DE CAPITALS:
DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL
A LA DESORGANIZACIÓN NORMATIVA
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL***

Caty Vidales Rodríguez

*Profesora Titular de Derecho Penal
de la Universitat Jaume I, España*

* Este trabajo es el resultado de un Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ref. DER2011-299945) y aparece publicado en *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014; p. 477 a 509.

Resumen: La reforma del Código penal español operada por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, entre otros extremos, modifica el tratamiento que se le venía dispensando al tráfico de drogas cometido por quienes pertenezcan a una organización delictiva. Además, se establece expresamente la posibilidad de castigar por blanqueo al responsable del delito del que los bienes proceden y, como es sabido, esta infracción también contempla una agravación para el supuesto de que los actos legitimadores de capital se realicen a través de una organización. Finalmente, se incriminan las conductas relacionadas con organizaciones y grupos criminales. En este trabajo se analizan las complejas relaciones concursales entre todas estas figuras y se pone de manifiesto que la confluencia de todos los preceptos en juego puede ocasionar importantes disfunciones por lo que urge buscar alternativas a la regulación actual.

Palabras clave: Tráfico de drogas, blanqueo de capitales, organizaciones y grupos criminales, concurso de normas, penalidad.

Abstract: The reform of the Spanish Penal Code performed by the Organic Law 5/2010, of June 22 amended, inter alia, the treatment dispensed to drug trafficking committed by those belonging to a criminal organization. It also provides expressly for the possibility of punishing for money-laundering the responsible of the crime from which the property derives, and as we know, this offense also includes an aggravation for the event that the legitimating acts of capital are made through an organization. Finally, behaviors related to organizations and criminal groups are incriminated. This paper analyzes the complex relationships between bankruptcy and all these figures and it shows that the confluence of all precepts in play can cause major malfunctions which compel urgently to find alternatives to the current regulation.

Keywords: Drug trafficking, money-laundering, criminal organizations and groups, joinder of rules, penalty.

I.- PLANTEAMIENTO

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso una importante modificación del Código penal español. De entre las novedades que incorpora, dos son las que interesa destacar por su atinencia con el tema objeto de estudio en el presente trabajo. De un lado, la sustancial reforma que experimenta el delito de blanqueo de capitales. Y, de otro, la introducción de un Capítulo, el VI, que se ubica entre los delitos contra el orden público y que se refiere a las organizaciones y grupos criminales. Del primero de estos cambios ya he tenido ocasión de ocuparme más detenidamente con anterioridad¹ por lo que, en lo que sigue, voy a referirme al segundo de ellos.

La razón que justifica el nuevo tratamiento jurídico-penal que se le dispensa al fenómeno asociativo obedece a los problemas que la práctica ha evidenciado respecto del más clásico delito de asociación ilícita, incapaz – según puede leerse en el Preámbulo de la citada Ley – de dar una respuesta adecuada a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales². Con el propósito de poner fin a esta situación, los nuevos artículos 570 bis y 570 ter incriminan diversos compor-

tamientos cuya respuesta penal se articula, como tendremos ocasión de ver, dependiendo del nivel de participación y de la gravedad de los delitos perseguidos, en el caso de organizaciones criminales y, atendiendo únicamente a este criterio, si se trata de grupos.

Innecesario es advertir del trascendental cambio que la nueva regulación supone. Aspectos como el propio concepto de organización o grupo criminal, las características que debe revestir, la evaluación de la eficacia de las distintas estrategias político-criminales o, incluso, las razones de la necesidad y conveniencia de su tipificación autónoma son algunas de las cuestiones que, por su importancia merecen, sin duda, un tratamiento más profundo del que aquí se está en condiciones de efectuar. Por ello, el propósito de este trabajo, mucho más limitado, no es entrar a valorar la decisión legislativa, sino realizar un análisis orientado a las consecuencias y, más concretamente, examinar la coexistencia – cabe anunciar ya, no siempre fácil – con los ya existentes subtipos agravados en relación con los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales; que son dos de las actividades preferidas por este tipo de organizaciones, como así revelan los datos extraídos del estudio elaborado por MAPELLI CAFFARENA, GONZÁLEZ CANO y AGUADO CORREA³.

Es cierto que los desajustes punitivos que van a ser denunciados no son ajenos a aquellos otros ámbitos en los que existen ta-

1 VIDALES RODRÍGUEZ, C., “La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española”. *Direito e Desenvolvimento. Revista do Curso de Direito* Vol. 6. Brasil, 2012 y “Blanqueo, ¿Qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, en *Revista General de Derecho Penal*. Vol. 18, 2012.

2 Sobre los inconvenientes que el delito de asociación ilícita planteaba, puede verse QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds). Universidad de Huelva, 1999, p. 177 a 190 y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Ed. Comares. Granada, 2009, p. 235 y ss.

3 Estos autores cifran en 193 y 107 los grupos que se dedicaban al narcotráfico en 1997 y 1998, respectivamente. Mientras que realizaban actividades de blanqueo 85 grupos en 1997 y 148 en el año siguiente. MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M. I., AGUADO CORREA, T., (Coord.) *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de las investigación criminal*. Sevilla, Mergablum, 2001, p. 80 y ss.

les causas específicas de agravación, pero no lo es menos que en relación con el delito de tráfico de drogas se plantea una problemática peculiar derivada del complejo sistema de determinación de la pena que se adopta, caracterizado por la inclusión de un amplio elenco de supuestos que pueden dar lugar a la agravación en dos niveles de la responsabilidad penal. A ello se le viene a sumar la posibilidad de sancionar el blanqueo llevado a cabo por el autor del delito del que los bienes proceden. Aunque no se trata de una cuestión exenta de polémica, la jurisprudencia más reciente venía admitiendo esta doble incriminación que ahora acoge expresamente el legislador⁴. También el blanqueo, como en el caso anterior, merecerá una pena agravada cuando se realice en el seno de una organización. Tenemos, por tanto, que la confluencia de los artículos 368 y siguientes, 302, 570 bis y 570 ter del Código penal, forman un intrincado complejo normativo que, como tendremos ocasión de ver, dificultan enormemente la aplicación práctica de los mismos y provocan no pocas disfunciones. Pero, antes de abordar tan espionosa cuestión y, a modo introductorio, me ha parecido conveniente hacer una breve mención de las distintas figuras por separado con el fin de enmarcar la incidencia de los nuevos preceptos introducidos.

4 Tras una jurisprudencia oscilante, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2006 adoptó el Acuerdo de que la aplicación del artículo 301 del Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Acogen esta tesis las SSTs de 1 de diciembre de 2006, 25 de enero de 2008, 26 de diciembre de 2009 o 17 de septiembre de 2010. Se separa, por el contrario, de la misma la STS de 28 de junio de 2010.

II.- DELITOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO DE DROGAS Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 369 bis, fruto de la reforma operada en el texto punitivo por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cuando los comportamientos básicos descritos en el artículo 368 del Código penal se realicen por quienes pertenecen a una **organización** delictiva, serán castigados con las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga o de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa, en función de la mayor o menor nocividad de la sustancias. De este modo se abandona el criterio seguido por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de considerar la pertenencia a una organización como un supuesto de agravación de la responsabilidad penal respecto de las conductas relacionadas con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El legislador opta ahora por prever una penalidad independiente fijada, eso sí, con idéntico proceder al seguido en relación con la modalidad básica, distinguiendo en función de la nocividad de la sustancias.

El principal problema que suscita esta nueva regulación es la referencia exclusiva a las conductas recogidas en el tipo básico (art. 368); sin que quede clara la respuesta que debe dársele a aquellos casos en los que los hechos sean incardinables en alguno de los supuestos de agravación que contienen los artículos 369 y 370 del Código penal. A tal efecto, la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado, opta por estimar preferente la existencia de una concurso de normas que, en consecuencia, obliga a entender que la remisión al artículo 368 debe incluir aquellos otros que contienen los subtipos de éste. Se des-

carta así la posibilidad de estimar un concurso entre tales infracciones atendiendo, para ello, a razones lógicas, proporcionales, históricas y sistemáticas.

Por obvias razones, lo que no ha experimentado cambio alguno es la mayor respuesta penal que han de merecer quienes ostenten una responsabilidad mayor en el seno de tales asociaciones y, más concretamente, el precepto se refiere a los jefes, encargados o administradores de las mismas. En estos casos se habrá de imponer la pena superior en grado; esto es, de doce a dieciocho años de prisión, cuando se trate de drogas que causen grave daño a la salud, y de diez a quince en el supuesto de las llamadas drogas blandas, más la correspondiente sanción pecuniaria.

Además, y este aspecto sí constituye una novedad, se prescribe la imposición de una multa cuando estos hechos sean realizados por una **persona jurídica**. La cuantía de ésta ha de fijarse siguiendo el sistema de días multas o en proporción al valor de la droga, en función de cual sea la cantidad que resulte más elevada y, asimismo, dependerá de la duración de la pena privativa de libertad que le corresponda a la persona física⁵. Por último, se faculta a jueces y tribunales para que, atendidas las reglas del artículo 66 bis, impongan las penas recogidas en los apartados b) a g) del apartado 7 del artículo 33⁶.

5 De dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga, cuando la pena de prisión sea superior a cinco años y de uno a tres años o del doble al cuádruple si la privación de libertad fuese de entre dos y cinco años.

6 Esto es, disolución de la persona jurídica, suspensión de las actividades por un plazo máximo de cinco años, clausura de locales y establecimientos por idéntico período, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período que no podrá

Sin abandonar el fenómeno asociativo, se hace preciso señalar que se conserva como subtipo agravado el consistente en que el culpable participe en **otras actividades organizadas** o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2º). La inclusión de este supuesto por medio de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, fue consecuencia de la necesaria adopción de las medidas a las que obligaba la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y si ya entonces ofrecía serios reparos⁷, existen ahora nuevos motivos para cuestionar su conveniencia.

En efecto, de entenderse que esas otras actividades organizadas a las que alude el precepto han de ser delictivas – como así era hasta la reforma la operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre – el solapamiento con las nuevas figuras que se introducen en relación con la delincuencia organizada, por un lado y, con la admisión del autoblanqueo, por otro, es irremediable. Parece, pues, que el respeto al *ne bis in idem* supondrá la práctica inaplicación de esta agravante. Ahora bien, el principio de vigencia obliga a buscar una interpretación distinta y, por tanto, abocaría a concluir que esas otras actividades organizadas no tienen por qué ser delictivas. Este fue el entendimiento del Tribunal Supremo que, en la sentencia de 8 de noviembre de 2006, aplicó este precepto en un caso en el que se utilizó una sociedad mercantil sin actividad en

exceder de quince años, y, finalmente, la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un tiempo no superior a cinco años.

7 Al respecto, puede verse VIDALES RODRÍGUEZ, C., “La última reforma del Código penal en materia de drogas”, en *Revista General de Derecho*, nº 583, 1993, p. 2727 y 2728.

el momento de la importación ilegal de drogas; no obstante tampoco se trata de una exégesis exenta de problemas. Así es por cuanto que, puede solaparse con el supuesto contemplado en el artículo 370 que se refiere a la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. Además, no se corresponde con el texto normativo internacional que le sirve de precedente; y, por último, puede conducir, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, a resultados desproporcionados e, incluso, absurdos. A la vista de estos inconvenientes y, sin desconocer que el hecho de participar en otras actividades organizadas pueda servir para facilitar la comisión de los delitos que nos ocupan, creo, sin embargo, que existen razones que permiten dudar del acierto del mantenimiento de este subtipo de agravación que ha llegado a considerarse, incluso, inconstitucional⁸. Y, parecidas objeciones pueden hacerse respecto de la mención a jefes, administradores o encargados de estas organizaciones que contiene el artículo 370 y que permite elevar la pena en uno o dos grados sin que exista, como ha denunciado MUÑOZ CONDE, una justificación clara para ello⁹.

Siguiendo con las previsiones contenidas en el artículo 370, hay que decir que los mismos efectos penológicos surtirán la consideración de los hechos como de extrema gravedad y, entre ellos, cabe destacar la referencia

a **redes internacionales** dedicadas a este tipo de actividades. El fundamento de la agravación, en este caso, parece responder a la mayor peligrosidad que supone esta proyección internacional, pero, puesto que no deja de ser una organización, habrá que solucionar la confluencia normativa que se produce.

La Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado entiende que el concurso de leyes debe ser resuelto en atención a la pena más grave. Pues bien, el cotejo de las respectivas sanciones, como también se señala, provoca un claro desajuste punitivo. En efecto, aunque el concepto de red internacional supera al de organización, las penas previstas en el artículo 369 bis son más graves en todos los supuestos, con la sola excepción de que se trate de drogas susceptibles de causar grave daño y el sujeto se limite a pertenecer a tal asociación, si se trata de la modalidad básica. En ese caso, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 370 permite privar al sujeto de libertad por un período de hasta trece años y seis meses, frente a los doce años de límite máximo que establece el artículo 369 bis.

Por último, el apartado segundo del artículo 371, en referencia esta vez a los denominados **precursores**, constituye una nueva muestra del afán punitivo que caracteriza la política criminal relacionada con estas manifestaciones de la delincuencia. En su virtud, la pena prevista – prisión de tres a seis años, más multa del tanto al triplo del valor de los bienes – ha de imponerse en su mitad superior en caso de pertenencia a una organización o asociación. Y, en el supuesto de que el sujeto ostente alguna función de responsabilidad, corresponderá elevarla en un grado; esto es, de seis a nueve años. Además, se impondrá la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria durante un tiempo mínimo de tres años y un máximo de seis. Final-

8 ÁLVAREZ GARCÍA, E. J., *El delito de tráfico de drogas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 173.

9 Le asiste la razón cuando manifiesta que no se comprende muy bien por qué tiene que tener este carácter especialmente agravatorio cuando la organización no tiene por qué ser delictiva ni dedicada específicamente al tráfico de drogas. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*. 18ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 685. En igual sentido, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., "El tratamiento e la criminalidad organizada en el tráfico de drogas", en *La criminalidad organizada*. GONZÁLEZ RUS J. J., (Dir). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013; p. 307.

mente, este precepto hace una remisión a las medidas previstas en el artículo 369.2 que ha sido suprimido¹⁰, sin que, a la par, se enmiende este reenvío normativo que debiera haberse referido a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 369 bis. Este error evidencia, sin duda, una técnica legislativa defectuosa que, lamentablemente, en relación con estos delitos, no constituye una excepción¹¹.

10 En efecto, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un segundo apartado en el catálogo de subtipos agravados que contenía el artículo 369, en cuya virtud se disponía que *en los supuestos previstos en las circunstancias 2.ª, 3.ª y 4.ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:*

1.ª La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

2.ª La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

11 Al respecto, cabe recordar que mediante la reforma operada por Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, se introdujo un artículo, el 344 bis i) con idéntico contenido al preexistente artículo 546 bis f), fruto de la reforma operada en el Código penal a través de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, y que sancionaba lo que se vino a llamar receptación específica en materia de drogas o, lo que es lo mismo, el aprovechamiento de las ganancias procedentes de tales actividades. Otro ejemplo, más reciente lo encontramos en la plena coincidencia entre los artículos 303 y 372, ambos del Código penal, que contienen una agravación específica en atención a los sujetos activos de los delitos de blanqueo y tráfico de drogas. La identidad puede explicarse con base en la regulación conjunta dispensada a estas infracciones hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal sin que, producida la escisión, exista razón alguna para tal coincidencia puesto que el fundamento agravatorio difiere considerablemente en uno y otro caso.

III.- BLANQUEO DE CAPITALES Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Como es sabido, esta infracción nació profundamente vinculada a los delitos relacionados con el de tráfico de drogas. De hecho, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, estos eran los únicos que podían dar lugar a una respuesta penal, primero a título de receptación específica en materia de drogas y, posteriormente, ya como blanqueo en sentido estricto tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre. El nuevo Código penal extendió la posibilidad de castigar el blanqueo en relación con cualquier delito bastando, para ello, con la exigencia de que fuera grave. Este requisito, sin embargo, fue suprimido con ocasión de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹².

En definitiva, a partir de entonces, la previa comisión de cualquier infracción puede dar origen a un delito de blanqueo, constituyendo un supuesto de agravación el hecho de que los bienes hayan sido obtenidos, entre otras, mediante una actividad relacionada con el tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. De darse este supuesto, deberá imponerse la pena en su mitad superior (de tres años y tres meses a seis años), más la multa correspondiente. Sanción que experimentará un nuevo incremento – en su mitad superior – cuando el sujeto pertenezca a una organización; por tanto, se le podrá privar de libertad por un período de entre cuatro años, siete meses y quince días hasta seis años. En el caso de que el sujeto ostente algún cargo de responsabilidad en el seno de la agrupación, la pena correspondiente es la superior

12 Puede verse una breve evolución histórica de esta figura en VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo...”, *op. cit.*, p. 8 y ss.

en grado, según lo dispuesto en el artículo 302.1. Esta agravación permite, por tanto, la imposición de una pena de entre seis y nueve años, a la que habrá de sumarse la pertinente sanción pecuniaria.

Por su parte, el apartado segundo del referido precepto, fruto de la tantas veces aludida reforma de 2010, establece que cuando sea responsable una persona jurídica, deberá imponerse una pena de multa de dos a cinco años para el caso de que el delito cometido por la persona física tenga prevista una pena de prisión de más de cinco años, o una multa, de seis meses a dos años para el resto de supuestos. Y, al igual que hiciera en relación con los delitos relacionados con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, faculta al juzgador a imponer alguna de las sanciones que se recogen en los apartados b) a g) del artículo 33.7.

IV.- ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

Como se indicara al principio de las presentes consideraciones, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce un nuevo capítulo en el Título dedicado a los atentados contra el orden público. La razón de esa ubicación, según consta en la Exposición de motivos, no es otra que la de alterar lo menos posible la estructura del Código. A ello se le une el convencimiento, también expresamente puesto de manifiesto, de que afectan a dicho bien jurídico si se toma en consideración que “el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimien-

tos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”. De este modo, y siguiendo con la justificación ofrecida, “la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”.

Pues bien, con el fin de preservar tan altos intereses, se introducen tres nuevos artículos, que responden a la siguiente estructura: el *570 bis* incrimina las conductas relacionadas con las organizaciones criminales; el *570 ter*, se refiere a los grupos criminales; y, por último, el *570 quáter* que contiene unas disposiciones comunes a ambos preceptos.

El primero de ellos castiga a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan una organización con penas de prisión de cuatro a ocho años, si se tratase de delitos graves o de tres a seis años en el resto de casos. Si, por el contrario, constituyen supuestos de mera pertenencia o de actos de cooperación, la pena privativa de libertad oscilará entre dos y cinco años, para las infracciones más severas y, de uno a tres para las demás infrac-

ciones. A estos efectos, se entiende por organización criminal, según el párrafo segundo del número primero de este artículo, la *agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos o la perpetración reiterada de faltas.*

Por cuanto se refiere a los grupos criminales, éstos se definen por exclusión; esto es, cuando la unión de dos o más personas no revista las características exigidas para ser considerada organización criminal y se tenga por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión reiterada de faltas. Desde otra perspectiva, cabe destacar que, a diferencia del proceder legislativo en relación con las organizaciones, no se distingue a efectos penológicos la mayor o menor contribución personal. De esta forma, la pena únicamente se modula atendiendo a la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos. Así, de tratarse de delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de dos a cuatro años de prisión si el delito fuera grave y, de uno a tres, en otro caso. Si la finalidad del grupo es cometer un delito distinto, la sanción oscilará entre seis meses y dos años, de merecer éste la calificación de grave, y de tres meses a un año si fuese menos grave y no estuviere incluido en el apartado a). La misma respuesta penal ha de recibir la perpetración reiterada de faltas. En ese caso, deberá imponerse la pena en su mitad inferior, salvo que se trate de la reiteración de faltas de hurto, supuesto éste que autoriza a recorrer la pena en toda su extensión.

Además, tanto en relación con las organizaciones, como con los grupos, se podrán imponer las penas en su mitad superior de concurrir los supuestos previstos en los apar-

tados segundos de los artículos 570 bis y 570 ter, respectivamente. Esto es, cuando la organización o el grupo criminal esté compuesto por un elevado número de personas, cuando disponga de armas o instrumentos peligrosos o cuando tenga a su alcance medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de sus culpables. Si, lo que no será infrecuente, concurren dos o más de estas circunstancias, la pena se elevará en un grado.

En cuanto a las consecuencias que, con carácter común, contiene el artículo 570 quáter, cabe hacer mención de que los jueces y tribunales deberán acordar la disolución de la organización o grupo y, en su caso, impondrán cualquiera de las consecuencias previstas en los artículos 33.7 y 129. Por tanto, a las medidas contempladas en los apartados b) a g) del primero de los artículos citados, debe sumarse la posibilidad contemplada en el apartado a) de dicho precepto – multa por cuotas o proporcional – y la opción de acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, a la que se refiere el apartado primero del artículo 129.

Por otro lado, el apartado segundo del precepto que se comenta, prescribe acompañar la pena correspondiente de una inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos. La duración de tal medida será de entre seis y veinte años superior a la de la pena privativa de libertad; plazo que ha de determinarse en atención a la gravedad del delito, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

Consciente de los futuros problemas que la incriminación de estas conductas pudiera generar en relación con los preexistentes subtipos agravados por este motivo que contienen algunas figuras, el legislador resuelve el concurso normativo haciendo uso, para ello, del principio de consunción relativa o impropia que, como es sabido, hace preferible el precepto penal que contempla la pena más grave (art. 8.4). Lógicamente, la asunción de esta regla de solución del conflicto obliga al juzgador a comparar las consecuencias penales de los artículos en confluencia; tarea ésta que, por las razones expuestas, aquí se va a ver limitada a los delitos elegidos, aunque no se anuncia como sencilla en ninguno de los casos. Pero antes de poner de manifiesto las dificultades que lo hasta aquí dicho permite ya intuir, procede mencionar las previsiones contenidas en los apartados tercero y cuarto del artículo 570 quáter.

El primero de ellos extiende la aplicación de las disposiciones del Capítulo VI del Título XXII a las organizaciones o grupos criminales que lleven a *cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero*. Previsión que parece encontrar justificación en la internacionalización que caracteriza, en algunos casos, este tipo de delincuencia. Finalmente, el último apartado permite la rebaja de la pena en uno o dos grados cuando se haya producido un abandono voluntario de las actividades y pueda apreciarse una colaboración activa con las autoridades o sus agentes, bien para la obtención de pruebas que permitan identificar o capturar a otros integrantes o para impedir la actuación o desarrollo de tales asociaciones, bien para evitar la comisión de nuevos delitos. Se trata, como se ve, de una atenuante cualificada que se inscribe en las técnicas premiales previstas

en relación con otras manifestaciones de la delincuencia como el terrorismo (art. 579.4), el tráfico de drogas (art. 376) y, más recientemente, en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.6, 307.5 y 308.7).

V.- ¿CONFLUENCIA DE LEYES O CAOS NORMATIVO?

De esta escueta referencia a las previsiones normativas relacionadas con los delitos objeto de examen se infiere ya sin dificultad alguna los nada desdeñables problemas aplicativos que debe arrostrar el juzgador. Mas la complejidad de esta tarea no permite eludir su cumplimiento pues, como acaba de verse, el segundo párrafo del inciso segundo de artículo 570 quáter impone la obligación de efectuar un análisis comparativo para poder estar en condiciones de optar por el precepto que tenga señalada la pena más grave. Es preciso reconocer que las Tablas que contiene la ya aludida Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2011, sobre la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, facilita en gran medida esta labor. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, no resulta suficiente por cuanto no incluyen la posibilidad del autoblanqueo de las ganancias procedentes de actividades relacionadas con el narcotráfico.

Esta carencia exige que deba efectuarse el preceptivo cotejo que, a los efectos que aquí interesan, únicamente va a hacerse en relación con las penas privativas de libertad, aunque, como es sabido, tanto los delitos relacionados con el narcotráfico, como las conductas legitimadoras aparejan, como es sabido, la imposición de una sanción pecuniaria.

Asimismo, que esta comparación sea el objetivo prioritario que se persigue no tiene por qué significar una renuncia a emitir un juicio crítico ante los desajustes punitivos que una técnica legislativa como la empleada produce. Es más, el solo hecho de tener que abordarla ya es merecedor de una valoración negativa.

A continuación y con el fin de proporcionar una mayor claridad expositiva en un ámbito que, si por algo se caracteriza es, precisamente, por la ausencia de ésta, voy a referirme, en primer lugar, a las posibles combinaciones concursales entre el subtipo agravado de drogas y los nuevos preceptos contra el orden público; en segundo lugar, se procederá a confrontar estos últimos con el delito de blanqueo de capitales para, por último, analizar la confusa confluencia de todos ellos.

V.1. CONCURSO ENTRE EL TRÁFICO DE DROGAS Y LOS DELITOS RELACIONADOS CON ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

Antes de efectuar la comparación proyectada, conviene advertir de la dificultad práctica de encontrar supuestos en los que confluyan estos delitos sin que, además, pueda ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y siguientes. En efecto, la posibilidad de castigar el autoblanqueo, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, unida al hecho de que, también fruto de la citada modificación, se incorporen como modalidades comisivas la posesión y utilización de los bienes cuya ilícita procedencia se conoce, hará que, en la mayor parte de los casos, el solapamiento se produzca entre todos los preceptos aludidos lo que obliga, siguiendo el esquema propuesto, a postergar su tratamiento.

Ahora bien, la probable escasa inci-

dencia del concurso anunciado no exime del deber de determinar la respuesta penal que debiera dársele a aquellas organizaciones dedicadas únicamente al narcotráfico y que, por tanto, no realizasen operación alguna de legitimación, ni poseyeran o utilizaran los bienes obtenidos mediante tan lucrativa actividad¹³. Antes al contrario, la decisión entre aplicar el artículo 369 bis o, en cambio, apreciar un concurso real entre las distintas modalidades delictivas y los delitos relativos a organización o grupo criminal muestra bien a las claras las dificultades aludidas y las incongruencias a las que conduce la convivencia – nada pacífica – entre los nuevos delitos asociativos y los preexistentes subtipos agravados.

Por lo que al tipo básico contemplado en el artículo 368 del Código penal se refiere, debe concluirse que en todo caso – es decir, ya se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, como de aquellas otras en las que la nocividad es menor y, asimismo, con independencia de la mayor o menor responsabilidad que se asuma en el seno de la organización –, es de aplicación preferente el subtipo agravado previsto en el artículo 369 bis¹⁴.

¹³ Desde luego, tales hipótesis parecen altamente infrecuentes; podrían darse, no obstante, en el caso de que se aceptara el criterio restrictivo propuesto por MATA LLÍN EVANGELIO de excluir del ámbito de aplicación del delito de blanqueo la primera adquisición de los mismos. MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*. N° 20, 2013; p. 21y ss.

¹⁴ En efecto, tratándose de las llamadas drogas duras, la pertenencia se castiga con prisión de 9 a 12 años; mientras que el concurso entre el tipo básico y el artículo 570 bis supondría una privación de libertad entre 5 y 11 años. Si se tratase de jefes, encargados o administradores, la aplicación del subtipo conllevaría una pena de entre 12 y 18 años de prisión. En cambio, el concurso de infracciones permitiría una privación de libertad de entre 7 y 14 años. En el supuesto de las llamadas drogas blandas y por cuanto se refiere a la mera integración, se castiga con una pena de 4 años y 6 meses a 10 años, superior a la de 2 a 6 años resultante de la apreciación del concurso de infracciones. En este caso, para los di-

La elección de una u otra alternativa se complica considerablemente si, en lugar de tratarse de las modalidades básicas, concurren supuestos de agravación respecto de uno u otro delito. Se produce entonces una situación que, sin temor a exagerar, puede calificarse con toda razón de endiablada.

Comenzando por el supuesto más sencillo y, aceptando, de conformidad con el criterio de la Fiscalía General del Estado, que el artículo 369 bis también va referido a los subtipos agravados a pesar de la referencia exclusiva al artículo 368, tenemos que si las conductas realizadas envuelven sustancias que no originan grave daño a la salud, la respuesta penal más severa viene proporcionada por el recurso a la aplicación del artículo 369 bis¹⁵. En cambio, cuando los actos típicos se refieren a las llamadas drogas duras, se hace preciso distinguir en atención a la contribución del sujeto. Así, si éste ostenta algún cargo en la organización, la pena prevista en el artículo 369 bis – prisión de 12 a 18 años, más multa del cuádruplo al séxtuplo – es más grave que la que permite obtener la estimación del concurso de infracciones entre el nuevo artículo 570 bis y los subtipos agravados que recoge el artículo 369 (prisión de 10 a 17 años). En cambio, la apreciación de esta hipótesis concursal resulta obligada de tratarse de un mero integrante porque, en tal caso, la privación de

rigentes, la pena de entre 10 a 15 años también es más grave que el recurso a la aplicación conjunta de ambos preceptos que, de ser así, arrojaría una pena de entre 4 y 9 años.

15 De este modo, a los dirigentes de la organización le corresponderá una pena privativa de libertad entre 10 y 15 años, más la multa del cuádruplo al séxtuplo del valor de la droga, frente a los 10 años que suma la aplicación conjunta del artículo 570 bis.1 y 369. Si, en cambio, se trata de un integrante, el período de prisión oscilará entre 4 años y 6 meses y 10 años – más la multa del tanto al cuádruplo – que es más elevado que la que se obtiene de la adición de las sanciones previstas en los aludidos preceptos (máximo de 7 años y seis meses).

libertad puede durar entre 8 y 14 años que es superior al límite máximo de 12 años establecido en el artículo 369 bis.

Al mismo resultado debe llegarse cuando, haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 370 se eleve la pena en un grado. Si, por el contrario, se estimase oportuno la exasperación en un segundo grado, el recurso al artículo 369 bis únicamente resultaría más grave en el caso de tratarse de los responsables de una organización dedicada al tráfico de drogas blandas¹⁶. En el resto de supuestos, el concurso entre el artículo 370 y el 570 bis, supone la opción más onerosa¹⁷.

Mención especial merece, dentro de estos supuestos de extrema gravedad, las **redes internacionales**. El respeto al principio *ne bis in idem* y el imbricado sistema de determinación de la pena en estos delitos obliga ahora a confrontar las previsiones contenidas en los artículos 368 o 369, 369 bis, 370 y 570 bis. Por lo que hace al tipo básico de tráfico de drogas, como ya quedó dicho, el artículo 369 bis – salvo en caso de pertenencia a una organización dedicada al tráfico de drogas duras – proporciona un castigo más severo. Y, lo mismo sucede ahora si se compara con la confluencia entre el tipo básico y lo dispuesto en el artículo 570 bis. Distinta es la conclusión

16 Así es por cuanto que el límite máximo de 15 años resulta superior a los 14 años y 9 meses a los que se llegaría de apreciarse un concurso de infracciones.

17 Piénsese que, en caso de tratarse de responsables de organizaciones dedicadas al tráfico de sustancias que causan grave daño, la pena que se obtiene mediante el concurso puede alcanzar los 21 años y 6 meses, frente a los 18 años de tope que establece el artículo 369 bis. Si el sujeto fuera, en cambio, un partícipe, tendríamos en el primer caso, una pena de hasta 18 años y seis meses en contraposición a los 12 años establecidos en el referido precepto. También en el caso de integrantes en organizaciones que trafiquen con drogas blandas, los 11 años y nueve meses de privación de libertad que pueden imponerse conforme al concurso de delitos, resulta de mayor gravedad que los 10 años señalados como techo de la pena en el artículo 369 bis.

cuando concurra alguna de las agravaciones del artículo 369 porque, entonces, para esta excepción – esto es, para la integración en organización que trafique con sustancias susceptibles de causar grave daño a la salud – la estimación del concurso de infracciones entre el 369 y el 570 bis dispensa el trato penológico más grave¹⁸, debiéndose aplicar en el resto de supuestos lo prevenido en el artículo 369 bis.

En este ámbito es imaginable, asimismo, que la conducta pudiera revestir tal entidad que por sí sola mereciera ya la penalidad exasperada hasta en dos niveles a la que faculta el referido artículo 370, por cuanto que son varios los supuestos alternativos que pueden dar lugar a la hiperagravación. En tal caso, el problema que se plantea es dar una solución cuando, además, el sujeto forme parte de una organización. Entender que el artículo 369 bis va referido tanto al tipo básico, como a los subtipos, veda la posibilidad de un concurso entre ambas figuras. La única alternativa, por tanto, consiste en acumular las sanciones previstas en el artículo 570 bis. Y, si bien es cierto que puede que el aludido principio de *ne bis in idem* no sufra menoscabo alguno, no lo es menos que, tal vez, la misma afirmación no pueda hacerse respecto del principio de proporcionalidad¹⁹.

Esta laberíntica situación es susceptible de experimentar nuevas complicaciones cuando la penalidad que corresponde agravar es la

prevista en el artículo 570 bis. Para determinar la pena más grave se hace necesario, entonces, distinguir diversos supuestos en función del número de circunstancias específicas que puedan apreciarse. Así, si concurriese una de las agravaciones previstas en el segundo apartado de artículo 570 bis, puesto que únicamente permite imponer la pena en su mitad superior, no se rebasan los límites máximos. En consecuencia, las soluciones serían coincidentes con las ya examinadas en relación con las modalidades básicas y agravadas del delito de tráfico de drogas, lo que exime de ulteriores referencias.

En el supuesto de que coincidan más de una de las circunstancias enumeradas en el artículo 570 bis 2 y estemos ante la modalidad básica del delito del tráfico de drogas, lo que será poco frecuente dado el amplio elenco de motivos de agravación, la pena más grave vendrá proporcionada, nuevamente, por la aplicación del artículo 369 bis, debiendo excepcionarse aquellos casos de mera pertenencia a la organización cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, que obtienen una sanción más elevada recurriendo al concurso de delitos²⁰. Lo que sí parece más probable es que confluyan los motivos de agravación previstos en relación con una y otra figura. Sin entrar, lógicamente, a analizar pormenorizadamente todas las combinaciones posibles ni detenerme tampoco en los solapamientos parciales que se producen²¹, baste decir que la opción a favor de

18 Así, frente a los 13 años y seis máximos que autoriza el artículo 370, la apreciación de un concurso de delitos entre estos supuestos y las conductas relacionadas con la organización criminal que contiene el artículo 570 bis, permite la privación de libertad por un tiempo entre 8 y 14 años.

19 En efecto, a la pena de prisión de 9 a 13 años y 6 meses si se trata de drogas duras; o, de 4 años, 6 meses y un día, si son sustancias que no causan tan grave daño, habría que sumarle ahora, las de 4 a 8 o de 2 a 5 años, según la intervención del sujeto en la organización.

20 La sanción de ambas infracciones autoriza a imponer una pena de entre 8 años y 13 años y 6 meses; mientras que el límite máximo previsto para tales supuestos en el artículo 369 bis es de 12 años.

21 Dejando a un lado la desafortunada y perturbadora referencia a *otras actividades organizadas* del artículo 369.1.2 y a los responsables de éstas del artículo 370, piénsese que, el artículo 368.8 se refiere a uso de armas, mientras que el apartado segundo del artículo 570 bis alude a la mera disposición. Parecida superposición

la aplicación del artículo 369 bis o a favor del concurso entre los artículos 369 y 570 bis 2 va a depender únicamente de la nocividad de las sustancias. De este modo, de tratarse de drogas duras, la aplicación conjunta de ambos preceptos resulta más gravosa²²; no es esto lo que ocurre, sin embargo, si se trata de drogas blandas dado que el artículo 369 bis sigue resultando preferente²³. Y, en ambos casos, con independencia de la función que el sujeto tenga atribuida en el marco de la asociación.

Si se trata de una **red internacional** que, al considerarse un caso de extrema gravedad haría aplicable el artículo 370, la distinción debería efectuarse en atención a la nocividad de las sustancias. Así, como se extrae de las Tablas comparativas que contiene la Circular de la FGE 3/2011, en el supuesto de las drogas blandas, el artículo 369 bis, con los marcos penológicos ya reiteradamente señalados, ofrece la penalidad más severa para dirigentes o para integrantes de la misma. Y esta respuesta debe darse tanto en el caso del tipo básico de tráfico de drogas²⁴, como si existe alguno

se produce en relación con los buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte a efectos del artículo 370 y los medios tecnológicos avanzados de transporte a los que se refiere el precepto relativo a organizaciones.

22 Así es por cuanto que, de tratarse de responsables, la comparación ha de hacerse atendido al período de 14 a 21 años, procedente de la suma de las respectivas penas, y los límites de entre 12 y 18 años que prevé el artículo 369 bis. En caso de participación, debe confrontarse la pena de entre 11 y 16 años y 6 meses que se obtiene de la estimación del concurso de infracciones, con el consabido límite de 12 años que establece el subtipo agravado específico del tráfico de drogas.

23 Los límites máximos de 15 y 10 años en función de la responsabilidad asumida que establece el artículo 369 bis son superiores a los que se obtendrían de recurrir a la suma de ambas infracciones, tanto para los responsables (13 años y 6 meses), como para los simples integrantes (9 años).

24 La pena de 10 a 15 años previstas para jefes, encargados o administradores, que señala el artículo 369 supera, por un lado, a la que el artículo 370 – incluso elevada en dos grados (de 4 a 6 años) – establece; y,

de los supuesto agravatorios que recoge el artículo 369²⁵. De este modo, la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 570 bis 2 habrían de servir a los solos efectos de modular la pena dentro de los límites establecidos en dicho precepto.

Cuando las sustancias objeto de tráfico ilegal son, por el contrario, susceptibles de causar grave daño, la sanción más severa va a depender de si, en relación con el tráfico de drogas, nos encontramos ante el tipo básico o concurre alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 369.

En el primer caso, siguiendo con el balance que reflejan las mencionadas Tablas, a los integrantes le son de aplicación las penas previstas en el artículo 370 siempre que la pena a imponer sea la superior en dos grados a la prevista en el artículo 368²⁶; si, por el con-

por otro, a la que se obtiene de la suma del artículo 368 con el artículo 570 bis 2, que arrojaría un límite máximo de 9 años o de 12, en función del número de circunstancias específicas que concurriese. Sucede lo mismo en el caso de integrantes de la red internacional. El artículo 369 bis (de 4 años y 6 meses a 10 años) supone un mayor castigo que el artículo 370, incluso cuando se imponga la pena superior en dos grados (de 4 años y 6 meses y un día a 6 años y nueve meses) y que el concurso formado entre el tipo básico de tráfico de drogas y el subtipo agravado de pertenencia a organización (de 3 a 6 años o de 4 a 7 años y seis meses, en función del número de agravantes que pueda estimarse).

25 En efecto, las consabidas penas de entre 10 y 15 años para los responsables que marca el artículo 369 bis, son más elevadas que las que establece el artículo 370 (máximo de 4 años y 6 meses y un día a 6 años y nueve meses) y que las obtenidas acudiendo al concurso de delitos que permite una privación de libertad que no puede superar los 10 años y 6 meses. Idéntica situación se produce respecto de los integrantes. Ni el concurso de delitos (máximo 9 años), ni el artículo 370 (máximo de 6 años y nueve meses) superan los 10 años de prisión a los que puede llegarse en caso de aplicar el artículo 369 bis.

26 La aplicación de lo allí dispuesto permitirá elevar la pena hasta los 13 años y 6 meses por lo que resulta superior a los 12 años máximos que prevé el artículo 369 bis, o a los 11 que se obtendrían de apreciar un concurso de delitos entre el artículo 368 y el 570 bis.

trario, se considera que únicamente debe elevarse en un grado, nuevamente, el recurso al 369 bis parece obligado. En cambio, respecto de quienes ostentan un mayor control en el seno de la organización, será de aplicación el artículo 369 bis que permite la imposición de una pena privativa de libertad por un período de entre doce y dieciocho años; superior, por tanto, a los trece años y seis meses a los que se podría llegar en aplicación del artículo 370, o a los catorce que se obtendrían sumando las penas previstas en los artículo 570 bis y 368. De este modo, la aplicación preferente de los causas específicas de agravación relacionadas con los delitos de tráfico de drogas obliga a obviar las circunstancias contenidas en el artículo 570 bis que podrán ser tenidas en cuenta, eso sí, como criterio para modular la pena.

La situación varía cuando, en lugar del artículo 368, concurre alguno de los motivos de agravación que enumera el artículo 369. En estos casos, tan sólo se determinará la responsabilidad penal conforme al artículo 369 bis en el supuesto de que se trate de un jefe, encargado o administrador de la organización y únicamente concorra una de las circunstancias del apartado segundo del artículo 570 bis²⁷. De concurrir más de una de ellas, o de tratarse de un mero integrante – con independencia del número de aquellas – la pena más grave se alcanza apreciando un concurso de delitos²⁸.

27 Así es por cuanto que la pena de hasta 18 años de prisión es superior a la que autoriza a imponer el artículo 370 (de hasta 13 años y 6 meses) y, asimismo, más elevada que la resultante de la estimación de un concurso entre ambas figuras (de 12 a 17 años).

28 En efecto, la aplicación conjunta de lo dispuesto en los artículos 570 bis 2 y 369 cuando se trate de responsables de la organización y concurren dos o más de las circunstancias referidas, faculta la imposición de una pena privativa de libertad de entre 14 años y un día a 21 años que, en consecuencia, es más severa que las

Menos compleja, aunque no por ello más satisfactoria de atenderse a otro tipo de consideraciones, es la solución a la que debe llegarse en relación al tráfico de **precursores** que, como se indicara, también contempla su propia agravación por este motivo. La preceptiva comparación arroja como resultado que, en todo caso, la sanción más alta se obtiene de recurrir al concurso de infracciones entre el tipo básico – artículo 371 – y las modalidades recogidas en el artículo 570 bis²⁹ que, además, contempla la posibilidad de agravar la responsabilidad penal de concurrir los supuestos de hecho explicitados en su apartado segundo. Y, con mayor razón, esta debe ser también la conclusión a la que ha de llegarse en el supuesto de que se trate de un grupo criminal ya que, al igual que sucede respecto del tráfico de drogas, esta forma de asociación está excluida del ámbito de aplicación del específico subtipo agravado³⁰.

prevista en los artículo 370 (de 9 a 13 años y 6 meses) o 369 bis (de 9 a 12 años). En el caso de integrantes, de concurrir una sola de las circunstancias a las que se refiere el apartado segundo del art. 570 bis, la pena oscilaría entre 9 y 14 años; por encima, por tanto, de los 12 años señalados en el artículo 369 bis o los 13 años y 6 meses que establece el artículo 370. Si, en cambio, pudieran apreciarse más, la pena podría llegar hasta los 16 años y 6 meses que, asimismo, resulta superior a las previstas en los mencionados preceptos.

29 El artículo 371 prevé, como se recordará, una pena de entre 3 y 6 años para la modalidad básica. Dicha sanción debe imponerse en su mitad superior para el caso de pertenencia a organización; sin embargo, de aplicar de forma conjunta dicho precepto y el artículo 570 bis, resultará una pena privativa de libertad de entre 5 y 11 años. Respecto de quienes tienen atribuidas funciones directivas, la elevación en un grado supone la posibilidad de privar al condenado de libertad por un tiempo de entre 6 y 9 años. En cambio, la estimación del referido concurso, extiende la pena a un mínimo de 7 años y un máximo de 14.

30 Esto hace que pueda ser aplicable una pena privativa de libertad que se extiende entre 3 años y seis meses a 8 años; sin perjuicio que pueda sufrir un incremento, de concurrir alguno de los supuestos de agravación previstos en el apartado segundo del artículo 570 ter.

En efecto, cuando se trate de **grupos criminales** cabe recordar que el artículo 369 bis únicamente alude a organizaciones criminales; razón por la que la estimación del concurso de delitos entre las diversas figuras relacionadas con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la constitución, financiación o integración en un grupo criminal deviene obligada. Por tanto, a las sanciones previstas en los artículos 368 y siguientes habrá de sumársele una pena de prisión de seis meses a dos años si la penalidad prevista para el supuesto del que se trate supera los cinco años, o de tres meses a un año cuando no alcance este límite. En realidad, lo única novedad que se introduce en este ámbito es la solución concursal, dado que, como se recordará, con anterioridad a la reforma, ya se preveía una exasperación punitiva para las organizaciones de carácter transitorio.

V.2.- CONCURSO ENTRE LOS DELITOS DE BLANQUEO Y LOS RELACIONADOS CON ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

Se daba comienzo al epígrafe anterior poniendo de manifiesto la probabilidad de que los supuestos que allí se recogían tuviesen una limitada incidencia práctica. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación al delito de blanqueo porque nada obsta a la existencia de una organización dedicada de forma exclusiva a la legitimación de capitales procedentes de actividades delictivas ajenas. Y es entonces cuando surge la situación concursal a la que he de referirme.

Atendiendo únicamente, como se ha venido haciendo hasta ahora, a las consecuencias penales y, más concretamente, a la duración de la pena privativa de libertad, la confronta-

ción entre los artículos 570 bis y 570 ter, por un lado, y el artículo 302.1, por otro, obliga a recurrir, una vez más, a la estimación de un concurso de infracciones con el fin de imponer el castigo más severo tal y como prescribe el último párrafo del apartado segundo del artículo 570 quáter.

Esta conclusión es clara en el caso de la mera pertenencia a la organización por cuanto que, como se recordará, la exasperación punitiva prevista en relación con el blanqueo en tales hipótesis únicamente permite imponer la pena en su mitad superior; en consecuencia, por un tiempo máximo de seis años. En cambio, la aplicación conjunta del tipo básico de este delito y la conducta recogida en el artículo 570 bis resulta sensiblemente superior al autorizar la privación de libertad durante un período que oscila entre dos años y seis meses a once años. A idéntica solución ha de llegarse, asimismo, en relación con los jefes, administradores o encargados de la organización. Es cierto que el apartado primero del artículo 302 autoriza la elevación de la pena en un grado, pero no lo es menos que aún así resulta sensiblemente inferior a la que se obtiene de la suma de las sanciones señaladas en las correspondientes figuras³¹. Todo ello sin perjuicio de que, además, pudieran exasperarse en atención a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el apartado segundo del artículo 570 bis³².

31 Así es por cuanto que frente a la privación de libertad entre 6 y 9 años que establece el artículo 302.1, la acumulación de una y otra infracción supone una pena privativa de libertad por tiempo mínimo de 4 años y 6 meses a 14 años.

32 De ser así, la concurrencia de una de ellas no afectaría a los límites máximos por cuanto que lo allí dispuesto obliga a imponer la pena en su mitad superior. Distinta es la respuesta penal cuando concurren dos o más de tales circunstancias porque, en ese caso, la pena a imponer podría llegar a los 15 años para los integrantes y hasta 18 para los responsables de la asociación delictiva.

Con mayor razón debe acudir a la vía de la acumulación de infracciones cuando, en lugar de organizaciones, se trate de grupos criminales que, como en tantos otros casos, quedan extramuros del supuesto de agravación específico. Por tanto, al merecer el blanqueo la calificación de delito grave, la pena privativa de libertad resultante oscilará entre uno y ocho años de duración, salvo en el caso de que concurren dos o más circunstancias de las enumeradas en el apartado segundo del artículo 570 ter; supuesto éste que autorizaría el incremento de ese período en un año más.

V.3.- CONCURSO ENTRE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, BLANQUEO DE CAPITALES Y RELACIONADOS CON ORGANIZACIONES O GRUPOS CRIMINALES

Uno de los aspectos que más controversia ha generado en relación con el delito de blanqueo ha sido el de determinar si el autor del delito del que proceden los bienes puede ser, a su vez, castigado por la realización de las conductas encaminadas a enmascarar este ilícito origen. Como ha quedado dicho, en la reforma que se comenta se admite expresamente esta posibilidad por lo que, para no desbordar los límites inicialmente previstos, debe analizarse su incidencia práctica en los casos de existencia de un entramado organizativo, aunque ello suponga orillar otras cuestiones y obviar, asimismo, las considerables dificultades probatorias que se plantean en relación con el fenómeno asociativo.

Ciertamente, los términos en los que el artículo 570 bis describe la organización a efectos penales permite que tenga cabida en este concepto una amplia gama de asociaciones que, por ello, pueden presentar variadas estructuras y también distintos sistemas de

funcionamiento. Sin ánimo de analizar de forma exhaustiva esta problemática lo que, desde luego, requeriría de un estudio más detenido, sí creo que conviene distinguir dos grupos de supuestos.

El primero, estaría constituido por todas aquellas organizaciones que se dedican a completar lo que se ha dado en llamar “ciclo de la droga”; es decir, trafican con tales sustancias, obtienen los beneficios y, posteriormente, los disfrazan haciéndolos pasar por bienes de lícita procedencia. En estos casos, para salvaguardar la vigencia del principio *ne bis idem*, habrá que decidir respecto de qué delito, tráfico de drogas o blanqueo, debe operar la agravante de pertenencia a organización o si, en cambio, procede aplicar ambos sin tomar en consideración dicha condición y estimar un concurso de delitos con las figuras recientemente introducidas en este ámbito.

La necesidad de tener que optar por la pena más grave obliga, en estos casos, a tener que decidir comparando entre tres alternativas: en primer lugar, apreciar un delito de tráfico de drogas agravado por la existencia de la organización en concurso con un delito de blanqueo (Opción A); en segundo lugar, sumar a las penas correspondientes al tráfico de drogas, en la modalidad que corresponda, la establecidas para el blanqueo cuando se realiza a través de una organización (Opción B); y, por último, estimar un concurso entre ambas figuras y el nuevo delito recogido en el artículo 570 bis (Opción C). Como ya hemos tenido ocasión de ver, la elección a favor de una o otra solución va a venir condicionada por la nocividad de las sustancias, por la concurrencia de subtipos agravados y por el grado de implicación en la organización. De este modo, la atención a estos factores permite un elevado número de combinaciones.

Así, comenzando por los supuestos más sencillos, en el caso de que la conducta tenga encaje en el tipo básico del tráfico de drogas, la pena más grave la proporciona recurrir a la apreciación de un delito de tráfico de drogas agravado por organización del artículo 369 bis, en concurso con el delito de blanqueo, como se refleja en el siguiente Cuadro:

Cuadro 1

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis	12-18	9-12	10-15	4.6-10
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24	12.6-18	13.6-21	8-16
Opción B:				
368	3-6	3-6	1-3	1-3
301/302	6-9	4.9-6	6-9	4.9-6
TOTAL	9-15	7.9-12	7-12	5.9-9
Opción C:				
368	3-6	3-6	1-3	1-3
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 1	4-8	2-5	4-8	2-5
TOTAL	10.6-20	8.6-17	7.6-17	6.6-14

La solución no es tan uniforme cuando concurren una o dos de las circunstancias previstas en el artículo 369. En estos casos, el recurso al artículo 369 bis en concurso con un delito de blanqueo seguirá siendo la opción preferente, salvo que se trate de integrantes en una organización que trafica con sustancias susceptibles de causar grave daño a la salud, tal y como se expone en el siguiente Cuadro.

A idéntica conclusión debe llegarse cuando se trate de una **red internacional** porque, como ya se dijera, la aplicación del artículo 369 bis resulta preferente en detrimento del artículo 370, con la sola excepción de que el tráfico lo sea de drogas duras y el sujeto sea un mero integrante de la organización. Pues

Cuadro 2

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis	12-18	9-12	10-15	4.6-10
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24	12.6-18	13.6-21	8-16
Opción B:				
369	6-9	6-9	3-4.6	3-4.6
301/302	6-9	4.9-6	6-9	4.9-6
TOTAL	12-18	10.9-15	9-13.6	7.9-10.6
Opción C:				
369	6-9	6.9	3-4.6	3-4.6
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 1	4-8	2-5	4-8	2-5
TOTAL	13.6-23	11.6-20	10.6-18.6	8.6-15.6

bien, lo mismo sucede cuando, además, deben computarse las penas previstas en relación con el delito de blanqueo. En ese caso, aunque el límite máximo de la pena privativa de libertad sea coincidente, la apreciación del artículo 370 en concurso con un delito de blanqueo faculta una pena más grave al tener prevista, como puede verse, una duración mínima superior:

Cuadro 3

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis/370*	12-18	6-13.6*	10-15	4.6-10
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24	9.6-19.6	13.6-21	8-16
Opción B:				
370	9-13.6	9-13.6	4.6-6.9	4.6-6.9
301/302	6-9	4.9-6	6-9	4.9-6
TOTAL	15-22.6	13.9-19.6	10.6-15.9	9.3-12.9
Opción C:				
368	3-6	3-6	1-3	1-3
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 1	4-8	2-5	4-8	2-5
TOTAL	10.6-20	8.6-17	8.6-17	6.6-14

Dada la configuración del artículo 370, tampoco sería ningún imposible que se diesen los requisitos para elevar la pena en dos grados a que autoriza el mismo sin que, para ello, se tomase en consideración la pertenencia a una organización³³. Si así fuese, habría que decidir entre sumar a las penas previstas en dicho precepto las establecidas en los artículos 301 o 302 (Opción A) o elegir el complejo formado por los artículo 370, 301 y 570 bis (Opción B), siendo esta última opción la que acarrea una mayor carga aflictiva:

Cuadro 4

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
370	9-13.6	9-13.6	4.6-6.9	4.6-6.9
301/302	6-9	4.9-6	6-9	4.9-6
TOTAL	15-22.6	13.9-19.6	10.6-15.9	9.3-12.9
Opción B:				
370	9-13.6	9-13.6	4.6-6.9	4.6-6.9
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 1	4-8	2-5	4-8	2-5
TOTAL	16.6-27.6	14.6-24.6	12-20.9	10-17.9

Pudiera suceder, asimismo, que las causas de agravación que concurren sean las que se contemplan en relación con las organizaciones siendo de aplicación, por tanto, el apartado segundo del artículo 570 bis. Puesto que la concurrencia de una sola de esas hipótesis obliga a imponer la pena en su mitad superior, no se alteran los topes máximos; ahora bien, de darse dos o más de aquellas – con el ya advertido solapamiento que puede producirse respecto de algunos supuestos que permiten elevar la pena en relación con el delito de tráfico de drogas – obligaría a efectuar la consa-

33 Si la elevación sólo procediese en un grado, los resultados que se obtendrían serían los mismos que han quedado reflejados en relación con el artículo 369, por lo que no se considera necesario reiterarlos.

bida comparación distinguiendo, para ello, las distintas situaciones que pueden producirse.

De tratarse del tipo básico de tráfico de drogas, ya hemos tenido ocasión de ver que el recurso a la aplicación conjunta de los artículos 369 bis y 301 constituye la opción preferente (Opción A). En consecuencia, esta es la que debemos ahora comparar con el concurso formado por los artículo 368, 301 y 570 bis 2 (Opción B):

Cuadro 4

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis	12-18	9-12	10-15	4.6-10
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24	12.6-18	13.6-21	8-16
Opción B:				
368	3-6	3-6	1-3	1-3
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 2	8-12	5-7.6	8-12	5-7.6
TOTAL	14.6-24	11.6-19.6	12.6-21	8.6-16.6

Cuando, en lugar del tipo básico, proceda aplicar el artículo 369, como también quedó expuesto, el artículo 369 bis propiciaba la respuesta penal más severa, salvo en el supuesto de que se tratara de los integrantes de una organización dedicada al tráfico de drogas duras, en cuyo caso la imposición del castigo más grave se obtendría recurriendo al concurso entre las tres figuras. Pues bien, estas son las soluciones que deben traerse nuevamente a colación a los efectos del preceptivo cotejo. (Ver primer cuadro No. 5).

De tratarse de una **red internacional**, tenemos que cualquiera de las alternativas es posibles en función del tipo de sustancias de que se trate y de la función que desarrolle el sujeto dentro de la organización, como puede apreciarse en el segundo cuadro No. 6.

Cuadro 5

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis	12-18		10-15	4.6-10
301	3.6-6		3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24		13.6-21	8-16
Opción A:				
369		6.9		
301		3.6-6		
570 bis		2-5		
TOTAL		11.6-20		
Opción C:				
369	6-9	6-9	3-4.6	3-4.6
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 2	8-12	5-7.6	8-12	5-7.6
TOTAL	17.6-27	14.6-22.6	10.6-18.6	8.6-15.6

Cuadro 6

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
Opción A:				
369 bis/370*	12-18	6-13.6*	10-15	4.6-10
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
TOTAL	15.6-24	9.6-19.6	13.6-21	8-16
Opción B:				
370	9-13.6	9-13.6	4.6-6.9	4.6-6.9
301/302	6-9	4.9-6	6-9	4.9-6
TOTAL	15-22.6	13.9-19.6	10.6-15.9	9.3-12.9
Opción C:				
368	3-6	3-6	1-3	1-3
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 2	8-12	5-7.6	8-12	5-7.6
TOTAL	14.6-24	11.6-18	12.6-21	9.6-16.6

Por último, falta por ver qué tratamiento merecen los supuestos en los que la gravedad de los hechos permite la imposición del artículo 370. Como se recordará, en todos los casos, el concurso entre las tres figuras resultaba la opción más onerosa. Con mayor motivo, debe ahora acudir a este complejo de infracciones, aunque tal vez no sea la opción más respetuosa con el principio de proporcio-

nalidad a la vista de las consecuencias penales que ha de tener:

Cuadro 7

	DROGAS DURAS		DROGAS BLANDAS	
	Dirigentes	Integrantes	Dirigentes	Integrantes
370	9-13.6	9-13.6	4.6-6.9	4.6-6.9
301	3.6-6	3.6-6	3.6-6	3.6-6
570 bis 2	8-12	5-7.6	8-12	5-7.6
TOTAL	20.6-31.6	17.6-27	16-24.9	13-20.3

El segundo grupo de supuestos al que se ha hecho referencia es aquel que engloba organizaciones que, por su complejidad, permiten un reparto de funciones entre todos sus integrantes. Al respecto, conviene tener presente que cuanto más sofisticada sea su estructura, mayor es el grado de especialización que permite. No es, por tanto, imaginable que algunos de sus miembros se dediquen a traficar con las referidas sustancias, mientras que otros se encargan de enmascarar el origen de los bienes así obtenidos. Pues bien, en estos casos, la vigencia del principio de culpabilidad obliga a determinar la pena de cada uno de ellos conforme al delito efectivamente cometido. Dejando a un lado las considerables dificultades probatorias sobre tal extremo, la elección de la sanción más grave no parece tenga que diferir respecto de las soluciones alcanzadas en los epígrafes precedentes; esto es, atendiendo al concurso entre los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y los relacionados con organizaciones y grupos criminales, en un caso y, respecto de estas últimas infracciones y el blanqueo, en el otro.

De este modo, los integrantes de las organizaciones potencialmente más peligrosas pueden recibir un tratamiento penológico más

benévolo que quienes forman parte de asociaciones más sencillas que, por su simplicidad, no permiten una más eficaz distribución de funciones. En conclusión, la complejidad en el entramado organizativo y la división de las actividades delictivas pueden convertirse en un elemento que, contradiciendo toda lógica, opere como privilegio a efectos punitivos. Y, no parece que el recurso a hacer responder a todos por el todo, ni acudir a las reglas de la participación delictiva se presentan como alternativas exentas de importantes reparos para poner fin a tan paradójica situación.

Finalmente, antes de abandonar las consideraciones en torno a las organizaciones criminales, se impone hacer una referencia al tráfico de **precursores**. Así es porque, de nuevo, son tres las posibilidades que se nos ofrecen. La primera consiste en apreciar el apartado segundo del artículo 371 junto con un delito de blanqueo en su modalidad básica (Opción A); la segunda significaría elevar la pena correspondiente al blanqueo adicionándole las penas previstas en el artículo 371.1 (Opción B); y, finalmente, podría estimarse la apreciación de un concurso entre las tres figuras (Opción C). Esta última es, según puede verse, la solución que autoriza a imponer las sanciones más graves y que, además, permite apreciar, en su caso, las circunstancias de agravación a las que se refiere el segundo apartado del artículo 370 bis³⁴. (Ver cuadro 8).

Cuadro 8

PRECURSORES	DIRIGENTES	INTEGRANTES
OPCIÓN A		
371.2	6-9	4.6-6
301	3.6-6	3.6-6
TOTAL	9.6-15	8-12
OPCIÓN B		
371.1	3-6	3-6
301/302	6-9	4.9-6
TOTAL	9-15	7.9-12
OPCIÓN C		
371.1	3-6	3-6
301	3.6-6	3.6-6
570 BIS 1	4-8	2-5
TOTAL	10.6-20	8.6-17

Por último, cuando la asociación no revista los caracteres exigidos para ser considerada una organización, pero sí constituya un **grupo criminal**, el recurso a la estimación de un concurso de delitos entre todas las figuras en juego resulta inevitable, dado que los causas de agravación específicas se refieren únicamente a organizaciones. La pena habrá de determinarse, por tanto, sumando las previstas en la correspondiente figura de los delitos relacionados con el tráfico de drogas – tipo básico (artículo 368), agravado (artículo 369), hiperagravado (artículo 370) o precursores (artículo 371) – el delito de blanqueo de capitales (artículo 301) y la nueva figura que recoge en artículo 370 ter en relación con delitos graves (de seis meses a dos años de privación de libertad) por cuanto que, al concurrir el delito de blanqueo, siempre lo será y, todo ello, sin perjuicio de que pueda exasperarse la pena en este último caso, de concurrir el supuesto de hecho que contempla el apartado segundo del citado precepto³⁵.

34 En ese caso, las penas podrían alcanzar una duración de hasta 24 años, de tratarse de dirigentes y de hasta 19 y 6 meses si fueran meros participantes.

35 En cuyo caso, de concurrir dos o más circunstancias, la pena que correspondería por la pertenencia al grupo criminal sería de dos a tres años de prisión.

VI. CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico penal del tráfico de drogas en nuestro país nunca se ha caracterizado por su precisión y rigor. El legislador se ha limitado a adoptar, que no a adaptar, la normativa internacional con más sumisión que acierto. Frecuentemente se olvida que la amplitud con la que vienen formuladas estas disposiciones – necesaria para conseguir el mayor consenso posible por parte de la comunidad internacional – obliga a no escatimar ningún esfuerzo para conseguir una técnica legislativa depurada y que una política criminal centrada en la represión, a la que, por otra parte, pueden reconocérsele escasos logros, no puede significar la renuncia a principios esenciales.

Tampoco contribuye a mejorar esta situación, la sucesión de reformas, a veces escasamente armoniosas, que ha experimentado el Código penal. Ambos factores explican en buena medida la caótica regulación actual, especialmente preocupante por cuanto se refiere al fenómeno asociativo. Baste pensar que el artículo 369 bis establece una penalidad propia para el supuesto de que los hechos se realicen por quienes pertenecen o dirigen una organización delictiva mientras que se mantienen como subtipos agravados el hecho de participar en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2), ser jefe, administrador o encargado de la misma (art. 370.2) o cuando se trate de redes internacionales dedicadas al narcotráfico (art. 370.3). Además de la agravación correspondiente para el caso de que el tráfico vaya referido a los denominados precursores (art. 371.2). A ello se le suma, por un lado, la posibilidad de castigar como autor de un delito de blanqueo al responsable de la infracción de la que los bienes proceden que,

recordemos, también habrá de agravarse en caso de organización; y, por otro, las nuevas figuras de pertenencia a organización o grupo criminal recientemente introducidas. Se forma así un intrincado complejo normativo entre todas estas figuras y la casi infinita combinación entre tipos básicos y modalidades agravadas de unas y otras dibuja un panorama ciertamente desalentador.

Sin desconocer la magnitud del problema, ni las graves consecuencias que derivan de la criminalidad organizada, no creo, sin embargo, que el arsenal punitivo con el que se le pretende hacer frente constituya la mejor de las estrategias. Así es por cuanto que la preceptiva elección de la respuesta penal más severa, obliga a adentrarse en una maraña de artículos que, ni facilitan su aplicación, ni propician la previsibilidad de la respuesta penal. Pero es que, además, como también ha quedado expuesto, puede originar considerables desajustes punitivos que, contradiciendo toda lógica, lleven a dispensar un tratamiento penológico privilegiado a aquellas organizaciones que tienen una mayor potencialidad lesiva.

Los inconvenientes descritos y la erosión que la laberíntica aplicación de estos preceptos produce en principios como el de legalidad o el de proporcionalidad hubieran podido sortearse fácilmente de no haberse hecho coexistir los nuevos delitos relacionados con organizaciones y grupos criminales con los subtipos agravados por este motivo en relación con algunas figuras. Al respecto, tres son las alternativas con las que se contaba. La primera, establecer agravaciones específicas en aquellos delitos a los que con mayor frecuencia se dedican estas asociaciones. La segunda introducir una agravante genérica en el artículo 22 del Código penal. Y, por último incriminar la participación en tales agrupaciones. Como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “cada propuesta

responde a una opción concreta de política criminal con determinadas finalidades punitivas” pero, como también pone de manifiesto esta autora, “muchas veces se superponen en las sucesivas reformas, creando una conjunción de variables que entorpecen más la interpretación de los tipos penales”³⁶. Estas premonitorias palabras reflejan a la perfección lo que está sucediendo y que podría haberse evitado si una vez tipificadas aquellas conductas, se hubieran suprimido las causas específicas de agravación. De haber sido así, la posibilidad de estimar un concurso de infracciones habría constituido una solución más sencilla y, cuanto menos, no tan perturbadora.

Evidentemente, el criterio adoptado ha sido otro y, desde luego, no faltan razones para cuestionar su acierto. En opinión de GONZÁLEZ RUS, no puede castigarse más, ni más gravemente, ni de forma más desacertada³⁷. La única posibilidad de soslayar las importantes disfunciones que se producen consiste en distinguir los ámbitos de aplicación de una y otra hipótesis. De este modo, habría que limitar la aplicación de los artículos 570 bis y 570 ter a aquellos casos en los que no pudiera probarse o no pudiera atribuirse la comisión de un concreto delito, pero sí la pertenencia o, en su caso, la asunción de una mayor responsabilidad en el seno de la organización. Por su parte, las agravaciones específicas operarían allí donde se constatase la realización de unos hechos delictivos determinados. Así configurados ambos injustos, parece necesario con-

cluir que existe una relación de especialidad y que, en consecuencia, los subtipos agravados debieran ser de aplicación preferente.

Esta opción es, como se recordará, la que tradicionalmente se ha mantenido en relación con el más clásico delito de asociación ilícita y, asimismo, no puede desconocerse que es la que mejor se adecua al orden de prelación de las reglas de solución del concurso aparente de normas establecido con carácter general en el artículo 8 del Código penal. En cambio, la decisión del legislador de acoger el principio de consunción relativa o impropia no sólo conduce a los insatisfactorios resultados que han sido puestos de manifiesto sino que, además, se ancla en la endeble justificación de un mayor afán represivo³⁸. Innecesario debiera ser tener que recordar que el excesivo rigor punitivo no garantiza en modo alguno una mayor eficacia de la ley penal. Como la realidad demuestra en numerosas ocasiones, ésta no depende de la mayor o menor severidad con la que se amenace la realización de una conducta ni, mucho menos, del mayor o menor número de preceptos destinados a reprimirla, sino de la efectiva vigencia de unos pocos, pero irrenunciables, principios.

36 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Ed. Comares. Granada, 2009, p. 250.

37 GONZÁLEZ RUS, J. J., “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en *La criminalidad organizada*. GONZÁLEZ RUS, J. J. (Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013; p. 94.

38 También en sentido crítico SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “El tratamiento...”, *op. cit.*, p. 311.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ANARTE BORRALLA, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRE OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva, 1999.

FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.) *La Delincuencia Organizada: un reto a la Política Criminal Actual*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2013.

CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007.

GARCÍA RIVAS, N.,

- “Criminalidad organizada y tráfico de drogas”, en *Revista Penal Praxis*, nº 2, 1998.
- *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. V.V.A.A (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en *La criminalidad organizada*. GONZÁLEZ RUS, J. J. (Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MARTÍNEZ GARAY, L., “El nuevo delito de pertenencia a ‘organizaciones y grupos criminales’ (Art. 385 bis) en el proyecto de Reforma del Código penal”, en *Iustel. Revista General de Derecho Penal*, nº 7, mayo 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M. I., AGUADO CORREA, T., (Coord.) *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de las investigación criminal*. Sevilla, Mergablum, 2001.

MATALLÍN EVANGELIO, A., “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*. Nº 20, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G.,

- “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. FERRÉ OLIVÉ, J. C., y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.). Universidad de Huelva, 1999.
- “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.) *La Delincuencia Organizada: un reto a la Política Criminal Actual*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2013.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Ed. Dykynson. Ministerio del Interior. Madrid, 2005.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “El tratamiento e la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, en *La criminalidad organizada*. GONZÁLEZ RUS J. J., (Dir). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.,

- “La última reforma del Código penal en materia de drogas”, en *Revista General de Derecho*, nº 583, 1993.
- “La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española”. *Direito e Desenvolvimento. Revista do Curso de Direito* Vol. 6. Brasil, 2012.
- “Blanqueo, ¿Qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, en *Revista General de Derecho Penal*. Vol. 18, 2012.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.,

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Ed. Comares. Granada, 2009.
- “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., / MÉNDES RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, R., (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*. Ed. Colex, 2002.



La Patria tica. Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez

EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL DEL CAUSALISMO AL FUNCIONALISMO

Sandro Montes Huapaya*

Abogado en ejercicio profesional en Lima, Perú

* Abogado en ejercicio profesional desde 1995 en Perú. Egresado por la Universidad Particular San Martín de Porres, de Lima, (1994), ha cursado un Máster en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima; Estudios de doctorado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, con Certificado de Estudios Avanzados Doctorales; Homologación de su título de licenciado en Derecho y Máster en Derecho Español para Juristas Extranjeros por la por la Universidad Alcalá de Henares; Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, CAL, n° 23760 y miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, n° 13294.-

Resumen: Análisis histórico de la Dogmática del Derecho Penal principalmente de nuestro entorno jurídico cultural. Desde el Causalismo, pasando por el Neokantismo, el Finalismo, hasta llegar en las modernas tendencias Funcionalistas que dominan nuestra dogmática actual: Destáquese las tesis de ROXIN y JAKOBS.

Palabras clave: Dogmática Penal, Funcionalismo Penal, Historia del Derecho Penal.

Abstract: Historical analysis of the Dogmatist of the Criminal law principally of our juridical cultural environment. From the Causalismo, the Neokantismo, the Finalismo, up to the modern currents Funcionalistas that dominate the current dogmatist: from the above mentioned one distinguish the theses of ROXIN and JAKOBS.

Keywords: Criminal Dogmatist, Funcionalismo Criminal, History of the Criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

Iniciamos este recorrido afirmando que la dogmática jurídico-penal constituye la Ciencia del Derecho penal por excelencia¹. Es la ciencia de los penalistas. Cual sea el método del que se parta, en la elaboración de las diversas categorías y su integración de los conceptos en un sistema adherido a los estudios dogmático, proporcionan siempre una seguridad jurídica quimérico de otro modo.

Desde que la dogmática germinara con el movimiento codificador mucho a madurado hasta nuestros tiempos. Ya lo advertía en su momento el propio VON LISZT², “*Cuando más se abandone a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia*”³. Ante este temor, la labor primitiva del jurista dogmático se inicia cuando se centra en el análisis, deducción y teorización del Derecho codificado, conformando así los primeros sistemas que se tendrían por universales y permanentes, excluyendo toda consideración valorativa o sociológica. Y desde que surge esa gramática

interpretativa de las normas jurídico-penales se alzan las fronteras mínimas de lo que puede ser penado y prohibido por el Derecho Penal, de qué elementos deben concurrir en un hecho para ser jurídico-penalmente relevante y punible. El *Ius Puniendi* estatal queda arrinconado, neutralizado, frente a la codificación.

Se evidencia así que el propósito de la dogmática, inicialmente en construcción, independientemente de su desarrollo científico, ha sido la de obtener siempre una seguridad jurídica, ser una barrera infranqueable ante ideologías sociológicas y el *Ius Puniendi* estatal. Estaba en juego la idea de defensa del Estado de Derecho⁴.

1 MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 120: “A mi juicio, la consideración jurídica de la criminalidad debe ser destacada frente a la de otros tipos, y ello por dos razones: en primer lugar, porque los conceptos delito, pena o medida de seguridad sólo tienen relevancia para las disciplinas no jurídicas en cuanto vienen definidos y delimitados por las normas jurídico penales; en segundo lugar, porque los conocimientos que brindan estas ciencias tienen fundamental significación en tanto que sirven para una mejor regulación jurídica, adquiriendo únicamente en función de esta regulación jurídica importancia práctica”.

2 LISZT Franz Von, integra la corriente “causalista naturalista” en la teoría del delito, a la que también pertenece Ernst von Beling. Según los causalistas naturalistas, la acción es una causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

3 VON LISZT, Franz, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 44.

4 En palabras del profesor peruano, PEÑA CABREIRA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas, Ed., Rodhas, 2da edición, Lima, Perú. 2007, p. 139 y ss., este autor establece que la teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad. Prosigue: “la pretensión punitiva del Estado en una sociedad democrática debe estar sujeta a determinados límites que compaginan coherentemente en las líneas programáticas de la Teoría del Delito. La Teoría del delito constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho Penal y ofrecer las respuestas, de qué conductas y qué elementos deben concurrir, para que un hecho sea jurídico-penalmente relevante y punible, esto es, cuáles son las características que debe contener una conducta para que pueda ser alcanzado con una pena.”... “Esta respuesta sólo podrá derivarse de la función que se le asigne al derecho penal en un Estado Social de Derecho, el Derecho penal tiene como misión fundamental, proteger los intereses sociales, tanto individuales como colectivos, que son considerados indispensables para asegurar una participación activa en la vida política y jurídica de una sociedad organizada. Actúa también como un medio de prevención, en el sentido de motivar a los ciudadanos mediante la internalización de la norma de conducta para que se abstengan de realizar conductas

Desde esta perspectiva garantística, la dogmática jurídico-penal “*hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución*”⁵ Con ello, se garantiza los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una derivación del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático⁶.

Posteriormente, y conseguida la conquista de limitar el *Ius Puniendi* estatal, la dogmática cuestiona el hecho de entenderse simplemente como reproducción de la voluntad de la ley. Se delibera frente a su testaruda neutralidad valorativa. El Derecho penal no debía aislarse de la realidad social, porque correría el riesgo de caer en una supervaloración del pensamiento lógico-sistémico y con ello a la relativización de la misma. De esta observación, de la necesidad de tratar de emparejar a la norma con los valores ha dado lugar el segundo gran impulso del Derecho penal, el de acerarlo a la realidad social. A partir de

aquí es donde debemos prestar más atención al discurso de su justificación. ¿A qué tipo de realidad social nos referimos? ¿Qué función cumple el Derecho penal dentro de la Política criminal que adopte una sociedad? Nos hacemos esta última pregunta porque en la actualidad las barreras entre en Derecho penal y la política criminal se difuminan, como lo expondremos en nuestro recorrido. Como comentamos en el Primer Capítulo, a la hora de abordar “*La Dogmática Jurídico-penal*”, en un sistema orientado axiológicamente por principios de política criminal es la que tiende a convertirse en una estructura dogmática próxima a la realidad social. Pero, con ello no se diga que desatendamos la función garantista que impone en Derecho penal. Más por el contrario, lo que se pretende es que la política criminal asuma también una función garantística de delimitación de la intervención punitiva estatal, acogiendo todas las garantías de tipo formal y sustancial que la dogmática se ha empeñado en mantener, como tutela de las libertades individuales en una estructura socio-estatal. Este sistema abierto, permeable a la incidencia directa de los principios materiales que han de inspirar la intervención penal, debe constituirse en un vehículo adecuado para traducir en términos conceptuales y trasladar a la práctica aspiraciones como la de restringir la intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario⁷. Y en esos conceptos ha de reconocerse las distintas configuraciones sociales y políticas que reconozcan sus ciudadanos dentro de un estado. Trátese de una gramática propia en cada realidad social. Afirmamos nuestro compromiso a la elaboración de nuestra propia gramática penal, acorde con nuestras realidades sociales latinoamericanas.

que afecten bienes jurídicos; para cumplir eficazmente esta función se conmina con una pena la infracción de la norma de conducta, creándose así el temor de una sanción, produciéndose un efecto disuasorio de inhibición del *animus delictivo*.”

5 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Ed., Tecnos, Madrid 1990, p. 158.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 136.

7 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., p. 45.

A continuación pasamos a exponer las distintas corrientes jurídico-penales que han predominado en su momento hasta nuestros días.

II. EL POSITIVISMO: EXPLICACIÓN CAUSAL DE FENÓMENOS EMPÍRICOS.

El Positivismo parte del rechazo del carácter científico de la circunspección jurídica del delito, y la idea de su sustitución por una consideración sociológica o antropológica (positivismo sociológico-naturalista). Surge así la Criminología como ciencia autónoma (sus precursores, en Italia, LOMBROSIO, FERRI Y GARÓFALO; y en Alemania, VON LISZT, representando la visión moderna). Lo importante para esta corriente es verificar cuál es la causa del delito y qué efecto tendrían las penas. La dogmática pasa a un segundo plano, formando sólo juristas prácticos, cobrando importancia disciplinas como la Penología y la propia Política criminal, que forman a verdaderos juristas científicos.

II.1. EL MÉTODO DEL FORMALISMO JURÍDICO.

Entre sus representantes más destacados se encuentran ROCCO, BINDING Y VON LISZT. En el sistema formalista de BINDING, se toma como objeto de referencia dogmática a las normas de Derecho, que pueden ser positivas o no escritas. Y en esta última referencia a las leyes no escritas puede haber una orientación a la Política Criminal, pero todo se disuelve si es que se define al bien jurídico como "condición de la vida sana en una comunidad jurídica". En BINDING, no es posible disociar la política criminal y la dogmática. Sin embargo, en el caso de VON LISZT, entiende el sistema dogmático como un sistema lógico (no teleológico), en el que predomina una

vinculación a la ley. Sin embargo, su referencia a la Política criminal viene orientada por el concepto que éste toma del Bien jurídico, calificándolos como "*intereses que crea la vida*". Así, la cuestión del "*Derecho correcto*" es una cuestión política y no jurídica. Los llamados a concretarla son los políticos y no los juristas en su trabajo hermenéutico. Visto así, la ciencia jurídica dogmática tiene una doble vertiente: la de *ciencia sistemática*, similar a la visión de BINDING y la de *ciencia práctica*. En este sentido, las proposiciones jurídicas y conceptos más generales de ellas obtenidas son producto de una abstracción a partir de fenómenos de la vida jurídica y a éstos han de referirse.

II.2. LA TEORÍA DEL DELITO EN EL POSITIVISMO

En el sistema de VON LISZT, asentado en el modelo causalista del positivismo, bajo una influencia marcada de la perspectiva naturalista, el delito y sus elementos están presididos por una base causalista⁸, naturalista, que es el acto o acción humana. Avocado al estudio del Código Penal Alemán de 1871, parte del mismo para concebir al delito como *la acción sancionada por las leyes penales*. La acción u omisión, desde una perspectiva causal, se configura así como el primer elemento del sistema dogmático del Derecho penal, que se concreta en un movimiento, o ausencia de movimiento, corporal voluntario. El examen

⁸ El sistema jurídico penal causalista tiene sus orígenes en LISTZ, Franz VON el cual se concibe la "*acción*" como el fenómeno causal natural en el delito. Listz recoge ideas de las Escuelas Clásicas y Positivista; se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, a partir de la definición del mismo Código para el delito que es la acción sancionada por las leyes penales; realiza un estudio sistemático del derecho penal y del delito, partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana.

del proceso psicológico que determina esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino a la subjetiva, o sea de la culpabilidad (bipartición en la formulación dogmática: objetiva y subjetiva)⁹. Para el causalismo, pertenece a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción y la omisión, la tipicidad y la antijuricidad; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo la culpa), y para algunos la preterintencionalidad. Esta bipartición es propia en los sistemas de LISZT¹⁰, BELLING y RADBRUCH.

Definido el sistema Causalista como un sistema penal cerrado a cualquier valoración jurídico-cultural o político-criminal, la *Conducta*, no es más que la causa de una modificación del mundo exterior cuya percepción se constata a través de los sentidos. La *Tipicidad*, no es más que el supuesto de hecho traducido en el tipo penal. El contenido de este elemento es puramente objetivo o descriptivo, percibidos por los sentidos y verificados mediante pruebas científicas. Sin embargo, el tipo tiene un fundamento limitador del *Ius puniendi*. En

9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 653; FERNÁNDEZ, GONZALO D., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en *De Las penas*, homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 215, sostiene el autor que: "... cabría que remontar esa división tajante del delito (sistema bimenbre) a la conocida teoría de las fuerzas de Carrara, quien distinguía entre la "fuerza física" y la "fuerza moral" en la composición de la infracción penal.

10 LISZT, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Ed. Reus, Madrid, 1927, p. 376; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada, Bs. As., 1959, t. V, p. 149, sostiene este autor que Liszt, identificaba a la culpabilidad con aquellos presupuestos subjetivos (dolo y culpa), junto a los cuales tenía existencia las consecuencias del delito. El conjunto de ambos constituía el delito. El "dolo" y la "culpa" serían formas de conexión psíquica entre el autor y su hecho.

el sentido de BELLING, sólo las conductas descritas en los tipos penales pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en el mismo. Si el tipo es objetivo y a la vez objeto de valoración, esas valoraciones no tienen lugar en la tipicidad sino en otro elemento del delito: *la antijuricidad*. La valoración de ese objeto determinará si la conducta es antijurídica (contraria a Derecho) o a pesar de ser típica resultaría justificada por considerados materiales que concurren en el momento de su realización.

Finalmente, la *culpabilidad psicológica* es entendida como conciencia y voluntariedad del agente encaminada a obtener un evento. "Este concepto permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin"¹¹. La separación, entre hecho y su autor, en sus orígenes, obedecía a la división categorial de comprender el hecho, el suceso perturbador valorado negativamente, por un lado; y al sujeto responsable de aquel suceso, por otro lado¹². Concepción comprendida en el momento por el fuerte predominio naturalista tendiente a encontrar datos empíricos explicables de las ciencias naturales a todos los conceptos jurídicos¹³ y a todos los ámbitos del saber¹⁴.

11 CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40), 2ª edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000, p. 20.

12 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 378.

13 ROXÍN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p.794.

14 MORALES PRATS, Fermín, "Precisiones concep-

Se extraen, en principio, las siguientes consecuencias: la pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto (responsabilidad personal); la atribución de culpabilidad se limita por el hecho realizado (responsabilidad por el hecho) y sólo si es que media un nexo psicológico concretado en el dolo o culpa (responsabilidad subjetiva)¹⁵. Para FONZ LISZ, el dolo se configura como la relación psicológica entre el autor y el hecho; mientras que la culpa, era considerada como una relación psíquica imperfecta debido a que el autor provocaba un resultado no deseado que se había representado. En otras palabras, el autor sí había previsto el resultado provocado, pero previamente lo había desechado como posible. Resumiendo, a partir de 1907, se pudo desarrollar la Teoría del Delito siguiendo los postulados del sistema Clásico, con un presupuesto y tres categorías, según la siguiente estructura: *Conducta*, presidida por la causalidad; *Tipicidad*, es igual al tipo objetivo; *Antijuricidad*, caracterizada por la contravención del orden jurídico desprovista de alguna causa de justificación jurídica: legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un Derecho, consentimiento de un pasivo; y, la *Culpabilidad*, cuyas formas son el dolo y la culpa.

II.3. CUESTIONAMIENTO DEL POSITIVISMO

Entendido, con el método Neokantiano y las ciencias del espíritu que la Dogmática jurídico-penal se legitima como una disciplina científica, el problema pasa, en la década

de los sesenta y primeros de los setenta, del siglo pasado, a regañar del modelo dogmático excesivamente confinado en sí mismo e inadecuado para atender a la resolución de los conflictos sociales. Críticas como su imposibilidad de resolver problemas prácticos o el empleo de su método *deductivo-axiomático*: siguiendo una la secuencia metodológica se parte de la confrontación del delito como hecho humano sin referencia a norma alguna (positivismo sociológico) o del delito frente a la misma norma jurídica o Derecho positivo (positivismo jurídico) –*inducción*–; posteriormente nos planteamos las *hipótesis* en las que previa *deducción*, establecemos teorías, leyes o sistemas (resultados); finalmente *contrastamos* los resultados con los hechos o normas jurídicas, para finalmente buscar respuestas o soluciones. La finalidad es la construcción jurídica a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales. Se buscaba con ello unas fórmulas fundamentales y permanentes, similar al modelo de la geometría. La inviabilidad actual del método se manifiesta en la imposibilidad de la construcción jurisprudencial sólo con los presupuestos legales. El derecho por sí sólo no puede brindarse como “*el todo*” a la resolución de los problemas sociales. En este orden, el método se comporta como abstracto para atender a la realidad social cambiante, para considerar los avances habidos en las ciencias sociales e incluso para admitir las valoraciones político-criminales. En el mismo sentido, JESCHECK, nos dice que: “*No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión del hecho,*

tuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora”, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 171-184.

15 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 1996, p. 95.

en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario la entrada a las decisiones valorativas de política criminal en el sistema del Derecho penal¹⁶. No se duda cuando se afirma que el Derecho positivo debe configurar el marco inicial, abierto o flexible, que establece la demarcación de las construcciones dogmáticas de *lege lata*; pero en la elección del método (inductivo) de estudio no podemos erigir a la ley positiva, como única vía para la elaboración de los conceptos y menos pretenderlos hacerlos eternos. En esto han contribuido el método neokantiano y el finalismo, como lo veremos líneas abajo.

III. EL NEOKANTISMO

Con el advenimiento del Neokantismo se diferencia¹⁷ entre el método explicativo propio de las *ciencias naturales*, y otro vinculado estrictamente a las ciencias del espíritu,

16 JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, Ed., Bosch, Barcelona, 1981, pp. 264-265. En este mismo sentido, señala VIVES ANTÓN, tomas salvador, "las reglas positivas remiten fuera de sí misma, y la teoría del derecho no puede elaborarse sin presupuestos metateoréticos. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el derecho positivo y el derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador", en "Dos problemas del positivismo jurídico", en AA. VV., *Escritos penales*, Dir. J. R. Casabó Ruiz, Ed., Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 341-368, p. 349.

17 Representantes, ROCCO, BINDING Y VON LISZT. Destáquese este último como un criminalista que más enfáticamente a vinculado el desarrollo de las hipótesis y sus deducciones a teorías desde la inducción directa a las proposiciones del Derecho vigente. Decía, el autor, que la Ciencia del Derecho penal debía que "*comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales*". El subrayado es mío. LISZT, Franz Von, citado por ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. De MUÑOZ CONDE, Francisco, Ed., Bosch, Barcelona, 1972, p. 17.

las llamadas *ciencias culturales*. Permite este método afirmar la legitimidad científica de la dogmática (tesis del dualismo metodológico).

Con el método neokantiano apoyado en consideraciones axiológicas¹⁸ y materiales se sustituye el método puramente jurídico-formal, pero sin dejar de lado el objeto al Derecho positivo. Valores que no son absolutos, universales e inmutables, sino condicionados a una realidad socio-cultural concreta, que coadyuvan a dar significado y contenido al Derecho positivo. Es decir, las valoraciones caen en el objeto de su estudio constituido por el propio Derecho positivo. Pero, no se desprende de la impronta naturalista que estima inherente a la realidad la idea de causalidad. Así las categorías jurídico-sistémicas se impregnan de una dimensión valorativa, adquiriendo una cosa o una acción "*significación*" o "*sentido*". Con este aporte valorativo se distancian los conceptos dogmáticos de la ley como un todo sistémico. Así, entran con esa dimensión valorativa la consideración moderna del bien jurídico como realización del un valor, y de su lesión como criterios decisivos de la interpretación de los tipos.¹⁹ En la teoría del delito la misma causalidad (física) absorbe consideraciones valorativas; lo mismo ocurre en la antijuricidad –antes eminentemente formal–, se llena de contenido material con las causas de justificación supra-legales; y en la culpabilidad, entendida como relación de causalidad psicológica, se comple-

18 No fue hasta el siglo mediados del siglo cuando el tema de los valores fue abordado con profundidad por la Filosofía, con autores como Scheler, Nietzsche, Windelband, Rickert, Weber, etc, y esto supuso el nacimiento de una nueva rama o subciencia de la Filosofía, la ciencia de los valores o Axiología. La etimología de esta palabra procede del griego: "*digno, valioso*"; y de: "*ciencia, tratado*". Según esto, Axiología sería la "Ciencia de lo valioso o de los valores".

19 En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 57.

menta valorativamente con la construcción del principio de inexigibilidad. Creemos decir, con razón, que el advenimiento de las valoraciones en todas las categorías jurídicas del Derecho penal se erige en apoyo imprescindible para cualquier edificación dogmática que se jate de ser más justa e ideal, incluso en cualquier construcción actual.

IV. EL FINALISMO

La metodología del finalismo implica un cambio radical en relación al positivismo formalista y al relativismo axiológico neokantiano. Con el finalismo, el objeto esencial deja del ser el Derecho positivo, por razones de espacio y tiempo. Pero también deja de ocuparse de las valoraciones de contenido variable según las circunstancias culturales, inherentes en el método neokantiano. La dogmática ha de ser sistemática, pero su objeto ha de tener una dimensión permanente, supranacional y suprapositivo de la materia jurídica: nos referimos a las llamadas “estructuras lógico objetivas”, de carácter permanente y perteneciente al mundo de lo real, del ser, de lo ontológico²⁰. En esas estructuras tienen inherente

la dimensión de sentido, por lo cual no cabría ninguna valoración sobre ellas, incluso en su formulación jurídica por el legislador. Si con el Neokantismo objeto y sujeto del conocimiento son imposibles de separación —la razón humana individual ordena la realidad en el marco de un proceso de conocimiento—, en otras palabras, el método determina la configuración del objeto. Con el finalismo, en cambio, no se alude a la razón humana individual para la configuración de la realidad. Lo que es, no lo aporta el sujeto en el proceso del conocimiento, sino de lo que se trata es que el mismo las descubra en la realidad²¹. *“La realidad, por tanto, ya tiene incorporada la dimensión de sentido: ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento. Este sistema finalista se inspira en la filosofía de Kant, que a su vez es el fundamento de la escuela llamada filosofía de valores, desarrollada en Alemania a principios del siglo XX, donde se plantea que el derecho no es una reproducción de la realidad, sino el resultado de los conceptos extraídos de esa realidad a través de una elaboración metodológica fundada en “valores” y “fines”. Por todo ello no sólo es posible, sino imprescindible, la separación entre objeto y el sujeto que conoce. Es el estudio del objeto el que determina el método. El sujeto habrá de descubrir las estructuras permanentes del ser a través del método fenomenológico”*²². No se trata, entonces,

20 La ontología es la parte de la metafísica que estudia el ser en general y sus propiedades trascendentales. Puede nombrarse como el estudio del ser en tanto lo que es y cómo es. La ontología define al ser y establece las categorías fundamentales de las cosas a partir del estudio de sus propiedades, sistemas y estructuras. Es importante tener en cuenta que la ontología estudia los seres en la medida en que existen y no se basa en los hechos o las propiedades particulares que se obtienen de ellos. Entre las principales cuestiones que aborda la ontología, se encuentran las entidades abstractas. Los números y los conceptos, por ejemplo, ingresan en el conjunto de las cosas abstractas, a diferencia de los seres humanos, las mesas, los perros y las flores. La ontología se pregunta qué criterio se utiliza para establecer si una entidad es abstracta o concreta, ya que hay entidades abstractas que no se saben si existen. La ontología también reflexiona sobre los universales (las propiedades o atributos). Estos referentes justifican la

forma de referirse acerca de individuos: los ontólogos aún debaten sobre la existencia de los universales en las cosas o en la mente. La distinción entre lo mental y los procesos físicos de la mente constituye otro problema ontológico. Lo mental suele no ser accesible desde el punto de vista físico (una idea no se encuentra como tal dentro de la cabeza, sino que surge por un proceso físico); su existencia ontológica, por lo tanto, no está probada.

21 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 58.

22 WELZEL, Hanz, citado por, SILVA SÁNCHEZ, Je-

de llenar las categorías con valores y menos por cada sujeto individual, sino de advertir las dimensiones de sentido que están en la realidad, que son universales y permanentes.

IV.1. EL MÉTODO DEL FINALISMO

El método del que se sirve el finalismo para advertir esas estructuras lógico objetivas es el deductivo-abstracto. En conclusión, la pregunta sería, de qué estructuras lógico-objetivas partiría el Derecho penal. Si el mismo tiene como objeto el obrar humano, allí encontraríamos la primera, la *estructura final de la acción* y, como otro de sus elementos de su estructura a la culpabilidad *como poder actuar de otro modo*. La teoría finalista de la acción surge para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana penal desde principios del siglo pasado. El jurista Hans Welzel dio origen a esta teoría que plantea una sistematización jurídico penal diferente a la ya conocida teoría causalista, en general Welzel acepta que el delito parte de la acción, que es una conducta voluntaria, pero ésta misma tiene una "*finalidad*", es decir persigue un fin.

IV.2. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO CON EL FINALISMO

La estructura de la Teoría del Delito parte de la *Acción Final*. En palabras del mismo WELZEL, "*La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse ob-*

jetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega"²³. El dolo se ubica sistemáticamente en el tipo. Por ejemplo, cuando un apersona yerra en el disparo dirigida hacia otra, frente a qué estamos: ¿frente a tentativa de homicidio o de lesiones? Aquí la importancia que el dolo se sistematice en la tipicidad, en el tipo de lesiones o en el tipo de homicidio, según la finalidad concreta.

La Tipicidad, tiene así una vertiente objetiva y otra subjetiva. El tipo subjetivo contendría al dolo, como finalidad, como sentido del objetivo, en el que se lesiona al bien jurídico, mediante un curso causal.

La Antijuricidad, comprende un juicio de valor objetivo, en cuanto se pronuncia sobre la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos).

La Culpabilidad, denominada teoría final de la acción²⁴ desarrollada por WELZEL con-

²³ WELZEL, Hanz, Teoría de la acción finalista, Ed., De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 19.

²⁴ 36 Cfr. PEÑA CABRERA, Raul, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Ed. Grijley, Lima, 1997, p. 176: comenta este autor que esta teoría fue desarrollada por Hans Welzel a comienzo de los años 30 (1931) aunque con anterioridad la sostuvo Hellmuth von Weber (1929) y en época posterior la defendieron Alexander Graf zu Dohna (1936), Friedrich Schaffstein (1938), Richard Busch (1949), Wer-

sús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 59.

lleva a una nueva estructura en el sistema del Derecho penal, cuyo dominio abarcó hasta el año 1960²⁵. El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica que WELZEL realiza al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. Superada las etapas de la culpabilidad bajo connotaciones naturalista-causalista o naturalista-psicologista, producto del advenimiento del finalismo, la concepción de la culpabilidad es entendida de forma exclusivamente normativa. Culpabilidad como reprochabilidad pura, implica un juicio de valor dirigido al autor. Así, como en la antijuricidad se muestra una acción como contraria a una norma legal de comportamiento e implica un juicio desvalorativo sobre la acción como tal; en la culpabilidad se decide si la acción antijurídica puede ser reprochada al autor y, por consiguiente, implica un juicio desvalorativo sobre el autor por su injusto realizado.

Luego de los trabajos de HELLMUTH VON WEBER y de HANZ WELZEL en los años treinta el dolo y la culpa ya no forman parte de la culpabilidad sino de la conducta humana adquiriendo la teoría del delito una nueva estructura ubicando al dolo y la imprudencia²⁶

ner Niese (1951), Reinhart Maurach (1954), Armin Kaufmann (1959), Günther Stratenwerth (1965), entre otros. Los años en que se mencionan aluden al momento en que se publicaron sus obras más representativas.

25 SHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario*, Trad. De Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 43, 53, 54.

26 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1ª edición, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 313, Sin embargo, conforme apuntan algunos autores, "De todos modos, no sería prudente entender que, con la concepción normativa pura, el dolo y la culpa dejan de tener relevancia para la culpabilidad. Esta no se manifiesta con los mismos apoyos en el actuar doloso y en el culposo. Así, para el acto doloso, se invocarán la conciencia de la antijuricidad y la posibilidad

ya en el tipo del ilícito; La Tipicidad subjetiva²⁷.

Para WEBER, se actuaba culpablemente "quien accionaba antijurídicamente no obstante que puede conducirse conforme a derecho. A quien no ha tenido en modo alguno posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de reproche"²⁸. Añade WEBER, que la antijuricidad y la culpabilidad son los dos elementos fundamentales de la acción punible. La culpabilidad se halla en el "poder", la antijuricidad en el "deber". Ya lo decía WELZEL²⁹, que WEBER "representa el desarrollo

de comportarse con arreglo a las exigencias jurídicas captadas por ese conocimiento; y, en cambio, para el actuar culposo se planteará la posibilidad potencial de conocer la norma de cuidado y el cuidado personalmente exigible al autor. En consecuencia, las bases del juicio de culpabilidad difieren entre el acto doloso y el culposo, con lo que resulta que, si bien dolo y culpa no son simples formas de la culpabilidad sino parte del injusto, la culpabilidad se produce de manera diversa para el dolo y para la culpa respectivamente".

27 HIRSCH, Hans Joachim, "El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal", en *Revista peruana de Ciencias Penales*, Nro. 5, Enero-Junio, Ed. GC, 1995, p. 180; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, p. 163: de la misma manera, este autor sostiene que la teoría final de la acción se aprecia de haber alcanzado esta meta por vez primera, dado que ha incluido el dolo ya en el momento de la adecuación típica de lo ilícito; BITENCOURT, Cesar Roberto, "Algunas controversias da culpabilidade na atualidade", en *Revista de Direito penal e ciências a fins*, Rev. Nro. 5, Dir. Lélío Braga Calhau, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=117>: La teoría del delito encuentra en el finalismo uno de los más importantes puntos de su evolución. Es una de las más caras contribuciones de la teoría finalista, que fuera iniciada por el normativismo neokantiano, fue la extracción de la culpabilidad de todos aquellos elementos subjetivos que integraban la culpabilidad hasta entonces, dando origen a una concepción normativa pura de la culpabilidad, la primera construcción verdaderamente normativa, a decir de MAURACH.

28 WEBER, Helmuth Von, "Para la estructuración del derecho penal" (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal*, (NFP), No. 13 (1982), Bogotá, 1982, p. 572.

29 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán. Parte general*, 11ª edición, 4ª edición Castellana, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 169.

de la más reciente teoría del injusto y la culpabilidad como sustitución de los contrarios “objetivo-subjetivo” por los contrarios “deber ser-poder”³⁰. En todo caso, la reducción a tales consignas no está totalmente libre de dudas, ya que también el “deber ser” está limitado por “el poder” (esto es, el poder de actuar) pertenece a la esfera de lo injusto. En el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad, más precisamente del poder-orientarse de la voluntad según contenidos de deber ser obligatorios”.

Por su parte WELZEL, sustenta que la culpabilidad es un “juicio de reproche” de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste, a pesar de haberse podido conducir de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta; nace así, el criterio del “poder en lugar de ello” que sirve de base al juicio de reproche³¹.

En WELZEL, se nota una vuelta al Clasicismo y por ello, se centra en el libre albedrío como fundamento de la culpabilidad. Entendida así la culpabilidad centra su con-

tenido sobre tres núcleos temáticos: La Impunitabilidad; la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad: Cognoscibilidad de la norma de prohibición; y, la falta de especial situación de necesidad, las cuales hacen inexigible una resolución de voluntad conforme a la norma: el reproche puede ser dispensado cuando existan circunstancias que influyan fuertemente sobre la motivación misma, en estos casos se habla de inexigibilidad de otra conducta que exculpan el juicio de reproche.

Resumiendo, con la concepción de una acción final se modificó todas las categorías del delito dando origen al llamado sistema finalista, el cual fue expuesto en toda su extensión hacia el año 1940, para encontrarlo como a continuación se expone:

Conducta (finalidad); *Tipicidad*, compuesto por un elemento objetivo (elementos normativos, culturales y jurídicos) y un elemento subjetivo (dolo y culpa); *Antijuricidad*, caracterizada por la ausencia de causas de justificación, legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo; *Culpabilidad*, que comprende a la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta, la cual se excluye cuando ocurre: miedo grave o temor fundado, estado de necesidad exculpante o error de prohibición.

IV.3. CUESTIONAMIENTOS AL FINALISMO

En cuanto a esta teoría, tampoco ha estado exenta de críticas. La más destacada la que versa sobre el fundamento material: la libertad de voluntad.

Las críticas vertidas a la “libertad de voluntad” o “posibilidad de actuar de otro modo”

30 Cfr. STRATENWERTH, Günter, Loc. cit., p. 70-71: este autor comenta que: “Ilícito y culpabilidad suelen ser referidos a los conceptos de “deber” y “poder” respectivamente. Con ello lo que quiere decir es que lo ilícito se relaciona con la lesión del deber establecido por el derecho, independientemente de si el autor tenía la posibilidad de cumplirla o no; en la culpabilidad, por el contrario, se trata de la capacidad individual de cumplir con el deber. De acuerdo con esto, actúa antijurídicamente el que no hace lo que debía hacer y culpablemente sólo aquél que pudo hacer lo debido (...). Tales fórmulas no son falsas, pero si imprecisas, puesto que, por lo menos para los finalistas, ya en lo ilícito se introduce el “poder”: la posibilidad de la acción. Los sucesos que el autor no ha dominado ni ha podido dominar no realizan un supuesto de hecho típico. El “poder” del que depende la culpabilidad, por lo tanto, es otro; se trata de la posibilidad de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo con ella: es la posibilidad de una acción responsable”.

31 WELZEL, Hans, “Persönlichkeit und Schuld” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 60 (1941), Berlín, 1941. p. 452 y ss.

que en su momento formularon los clásicos no sólo fueron el caldo crítico de los positivistas, sino también de los que se apoyaron en doctrinas del psicoanálisis. Al adoptar el finalismo un concepto normativo de culpabilidad anclado sobre estas consideraciones ontológicas, vuelven nuevamente las críticas sobre aquél “*poder*” repercutiendo en las bases mismas del concepto de culpabilidad en sentido material. El carácter ficticio, la falibilidad de aquella imagen antropológica del hombre racional y libre, deja de ser una perspectiva confiable.

Por otro lado, las críticas también se han manifestado en que bajo estos fundamentos metodológicos, el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentarlas para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito.

V. EL FUNCIONALISMO

El abandono de la defensa de las estructuras *lógico-objetivas* afectó la coherencia del modelo de Welzel, ya que un modelo de la teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal evidenció un problema en la dogmática: la tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el hermeneuta jurídico está llamado a resolver, al fin y al cabo³².

El advenimiento de la corriente funcionalista no trajo consigo el abandono total de la

estructura sistémica del finalismo, aunque sí los fundamentos de sus elementos. Por ejemplo, aceptó el avance que trajera el finalismo ortodoxo con la conocida *teoría estricta de la culpabilidad*, que la despojó del dolo y la culpa para anclarla en la tipicidad subjetiva. La culpabilidad así adquiere sólo contenidos subjetivos sobre el autor. Pero con ello, también se da un trato diferenciado al error de tipo y al error de prohibición, antes considerados similarmente. En un sistema edificado, sobre *la naturaleza de las cosas* no se podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo (el autor no sabe que mata) es más intenso que un error de prohibición (el autor sabe que mata, pero cree equivocadamente que tiene derecho a hacerlo), debía necesariamente generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que la muerte de un hombre en legítima defensa no podía ser asimilada a matar un mosquito.³³

De allí que todas las concepciones del funcionalismo se mueven dentro de las estructuras internas del finalismo o causalismo, pero con diferentes fundamentos en sus elementos. Así, Roxín, sostiene que sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad, esgrimiendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el “*desvalor de la actitud interna*” o el “*poder evitar y consiguiente responsabilidad*” del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. Así también, se mantiene la consideración material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice el sis-

32 RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte general*, Ed., Lexis Nexis, 1era edición, Buenos Aires, 2007, p. 123 y ss.

33 Ibidem. p. 124.

tema finalista y que se mantiene en las teorías modernas del delito. Por ello, tanto el injusto y la culpabilidad también se explican, como desvalor del hecho y desvalor del autor, respectivamente. El funcionalismo acoge estas sedimentaciones sistémicas, pero las llenas de nuevo contenido en su fundamentación, como cuando hizo su aparición el sistema racional-final de Roxin, en 1970, rechazando la vinculación del sistema jurídico penal a las vinculaciones de las realidades ontológicas del, ser previas a la configuración de los tipos. El sistema jurídico penal debe ser tributario de las finalidades del Derecho penal y esto debe ser así en congruencia con la continuación de la filosofía de base neokantiana y neo hegeliana, que había tenido un bache durante las entreguerras y en el sistema neoclásico había tenido un desarrollo insuficiente.

El sistema funcionalista, en la práctica teórica y dogmática, tiene dos vertientes que estudiaremos a continuación, pero vale desde ahora decir que ninguna tiene una opinión dominante dentro de la dogmática jurídico-penal, toda vez que, según el propio Roxin, aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esas bases, y con respecto a su tesis (teleológica funcional) se encuentran aún en fase de desarrollo. Sólo diremos, que en el pensamiento estructural-funcionalista podemos distinguir un *funcionalismo moderado* o *racional*, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal (en el caso Roxin), y de un funcionalismo radical que en su elaboración y desarrollo, como veremos luego, atiende a fines de prevención general positiva (en la línea de Jakob).

A continuación destacaremos el funcionalismo moderado de CLAUS ROXIN y el funcionalismo radical de GÜNTHER JAKOBS.

V.1. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-VALORATIVO MODERADO: MODELO DE RACIONAL-FINAL O TELEOLÓGICO FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL SEGÚN ROXIN.

ROXIN, publica en 1970 su monografía "*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*" pretendiendo con ella superar las arduas polémicas entredichas entre causalistas y finalistas³⁴. Su finalidad era superar el alejamiento de las teorías elaboradas y las soluciones adoptadas a las mismas, muy alejadas de la realidad social práctica, como consecuencia de formulaciones abstractas a la que conducía el método empleado³⁵. Las graves limitaciones en el método dogmático y en especial del sistemático, las calificaba el maestro alemán como de "*deprimentes dificultades*"³⁶. Se rompe así con el normativismo extremo en el que habían incurrido los neokantianos, centrados en la "*naturaleza de las cosas*" y de las idolatrías profesadas por los ortodoxos finalistas hacia las "*estructuras lógico-objetivas*". Dogmática y realidad social no se comunican³⁷, por lo

34 ARIAS EIBE, Manuel José, "Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 439-453, p. 440; También, véase, LENK, Hans, "Cuestiones teórico-científicas de la sociología", en *Filosofía Pragmática*, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982, pp. 63-95., p. 64: De ésta se ha dicho que "*fue, tal como hoy se ve cada vez con más claridad, una pseudo gran lucha llevada a cabo bajo la desafortunada etiqueta de 'positivismo' o 'neopositivismo' y en la que ambas partes mantuvieron una especie de diálogo de sordos*".

35 ROXIN, C., "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems", en *Festschrift für Günther Kaiser*, Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998: pp. 885 y ss.

36 ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970, fecha por la que se cita en el texto), Ed. Bosch, Barcelona 1972.p. 23

37 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Bosch Barcelona,

que había que solucionar ese escollo: “*superar la contraposición tradicional entre lo satisfactoriamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio*”. Habría que superar, entonces, las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal³⁸ orientando el sis-

1992. pp. 69 y 72.. Manifiesta este autor que: “*La normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines. En todo caso, debe quedar claro que, en sus orígenes, la reocupación de ROXIN es práctica y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la “Tópica”. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama “sistema abierto” de orientación teleológica*”. Más adelante sostiene, este autor en cuanto al carácter descriptivo de la teoría del delito: “*En otras palabras, si se entiende que no es producto de una inducción a partir de los preceptos de un Derecho positivo, ni tampoco el resultado de un proceso deductivo a partir de la configuración de determinadas estructuras materiales del ser, sino que expresa los elementos que, según una concreta concepción valorativa, sin duda condiciona culturalmente, se estima que deben concurrir para sancionar penalmente un hecho*”.

38 ROXIN, Claus, Política criminal y sistema de Derecho penal, (1972), pp. 19-20. “si las cuestiones politicocriminales no pueden ni deben penetrar en ella (en la dogmática, IOU), la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista politicocriminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas politicocriminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas”; Aunque de Política criminal ya se hablaba en pleno auge de las corrientes causalistas y finalista, como lo pone de relieve MUÑOZ CONDE, Francisco: “Por lo demás, también en Alemania en los años 50 y 60, en pleno apogeo de la polémica entre causalistas y finalistas, los dogmáticos se ocupaban de la política criminal, sólo que, como ‘El burgués gentilhomme’ de Moliere, hablaban en prosa sin saberlo o, en este caso, sin decirlo, pero sabiendo perfectamente lo que hacían”, en Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho

tema mismo a las valoraciones de la Política Criminal hacia los fines mismos del Derecho Penal en general y de cada uno del sistema en particular³⁹. A esta nueva dirección dogmática se denomina “*sistema abierto*”⁴⁰ intentando, con ello, dar soluciones a los problemas de la realidad práctica, pero sin caer en un puro pensamiento *tópico*⁴¹. Política criminal y sistematización dogmática deberían ser como las caras de una misma moneda a la solución del

penal en el nacionalsocialismo, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002, pp. 96-97

39 En palabra de ESTEBAN RIGHI, el abandono de la defensa de las estructuras *lógico-objetivas* afectó la coherencia del modelo de WELZEL, ya que un modelo de teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal estableció una nueva tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el jurista enfrenta cuando debe resolver un caso. RIGHI, Esteban. Derecho Penal. Parte general. 1era edición, Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 123 y ss.

40 DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Tipicidad e imputación objetiva, 2.ª ed., Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998, p. 58; en palabras de POLAINO NAVARRETE, Miguel, Instituciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 39: “el pretendido y deseado Derecho Penal mínimo y garantista es, a día de hoy –y no obstante la progresiva democratización y racionalización de la mayoría de los ordenamientos-, una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Tal aspiración de un más racional y armónico Sistema penal se ve paradójicamente contradicha por varios movimientos recientes, que caracterizan la actual Política Criminal. Se trata de movimientos fluctuantes, funcionales, variables, de muy diverso cariz y hasta contradictorios planteamientos. Aunque no entremos aquí en el análisis detenido de los rasgos que caracterizan al Derecho Penal de las modernas sociedades posindustriales, cabe afirmar que los actuales desarrollo del sistema punitivo conducen, paradójicamente, a posturas *neocriminalizadoras*, y –por ende- a la *expansión del Derecho Penal*, y no a su deseada reducción.”.

41 VIEHWEG, T., «Tópica y jurisprudencia» (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en Ensayistas de hoy, n.º 39, Ed., Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y 121. Ya en su momento fue este autor quien pretendió la sustitución del pensamiento sistemático en la Ciencia del Derecho, proponiendo su sustitución por un pensar tópico o pensamiento-problemático. Su procedimiento consiste en «una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema», por considerar que la categoría del sistema deductivo es “inadecuada” para la ciencia del Derecho; es «un impedimento para la vista».

caso específico. Lo decisivo ha de ser siempre la solución del caso concreto, pero sin dejar de desatender a las exigencias sistemáticas,⁴² porque cualquier Política criminal que prescindiera de la sistematización resultan poco fructíferas, debido a su carácter reduccionista.

En cierta medida no fueron pocos los que en aras de una “*mejor justicia*” negaban a la construcción dogmática, afirmaciones que guardaban algún parecido mimético con las manifestaciones de la Teoría de la tópicos y de la concepción hermeneútica de la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, no explicaban en qué consistía la importancia de la justicia y hasta dónde se estaba dispuesto a llegar por afirmarla.

Todas las categorías dogmáticas en ROXIN deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del Bien jurídico en ROXIN está intrínsecamente ligada al sistema social mismo. Será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, y en ese orden la concepción material del injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. ROXIN, en su obra *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, establece que el *tipo* cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la *antijuridicidad* le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la *culpabilidad* corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo⁴³.

42 Por su parte, autores como JESCHECK: “Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano”. En, ROXIN, Claus, *Política criminal*, 1970, p. 20, citando a JESCHECK. Sobre la tensión entre estos dos modos de hacer dogmática, v. Roxin, *Política criminal*, 1970, pp. 19-21.

43 SCHÜNEMANN, B. (comp.), “El sistema moder-

Por otro lado, si con el Derecho penal queremos buscar soluciones a la realidad social criminal, para su reducción, entonces tenemos que su finalidad adquiere tintes preventivos: prevenir y evitar el crimen. De lo que resulta es que el fin de las penas no es el de castigar o retribuir, sino de prevenir nuevos delitos: el fin de las penas será preventivo general positivo y de prevención especial, y en su concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión –por ser ineficaz para la lucha de la criminalidad en general– por otras que supongan una menor injerencia en las personas, sin ser éstas menos eficaces que la misma en orden de prevención, para el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. Penas como los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, podrían resultar de una visión preventiva más eficaces que las mismas penas privativas de libertad.

Pero la formulación estratégica de ROXIN va más allá. No sólo se debe luchar contra la criminalidad empleando el arma del Derecho penal, sino, en el marco amplio de la prevención propugna una ciencia interdisciplinaria de la que el Derecho penal sería sólo uno de sus instrumentos. No sólo basta un catálogo de penas muy graves, en el caso de delitos graves, y otras menores, en el caso de los delitos de menor entidad, sino que en el marco de las políticas sociales (como ejemplo, reducción de la pobreza, la marginalidad, educación para

no del Derecho penal: Cuestiones fundamentales”, en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, E d . , Tecnos, Madrid, 1991, p. 64.

eliminar los prejuicios de diferencias sociales, de la drogadicción, etc.) se tiene que reducir la criminalidad atacando precisamente su raíz.

En el plano dogmático, ROXIN piensa que hay dos aspectos importantes que puntualizar y que son justamente piezas centrales de esta nueva concepción, a saber:

En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Dice ROXIN que mientras que el tipo objetivo –que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo- para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el nuevo timón teleológico hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la “*realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma*”, sustituyendo, así, por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Esto nos lleva, a lo que se hace llamar, la moderna teoría de la imputación objetiva.

En segundo lugar, la ampliación de la “*culpabilidad*” a la categoría de la “*responsabilidad*”, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe completar siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal. Culpabilidad y necesidades preventivas se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la “*responsabilidad*” personal del sujeto, que acarrea la imposición de la pena.

ROXIN, expresó que el método jurídico tiene que partir de que las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- y deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal. De

esta forma, la función político criminal del tipo consiste en la realización del principio “*nullum crimen sine lege*” y de él debe derivarse la estructuración dogmática.

Para ROXIN, la teoría del delito se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, constituyendo, con ello, una ampliación del aspecto valorativo en la dogmática penal. Por eso, es mayoritaria la calificación de este sistema como sistemática racional-final o funcional. Su sistematización, entonces, no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales (es decir, en el fin del derecho penal y la pena). El injusto se construye conforme a la función que tiene el derecho penal, con una tendencia ampliatoria debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extienden hasta constituir una teoría de la responsabilidad.

Con ROXIN, las categorías tradicionales del delito (*acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*) subsisten pero orientadas hacia las líneas de la Política Criminal establecidas en la Constitución. Veamos, a continuación, qué valoraciones están presentes en cada categoría del delito, según la posición teleológica de este conspicuo penalista:

- En la *acción*, ROXIN, parte de un concepto valorativo de acción cuyo contenido consiste en podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. La acción no se explica causalmente, por la conducta voluntaria, o la finalidad. Una persona actúa si determinado efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, es decir, como centro espiritual de acción. Háblese así de un “*hacer*” o de un “*dejar de hacer*” y con ello de una “*manifestación de la personalidad*”

- En el *Tipo*, se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena según las determinadas necesidades, circunstancias y situaciones de la vida, que al fin y al cabo cumplirían, a demás, un fin político-criminal preventivo general. Se pretende con el tipo motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada). Cumple una función nuclear la teoría de la imputación objetiva⁴⁴ si queremos excluir del tipo objetivo conductas que antes entraban en ella desde una concepción causalista (resultados casuales o a consecuencia del *versari in re illicita* - habrá culpabilidad no sólo cuando exista dolo o culpa, sino cuando hay intención de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito-). Así, tenemos que la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad constituyen los criterios político-criminales rectores del tipo; y únicamente la prevención general es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel⁴⁵.
- El *Injusto*, en el sistema roxiniano también se tiñe de valoraciones al enjuiciar la acción típica concreta, según los criterios de la permisón o prohibición. El propio autor sostiene que en este tercer “escalón del

delito” debería hablarse de “injusto” y no de mera “antijuridicidad”. Fundamenta así su posición: “Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho Público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto”⁴⁶. Lo que cabe destacar en este nivel es que se analizan y se buscan soluciones en tres funciones; a saber, la solución de las colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; la referencia del injusto como punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y la concatenación del Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico.

- La *Responsabilidad*, con ROXIN, es sinónimo de merecimiento de pena por el injusto que ha realizado. Pero ese merecimiento de pena se encuentra limitada por la culpabilidad del sujeto. Así, a la culpabilidad como presupuesto debe añadirse una necesidad preventiva de punición. Razona el gran penalista, que en el denominado estado de necesidad disculpante actúa tanto antijurídica como culpablemente: porque el autor puede actuar de otro modo y si estamos ante el dato que el sujeto puede sobrellevar una superior exigibilidad tendrá

44 Teoría elaborada por un conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. Conforme a la imputación objetiva, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito protector de la norma penal.

45 ROXÍN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Ed., Thompson Civitas, 2003, p. 219.

46 ROXÍN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Ed., Thompson Civitas, 2003, p. 219.

que resistir el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no estamos ante una total inexigible la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino en las necesidades de pena tanto preventivo general o especial, con lo que queda excluida la responsabilidad⁴⁷. Lo mismo opera como fundamento para la legítima defensa. Bajo estos razonamientos, se puede colegir que la dirección político-criminal valorativa no se dirige hacia el hecho o injusto, propiamente, sino hacia el delincuente: ¿hay una necesidad de pena individual?

Las tesis de ROXIN presentan, según lo expuesto, una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico-penales, a diferencia de lo defendido por el profesor de Bonn, GÜNTER JAKOBS, que, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de los mismos, como veremos a continuación.

V.2. Funcionalismo Teleológico-Valorativo Radical: JAKOBS

Jakobs, por el contrario, reniega de la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyándose en las ideas de Talcott Parsons y del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo "*Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*" (1974) infiltró al Derecho penal con la sociología⁴⁸. Para algunos

este acercamiento a la sociología representa un peligro al convertir al derecho en "*apéndice de las elaboraciones sociológicas*", perdiendo con ello su autonomía. Véase que el cargo es similar al que en su momento se le formulara a Enrico Ferri, con el Positivismo.

Si bien es cierto que Parsons aporta un concepto *voluntarista de acción*, concediendo un papel importante a los elementos empíricos de ésta, éste postula a la vez, una interdependencia de los mismos con otros de índole normativa. Para Luhmann, en cambio, la idea de sistema se contrapone a la de elemento: el sistema es el todo, mientras que el elemento la parte de aquel, pero no se puede negar el hecho mismo de que el sistema cualifica los elementos, pues la unidad de un elemento no está ónticamente dada, sino que empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cual recurre a un elemento para establecer sus relaciones. El derecho penal, bajo este pensamiento, sólo es un elemento del sistema: un subsistema dentro del sistema único.

Para Günther Jakobs, el funcionalismo en materia penal se concibe como la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad.

La preservación de la sociedad es el objetivo que da sentido al Derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función,

47 ROXIN, Claus, "Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania", *Colección Vanguardia en Ciencias penales*, Ed., Editorial Ubijus, 1era reimpresión de la 1ea edición, México.D.F., 2009, p. 28.

48 Las variadas teorías del pensamiento funcional sociológico –corriente sistémica que surge en Inglaterra por los años 30 del siglo pasado- ha repercutido en las diferentes ramas de las distintas áreas; aunque concentra sus temas en la sociología y la antropología, también ha influido en los sistemas de la Educación, en la Administración y en el Derecho, entre otros. Específicamente, en el ámbito de Derecho, las diferentes direcciones del

funcionalismo estructural de PARSONS y del funcionalismo sistémico de LUHMANN han desarrollado sorprendentemente el Derecho penal. JAKOBS, por su parte, representa un cambio de paradigmas en el Derecho Penal al acoger estas tesis funcionalistas y da origen a ese giro al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del Derecho.

el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Al respecto señala el propio Roxín, que la construcción funcionalista de Jakobs, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como *causalidad, poder, acción, etc.*, no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. El mérito de Jakobs consiste en haber llenado de contenido funcionalista a los elementos del delito dentro de la línea de Luhmann.

Para Jakobs, entonces, el orden ontológico propio del finalismo se sustituye por una Teoría de la Sociedad (sociología del derecho y Teoría del Derecho) que se organiza en atención a los fines que persigue el Derecho Penal ¿Qué es lo que pretende la sociedad estatalmente organizada? Por eso parte de una concepción de la sociedad similar a la de un complejo orgánico armónico, donde cada individuo del sistema desarrolla una concreta función que permite la coherencia del sistema y asiste al desarrollo dinámico de la misma, salvaguardándose así su estructura básica.

El hecho de ser persona significa tener que representar un papel dentro de un mundo normativo. Desde esta perspectiva se tiene que fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento (acción), si significa una infracción a la norma o algo que no arrastra lesividad social, de modo que ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cual-

quier comportamiento, que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles y estructuras objetivas, como los elementos del delito⁴⁹.

La función del Derecho Penal no es otra que la de coadyuvar al establecimiento del orden y protección de las condiciones necesarias que posibiliten el mantenimiento de la vida humana en comunidad. La sanción, por tanto, contradice el mundo del infractor de la norma y afirma la no vigencia de la misma.

Si se parte de la *misión del Derecho penal* y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re) normativización de los conceptos. Se trata de conceptos nuevos y terminantes: es la norma revitalizada, o mejor dicho, renormativizada, la esencia del asunto. Es de entender, en esa orientación que el sujeto infractor es sólo el que puede ser responsable por el delito cometido, prescindiendo de que haya o no ocasionado el daño. Es la nueva modalidad de la teoría de la imputación objetiva, en la cual Jakobs arma todo un sistema diferente a la teoría del riesgo de Roxín, con su *teoría de los roles*, en la cual introduce categorías como el *principio de confianza, de actuación a propio riesgo, principio de prohibición de regreso.*

“*Persona*” resulta ser algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social. Dentro de este orden de comunicación normativa coexisten dos tipos de normas. Unas dadas por el mundo racional, de común entendimiento y aceptación cognitiva para todos los individuos y que no necesita de una estabilización especial. Otras normas no tendrían esa fuerza quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí. Otra parte de las normas, carecen por completo de tal fuerza ori-

49 MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*, 2ª edición, Ed. Ae Angel, México, 2003, p. 190.

ginaria para autoestabilizarse, en concreto aquellas que en una noción social no pueden representarse como dadas o reveladas previamente, sino que son normas hechas⁵⁰.

La doctrina de este maestro alemán no es dominante dentro de Alemania ni en el resto del mundo. Es contrapuesta a la doctrina dominante que considera que la misión del Derecho penal es la tutela y protección de los bienes jurídicos amparados por el Derecho; ante ello, Jakobs considera en su pensamiento que la protección de la vigencia de la norma debe conseguir su aceptación o validez en la teoría de los fines de la pena: para él el hecho delictivo es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación. En este contexto, la pena sirve para confirmar la vigencia de la norma, a pesar de su infracción, y logra el ejercicio en la fidelidad hacia el derecho, y finalmente, cuando se impone, aparece la conexión existente entre el delito (que atenta contra la norma) y la obligación jurídica ineludible de soportar las consecuencias, que él llama “*ejercicio en la aceptación de los costes*”.

Con Jakobs, el Derecho penal debe garantizar la expectativa de que el sujeto es fiel al Derecho; caso contrario, se comporta de manera culpable, independientemente de su estado psíquico (conocimiento o no). De ahí que el grado de fidelidad al Derecho se establece como un baremo objetivo para el castigo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al Derecho.

Para Roxin, la particularidad más hostil en el pensamiento de Jakobs es que, consecuente con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado,

sino que simplemente la “adscribe” conforme al criterio de lo que es necesario para el “*ejercitamiento en la fidelidad al Derecho*”, sin tomar en consideración las capacidades del autor. De manera psicologizante –manifiesta Jakobs– actúa con *dolo* “*quien conoce el riesgo por él creado*”. Culpabilidad material, por tanto, es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. El sujeto agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil “*resquebraja la confianza en la norma*” ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma. El Derecho penal de culpabilidad, en el pensamiento de Jakobs, siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales.

De la exposición de los fundamentos metodológicos sociológicos⁵¹, influenciado por la Teoría de los Sistemas, Jakobs colige que para él los conceptos prejurídicos, en el sentido finalista, no deben guiar la tarea constructiva del Derecho penal, más por el contrario ésta debe seguir la estela de la función que le asigna el “*sistema como un todo unitario*” al Derecho penal del cual es sólo uno de sus elementos. Sin embargo el riesgo existe si se hace depender al Derecho penal de la función que quiera otorgarle el propio sistema. Al limitar la tarea del Derecho penal a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivo generales, en su construcción estarían ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que

50 En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERRE-ROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Griley, Lima, 2007. p. 253.

51 Comenta POLAINO NAVARRETE, Miguel, en relación a la relevancia de la Teoría de los Sistemas en el pensamiento de Jakobs que, “*sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia– no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema*”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001, p. 30.

no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático”. En un sistema sin una base de contenido normativo garantístico para estos conceptos cualquier sistema es válido.

Desde otra perspectiva, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho Penal al renormativizarlos. No se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima (no que esté siempre completamente conseguida) del Derecho penal vigente.⁵²

De otro lado, al asignarle una función puramente preventiva general a la pena, su concepto de culpabilidad es mucho más original que el de Roxín, dependiendo exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento en la confianza en el derecho) y no tomando en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente no lesivo o menos lesivo⁵³.

52 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, prólogo a la primera edición.

53 Opina BACIGALUPO, que esta concepción se opone totalmente al “ontologismo”, pues postula una normativización total del contenido de las categorías, es decir una funcionalización de las mismas, de tal manera que “no sólo los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática penal los ha reconocido, de todos modos, en forma expresa una esencia o una estructura

Después de todo, nos resulta original, de una consistencia sistémica, el modelo funcionalista de Jakobs al aparecer como una alternativa al modelo de la unidad sistemática del Derecho Penal y de política criminal de Roxín. Es una visión del sistema de la teoría del hecho punible como teoría de prevención general positiva, que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Esas expectativas son el fundamento de las normas, es decir, de los modelos de conducta orientadores del contrato social, y, la pena tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma. El Derecho penal, por tanto, protege la validez de las normas y la defensa de esta validez, aunque de forma secundaria, protege un bien jurídico del Derecho Penal, protección ésta que en la doctrina dominante se convierte en la principal finalidad. El delito, así concebido, es la falta de fidelidad hacia el derecho que trastoca la estabilidad e integridad social. Bajo esta visión lo relevante

*lógico-objetiva o pre-jurídica devienen conceptos de los que nada es posible decir sin tomar en consideración la función del derecho Penal, sino que, inclusive, el concepto de sujeto, al que se le atribuye “la culpabilidad y la realización de la acción-”(...) “Un sujeto desde este punto de vista, no quién puede causar o impedir un suceso sino quien resulta obligado a ello. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc. pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia”. La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la “realidad ontológica” resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la Teoría de la Acción que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que le permite no reducir el Derecho Penal a sujetos individuales, y en la Teoría de la Culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor sino de “limitarse a asegurar el orden social”, razón por la cual no se trata de comprobar si el autor tuvo una alternativa de comportamiento, es decir, si tuvo real capacidad para comportarse de otra manera, sino de si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ara. 1ª edición, Lima, 2004, p. 198.*

es la manifestación de un hecho disfuncional que desestabiliza al sistema, sin importar las causas de su desviación o las formas de prevenirlo. Se produce, así, el destierro de los fundamentos individualistas del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano.⁵⁴

VI. CONCLUSIONES: AL FINAL DE LA LUCHAS DE ESCUELAS.

En la actualidad ninguno de los anteriores sistemas, positivo, axiológico u ontológico, domina el lenguaje científico en la dogmática penal. Por el contrario, desde los años sesenta la inclinación es hacia un método sintético en el que están presentes consideraciones lógicas, axiológicas, ontológicas y valoraciones de Política criminal, de orientación funcional o teleológica.

Coincidimos con Bacigalupo al sostener que, en la medida en la que ninguna de las teorías de la pena la tiene, tampoco podrían tenerla los sistemas dogmáticos conectados con ellas. *“Lo que parece seguro, es la dependencia de los sistemas dogmáticos de una decisión sobre la teoría de la pena, es decir, sobre la función social del Derecho penal y de algo que, generalmente, no se tiene en cuenta: una teoría de la sociedad. La evolución de la teoría del delito en el siglo XX ha sido paralela a diversas concepciones de la pena –la prevención especial del positivismo, el retorno a una teoría absoluta del finalismo y el nuevo entendimiento de la prevención especial y general del funcionalismo– y a su inserción en distintas nociones de la sociedad –la sociedad como un conjunto de intervenciones causales de los sujetos en objetos valiosos o en otros*

*sujetos del positivismo, la sociedad entendida como intervenciones de valor ético-social de los sujetos con respecto a la esfera de bienes de otros sujetos del finalismo y la sociedad como un conjunto de sujetos interrelacionados sobre la base de expectativas estabilizadas en normas de conductas del funcionalismo”.*⁵⁵

Por su parte, señala SILVA SANCHEZ, que: *“Tal eclecticismo produce sistemas que alcanzan diferentes grados de coherencia. Esta puede estar prácticamente ausente en algunos casos hasta el punto de que, si por dogmática se entiende la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos, puede incluso llegar a ser dudoso que tales formas de operar sean dogmática. En efecto, en algunos ejemplos de la dogmática dominante en la actualidad se suman sin demasiado orden consideraciones axiológicas –de indudable influencia neokantiana–, una tónica de soluciones ad hoc, cuyo origen cabe atribuir a la crítica contra la dogmática (en realidad, a la crítica contra la dogmática deductivo-abstracta) de los años sesenta, algunas referencias ontológicas y postulados de política criminal”*⁵⁶. En cualquier caso, la influencia del neokantismo no cesa en la normativización de los conceptos jurídico penales, pero inclinadas hacia una referencia teleológico o funcional. El sistema, en esta dirección, se racionaliza. No se puede sostener más el tener de base el criterio ontológico como criterio único de verdad en la regulación jurídica, en la que no entran valoraciones de los legisladores o juristas, porque las realidades lógico-objetivas las poseen ya. En otras palabras, la materia previa de vinculación absoluta al legislador en su tarea legislativa es relativa, en la me-

54 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Ed. Rodhas, 2da edición, Lima, 2007, p. 172.

55 BACIGALUPO, Enrique, op. cit, p. 199.

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 63.

didada que el legislador es libre de elegir entre uno u otro aspecto de la materia prefigurada y prejuzgada orientado por sus representaciones valorativas. Y en el ámbito dogmático, esas valoraciones adquieren un tinte político criminal, más racional si se orientan hacia una realidad social concreta, por el contrario de los considerandos ontológicos de las “*estructuras inmutables del ser*”, pretendidos como verdades universales e intemporales. De ahí que la axiología y teleología⁵⁷, lo mismo si se quiere decir, valoraciones con orientaciones político-criminal dominan el método dogmático penal, configurándolo como un sistema abierto. Entonces, el método *inductivo* (del positivismo) y el método *deductivo* (de las estructuras materiales del ser), constituyen sólo formulaciones lingüísticas descriptivas. No recogen o admiten el conjunto de orientaciones normativas que deberían presidir la tarea legislativa, en su regulación, y la función de aplicación del derecho penal, en su atribución de responsabilidad penal. En este punto, conviene establecer cuáles serían las fuentes de tales premisas

Hasta aquí sólo hemos ubicado a la dogmática en esta nueva dirección, pero debemos profundizar en el contenido propio de los valores empleados en cada categoría o en los conceptos; y, en qué medida esas nuevas nociones conectan con los fines del Derecho penal o los fines del propio Sistema penal. Sólo poniendo en evidencia qué contenido o propósitos tienen esos valores, de dónde se obtienen o cuál es la fuente de procedencia de los mismos, nos permitiría clarificar si estamos ante un sistema lógico, comprometido con todas las garantías tradicionales del Derecho

57 En España ha tenido acogida estos postulados en autores como GIMBERNAT ORDEIG, MIR PUIG, BUSTOS RAMIREZ, GOMEZ BENITEZ Y MUÑOZ CONDE, con algunas variantes en cuanto al grado de funcionalización del sistema en la teoría del delito.

penal o si, por el contrario, es un sistema que encierra peligros con difíciles pronósticos en sus consecuencias.

En cierta medida ampliamos mucho el perímetro si decimos que las valoraciones generales que *debe* reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena, los conceptos y su sistematización dogmática deben de partir de los valores socio-culturales vigentes en una realidad, espacio-tiempo, social. La pluralidad valorativa a veces se hace hostil y conflictiva, difícil de convivir en determinados ámbitos. Por eso sostenemos que tal viabilidad puede venir del consenso político valorativo y principista contenidos en la Constitución aunque sólo como un punto de partida. Ciertamente que cualquier construcción dogmática ha de ser susceptible de trasposición práctica para ser políticamente exitosa.⁵⁸

58 En palabras de SILVA SÁNCHEZ, “en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito prescindiendo de los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en tales sociedades. Sin embargo, tampoco debe sobrevalorarse el papel de la Constitución en este ámbito, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático. La Constitución, en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática de lege lata, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes. Las concreciones del principio de proporcionalidad o del de humanidad, entre otros, son buena prueba de ello. Ese carácter relativamente abierto de la Constitución en lo que respecta a posibles construcciones en el ámbito jurídico-penal puede afirmarse no sólo a propósito de las elaboraciones –por su propio tecnicismo más distantes de aquella– de la dogmática del delito, sino incluso respecto a la cuestión de los fines del Derecho penal o de los principios que regulan el ejercicio legítimo del *ius puniendi*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Bosch Barcelona, 1992. P. 113.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS EIBE, Manuel José, "Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 439-453.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 1ª edición, Lima, Ara Ediciones, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, "Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade", en *Revista de Direito penal e ciências a fins*, Rev. Nro. 5, Dir. Lêlio Braga Calhau, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=117>.
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40), 2a edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, 2000.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, 2.ª ed., Mendoza, Jurídica de Cuyo, 1998.
- FERNÁNDEZ, GONZALO D., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en *De Las penas*, homenaje al Prof., Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, De Palma, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- HIRSCH, Hans Joachim, "El Principio de Culpabilidad y su función en el Derecho penal", en *Revista peruana de Ciencias Penales*, Nro. 5, Enero-Junio, Lima, Ed. GC, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, prólogo a la primera edición.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. V, Bs. As., Losada, 1959.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol., I, Barcelona, Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.
- LENK, Hans, "Cuestiones teórico-científicas de la sociología", en *Filosofía Pragmática*, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982, pp. 63-95.
- LISZT, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1927.
- MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*, 2ª edición, Mexico, Ae Angel, 2003.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Barcelona, Reppertor, 1996.

- MORALES PRATS, Fermín, "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora", en *Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*, Granada, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Lima; Grijley, 1997.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. 2da edición, Lima, Rodhas, 2007. ,
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima; Grijley, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, México D.F., Porrúa, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1a edición, Barcelona, Cedecs, 1996.
- RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*. 1era edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- ROXIN, Claus, "Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania", *Colección Vanguardia en Ciencias penales*, 1era reimpresión de la 1ea edición, México D.F., Ubijus, 2009.
- ROXÍN Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Madrid, Thompson Civitas, 2003.
- ROXÍN, Claus, *Derecho penal, Parte general, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. De MUÑOZ CONDE, Francisco, del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970, fecha por la que se cita en el texto, Barcelona, Bosch, 1972.
- ROXIN, Claus, "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems", em *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd, (comp.), «El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales», en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, E d . , Tecnos, Madrid, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, "Dos problemas del positivismo jurídico", en AA. VV., *Escritos penales*, Dir. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, Universidad de Valencia, 1979, pp. 341-368.
- WEBER, Helmuth Von, "Para la estructuración del Derecho penal" (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal* (NFP), No. 13 1982), Bogotá, 1982.
- WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, De Palma 1951.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán. Parte general*, 11ª edición, 4ª edición Castellana, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed., Jurídica de Chile, 1997.
- WELZEL, Hans, "Persönlichkeit und Schuld" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 60 (1941), Berlín, 1941.
- VIEHWEG, T., «Tópica y jurisprudencia» (trad. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, n.º 39, Madrid, Taurus, 1964.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Grijley, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II., 5ª edición, Lima, Ediciones Jurídicas, 1986.



"Cuentos de camino". Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez

**LA ETAPA INICIAL E INTERMEDIA
EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Carlos Alberto Mejías Rodríguez*

*Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de la Universidad de la Habana, Cuba*

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Vice Presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Miembro del Comité Científico Internacional del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de Derecho Penal Económico de Córdoba, Argentina.

Resumen: La presencia en los códigos penales de la responsabilidad penal de la persona jurídica, obliga a rehacer la normativa procesal ordinaria, que tienda instrumentalmente a darle respuesta a la averiguación, argumentación, tramitación y enjuiciamiento de estos nuevos sujetos en las diferentes etapas del proceso penal. Este artículo, bajo las exigencias y garantías del debido proceso, pretende armonizar los principios y presupuestos que deben aparecer en las primeras etapas procesales contra las personas jurídicas, hasta el momento de la imputación formulada por la parte acusadora, cubriendo así un vacío teórico en un tema que no ha sido suficientemente abordado por la doctrina procesal.

Palabras clave: persona jurídica, proceso penal, debido proceso, investigación criminal, imputación penal.

Abstract: The presence in the penal codes of the artificial person's penal responsibility, forces to redo the normative one procedural ordinary that spreads instrumentally to give answer to the verification, argument, procedure and prosecution of these new fellows in the different stages of the penal process. This article, under the demands and guarantees of the due process, seeks to harmonize the principles and budgets that should appear in the first procedural stages against juridical people, until the moment of the imputation formulated by the accusing part, covering this way a theoretical hole in a topic that it has not been sufficiently approached by the procedural doctrine.

Keywords: artificial person, I process penal, due process, criminal investigation, penal imputation.

I. EXORDIO

Las reformas al ordenamiento adjetivo, constituyen un reclamo permanente de los procesalistas a los efectos de lograr más viabilidad y que sus instrumentos puedan ser aplicables de manera satisfactoria en toda su extensión. Varias son las razones que se han expuesto para ajustar y actualizar las normas instrumentales a las exigencias del derecho procesal, sin embargo resulta preocupante el escaso interés que despierta en el legislador, producir los cambios procesales que paralelamente deben acompañar las constantes modificaciones sustantivas¹.

Así ocurre con el tema que en este trabajo analizamos, atreviéndonos a asegurar, que el tratamiento procesal a la responsabilidad de la persona jurídica se constituye como el de mayores carencias en los sistemas penales modernos, y aun y cuando la política criminal enrumba sus pretensiones punitivas hacia los entes colectivos, las normas procedimentales no siempre la han previsto en su condición de parte, con el tratamiento que le es homologable a la persona natural que comparece al proceso penal.

Gimeno Sendra desde hace algún tiempo alertó, que el interés que en la dogmática penal se le viene dando al estudio de este tema contrasta con la apatía con la que dicha cuestión ha sido tratada en la doctrina procesalista, pues son más bien escasos y fragmentarios los trabajos al respecto². En ese mismo sentido Feijóo Sánchez señaló que lo importan-

te es llegar a la conclusión de que hace falta desarrollar cuanto antes un derecho procesal penal pensado para los procedimientos de los que se pueden derivar consecuencias distintas a las civiles para las personas jurídicas³.

Una mirada a las legislaciones procesales que se han afiliado al sistema penal acusatorio, es suficiente para aceptar los criterios expuestos. La condición de parte procesal como acusada de la persona jurídica no rebasa los extremos tradicionales a título de una responsabilidad por daños y perjuicios originados por las personas físicas, situación que insatisface las nuevas exigencias autonómicas de responsabilidad, las cuales han de ser traídas al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero civil responsable.⁴

Es cierto que el proceso penal no puede conformarse con imputar la actividad delictiva a la persona jurídica, sino que primero ha de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo el hecho criminal, y por tanto la responsabilidad de aquella, no puede ser una vía de escape para éstas⁵.

La persona jurídica, tiene hoy una conexión importantísima con los sistemas constitucionales, y su existencia – a criterio de Echarri – no puede entenderse como una simple ficción jurídica⁶. La responsabilidad penal de los entes colectivos se concibe en relación con las personas naturales de las que se nutre, ya que tal colectividad, se considera una específica forma de organización de las personas

1 ECHARRI Casi, Fermín Javier. *“Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”*. Diario La Ley, N° 7632, Sección Doctrina, 18, Año XXXII, Editorial La Ley, Madrid, Mayo. 2011, p.20-25.

2 GIMENO Sendra, Vicente. *“Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias”*. Editorial Aranzadi, Navarra, España, p. 21.

3 FEIJÓO Sánchez, Bernardo. *“La responsabilidad de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?”* Revista peruana de Ciencias Penales, No 9, Lima, p. 287.

4 ECHARRI, op.cit. p.24.

5 Ídem, p. 25.

6 Ibídem.

físicas para la conquista de los fines económicos, financieros y mercantiles que de otro modo, no podrían alcanzarse.

Dos posturas han asumido la doctrina del derecho procesal con respecto a la incorporación o no de la persona jurídica al proceso penal. Una de ellas planteando que la persona jurídica debe asumir la condición de parte procesal y por lo tanto, es necesario crearles espacios de mayor participación en las diversas etapas del proceso, pudiendo incluso intervenir en la fase intermedia y en el acto del juicio oral con el reconocimiento que entraña el derecho de impugnación,⁷ y la otra postura que por el contrario, plantea que si la persona jurídica no es una imputada propiamente dicha, sino una “cosa peligrosa”, no hace falta establecer todo un sistema de garantías procesales, bastando la audiencia con sus titulares para resolver la *litis* jurídico penal⁸.

Hemos preferido asumir una postura a favor de un procedimiento penal con derechos y garantías hacia la persona jurídica, dado que ello es propio de un Estado de Derecho que ha decidido por razones de política criminal invocar la responsabilidad penal de estos entes y que a la par, en ocasión de la persecución y el enfrentamiento de los delitos cometidos por ella, tiene el deber de garantizar asuntos tan ineludibles para cualquier proceso penal contemporáneo como es el derecho a la defensa, y otros; que le permitan al ente acusado, aportar el material probatorio a efectos de que se declare su responsabilidad o inocencia.

Han pasado varios años desde que el legislador cubano decidió romper con el viejo apotegma “*societas delinquere non potest*” e

introdujo en el Código penal, la responsabilidad penal a la persona jurídica⁹; aunque la institución que propendía a la exigencia de dicha responsabilidad penal, apareció por primera vez en el Código de Defensa Social promulgado en el año 1936, siendo lo cierto que ni la primera versión sobre esta responsabilidad, ha existido un procedimiento compilatorio y orgánico, que logre darle respuesta a las múltiples exigencias de esa institución jurídica.

La primera clarinada, la dio el Tribunal Supremo Popular, mediante la Instrucción No 169 del año 2002, informando a los tribunales de justicia cómo proceder para el juzgamiento a la persona jurídica una vez que le fuera presentado un proceso incoado contra esta; anticipo este, que resultó muy meritorio, ante el vacío legislativo existente, pero que indudablemente no ha logrado colmar las complejas y disímiles problemáticas que tendrán que resolver el fuero de justicia penal tras dictar una sentencia.

De igual forma lamentablemente, en nuestro entorno no aparecen antecedentes en el orden teórico ni práctico, que le permitan al gremio de juristas, polemizar u ordenar las ideas e inquietudes que surgen ante la presencia de la persona jurídica en el contexto jurídico – procesal cubano cuando ella aparece inculpada.

El enfrentamiento a la criminalidad económica atraviesa por un momento trascendental en el empeño de perfeccionar del modelo económico cubano, de ahí que transversalmente la persona jurídica aparecerá en el

7 SANMARTÍN Castro Cesar. “*Delito socioeconómico y proceso penal: El derecho procesal penal económico*”. Editorial Advocatus Nueva Época. No 4. Año 2001. p 294.

8 FEIJÓO. op.cit. p. 287.

9 El Decreto-Ley No 175 de 1997 introdujo en el Código Penal Cubano la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas. GOITE Pierre. Mayda. “*El sistema de penas a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal cubano*”. Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España. Estudios Latinoamericanos .Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p.307-326.

escenario jurídico y penal como uno de los protagonistas en los que la imputación y el juzgamiento intervendrán, – amén de la selectividad, discrecionalidad y racionalidad que debe comportar en sede penal su reproche – ya sea para reprimir conductas antijurídicas o para lograr una vía más de prevención ante la ocurrencia de supuestos lesionadores de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

En el campo del Derecho penal económico – como expresa Abanto Vázquez - se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de delitos¹⁰, criterio al que se suma Carbonell Mateu cuando resalta que más del 80% de los delitos económicos son cometidos a través de las empresas¹¹.

De ahí que como un elemento metodológico de suma importancia ante la ocurrencia y exploración de los hechos delictivos y la relación que tiene la criminalidad de las personas jurídicas con la criminalidad económica, sea conveniente trasladar en la medida de lo posible, los estándares de investigación y enjuiciamiento empleados comúnmente para los delitos económicos, hacia aquellos supuestos delictivos en los que asoman una participación las estructuras organizadas de la sociedad.

Algunos autores explican la incapacidad procesal de las personas jurídicas¹² y otros

advierten que la aplicación de un régimen de sanciones a las entidades pudiera traer aparejado consecuencias negativas para terceros ajenos a la actividad delictiva, específicamente con la ruptura de puestos de trabajos y empleos y afectaciones para aquellas otras entidades que se encontraban realizando actividades y operaciones económicas con la persona jurídica imputada.

Por eso unido al aspecto instrumental, nuestro enfoque parte de la necesidad de establecer un régimen de principios, garantías y derechos que alivien esas consecuencias dentro de nuestro sistema penal, caracterizado por el respeto irrestricto a la ley y consecuentemente la evitación de daños y perjuicios a personas no responsables de hechos penales.

Es por tanto nuestra intención acercarnos a un referente teórico para en la medida de lo posible, contribuir a despertar no solo el interés por este tema, sino y es lo más importante, aportar muy modestamente a las transformaciones procesales que están por ocurrir en esta materia.

II. SITUACIÓN LEGISLATIVA EN EL SISTEMA CONTINENTAL

Se ha venido advirtiendo que en los países donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tampoco se ha introducido la previsión procesal, debiéndose recurrir a la analogía respecto de la regulación civil o a los principios generales del proceso penal; así al menos ocurre en Portugal y Brasil¹³.

Los problemas que van a plantearse en este orden son numerosísimos, desde la traslación de los derechos del imputado,

10 ABANTO Vázquez. Manuel A. *“Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares”*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Diciembre 2011. Pág. 3, consultado el 28 de Diciembre de 2011 en sitio <http://www.ciidpe.com.ar>.

11 CARBONELLI Mateu. Juan Carlos. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del Código Penal Español”*. Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España, op.cit. p.280.

12 ABANTO. op.cit. p.6.

13 CARBONELL. op.cit. p. 308.

hasta la misma competencia jurisdiccional; pasando por el puro mecanismo procedimental o la confrontación de intereses entre la persona jurídica, sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En Latinoamérica el antecedente más antiguo que se conoce responde a uno de los proyectos discutidos en el parlamento argentino en ocasión de la Ley 12.906, (Ley de represión de la especulación y monopolio), sancionada en diciembre de 1946 y derogada en 1980; en el que se reconoció a la persona jurídica el carácter de parte en el proceso, estructurándose la fórmula de representación.

Más adelante, y a pesar de las reformas procesales acontecidas desde la década de los años 90 del siglo pasado para instaurar el proceso penal acusatorio formal, solo el Código procesal penal de Perú promulgado por el Decreto legislativo 957 de 2004, que entró en vigor progresivamente, el 1 de febrero de 2006, es uno de los que ha regulado esta materia¹⁴; y tres años después en Chile, el artículo 21 del proyecto de la Ley sobre “Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho” de septiembre de 2009, en el que se colocaron algunas cláusulas con previsiones específicas sobre el procedimiento penal.

La mayoría de las legislaciones, especialmente las europeas, están introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo hacen utilizando la fórmula de traslación de la responsabilidad por el hecho cometido — aunque no esté declarado procesalmente — por una persona física,

14 ESPINOZA Goyena. Julio Cesar. “La persona jurídica, en el nuevo proceso penal”. El nuevo proceso penal, estudios fundamentales, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Palestra. Lima, junio 2005. p.2

en virtud del defecto de organización o de la ausencia del ejercicio del debido control¹⁵.

En países como Alemania¹⁶, Italia, Francia¹⁷ y España¹⁸, se han establecido procedimientos especiales y reglas de aplicación contra la persona jurídica, implantando procesos, decisiones sancionatorias y contravencionales, que son prescritas como consecuencias accesorias a la responsabilidad individual. Así recientemente en España, salvando las lagunas procedimentales existentes, se dictó la Circular No 1 del 2011 del Fiscal General de la Nación, con un grupo de instrucciones para la sustanciación del proceso penal contra la persona jurídica.

III. LA SALVAGUARDA DE PRINCIPIOS BÁSICOS ANTE LA INSTAURACIÓN DEL PROCESO PENAL SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La persona jurídica en no pocas ocasiones ha sido un sujeto pasivo del Derecho penal, esencialmente porque actúa — según la ley - por derecho propio sea en defensa de sus derechos subjetivos u ocupando la parte

15 CARBONELL. op. cit. p.307.

16 Ver la Ordenanza Procesal Alemana. Código Penal Alemán. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 384.

17 Ver Código Penal Francés de 1994 y la Ley Complementaria (Ley No 2001-504 de 12 de junio de 2001). Consultado el 11 de Mayo 2013 en [http:// www.legifrance.gouv.fr/html](http://www.legifrance.gouv.fr/html).

18 El Código penal Español de 1995 incorpora una serie de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas estableciendo algunas pautas de procedimiento para su imposición. BACIGALUPO, Silvina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 289. Recientemente por la Ley Orgánica No 5 del 2011 se dictaron normas complementarias para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas y estaba a esta fecha en discusión la Ley de Agilización de Trámites Procesales que reordenaran lo relativo al procedimiento penal a seguir.

contraria a quienes ejercitan la acción penal; sin embargo una vez reconocida la exigencia de responsabilidad penal sobre esta, contra ella puede recaer la restricción de derechos a través de las medidas cautelares reguladas en el ordenamiento procesal y más tarde al finalizar el proceso, una de las consecuencias jurídicas establecidas en la ley penal.

Ello bastaría para justificar que tal y como ocurre con las personas naturales, sobre las personas jurídicas, es dable en un Estado de derecho la aplicación consecuente del debido proceso y una tutela judicial efectiva. De esta manera durante la tramitación de los procesos penales seguidos contra las personas jurídicas se debe velar por el cumplimiento estricto de los principios, derechos y garantías generales; sean estas constitucionales o las preestablecidas en sus normas de desarrollo.

Un examen a los derechos y garantías constitucionales permite evaluar aquellas cuestiones que no pueden soslayarse al momento de instrumentar la restricción de las libertades que tiene la persona jurídica.

La constitución de la nación define la subordinación a un régimen estatal centralizado y planificado de la economía; por lo que el intervencionismo directo o directivo del Estado será un elemento a tener presente en el enfoque que adopte la regulación procesal¹⁹. Más específicamente el Estado, en el modelo cubano, ejerce la dirección y el control de la actividad del comercio exterior²⁰, lo que indica que los entes jurídicos de ese sector – aun los creados como sociedades mercantiles - res-

ponden a dicha política y por tanto a las exigencias de las funciones ejecutivas que en el quehacer comercial y mercantil se prescriben.

La carta magna también le pone límites al “*ius puniendi*” a través de prohibiciones que tienen un carácter procesal y sustantivo e igual tratamiento deberá recibir la persona jurídica. Así ocurre con el principio de inviolabilidad del domicilio, el que está sujeto en la norma procesal a especificidades y términos instrumentales que son inobjetables mantenerlos e incluso ampliarlos, cuando en ocasión de la comprobación de un delito, se disponga la ocupación de locales pertenecientes a la persona jurídica involucrada.

En nuestro sistema de justicia penal rige un conjunto de principios procesales, especialmente en la etapa preparatoria del juicio oral que deben igualmente ser respetados, entre los que se encuentran los relativos de legalidad, oficialidad, presunción de inocencia, objetividad en la imputación, derecho a la defensa y a la no autoincriminación. También como parte del desarrollo que va teniendo en el contexto procedimental, aparecen criterios de oportunidad procesal que son necesarios ordenar.

Otros principios de influencia procesal reconocidos por la doctrina y la praxis jurídico penal primaran; como los conocidos de intervención mínima en la persecución penal, positivamente aplicable en hechos de poca monta, en atención especialmente a la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por la persona jurídica con las posibilidades de solucionar el conflicto en otra sede, evitándose así las peligrosas tendencias a la administrativización del derecho penal²¹.

19 ZÚÑIGA Rodríguez, Laura del Carmen, “*Bases para un Modelo de Imputación de la Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*”, Editorial Aranzadi, España, Navarra, 2000; p. 19.

20 Ver los artículos 15,16, 17,19, 20 y 23 de la Constitución de la República de Cuba que establecen el régimen estatal y de intervención del estado en la economía.

21 MOLINA Gimeno, Francisco Javier. “Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal” Actualidad jurídica Aranzadi, N° 760, España, 2008, p. 13-16.

Un elemento importante es que los actos jurídicos que recaerán sobre la persona jurídica, en rigor son actos de persecución penal, por lo que es improcedente la intervención del actor civil o económico en la sustanciación del proceso penal en cualquiera de sus etapas; así como tampoco será aceptado en materia instrumental la aplicación de analogía con otras normas procesales extra-penales que restrinjan derechos fundamentales de las personas jurídicas, dada la prohibición antológica que rige para el derecho penal, la equiparación de con otras leyes en cumplimiento del principio de legalidad. La excepción de esta regla únicamente podrá emanar de la analogía «*in bonam partem*» a los efectos de homologar cuanto menos en contenido interpretativo, los conceptos e instituciones que son propios del derecho económico, mercantil, financiero, tributario, etc.

IV. ETAPA PRELIMINAR: DECISIONES SOBRE LA DENUNCIA, RADICACIÓN E INCOACIÓN DEL PROCESO PENAL.

La radicación e incoación del proceso penal contra la persona jurídica, tiene que responder a los criterios de objetividad procesal, racionalidad jurídica y defensa de los intereses individuales y colectivos, los cuales en ocasión de la comisión del hecho penal teniendo en cuenta su magnitud, el quantum de afectación o la transcendencia social del acto, sea puesto en peligro o resulta lesionada la objetividad jurídica penal.

Una política criminal consecuente con los principios y fines del Derecho penal sobre todo atendiendo al contexto socioeconómico nacional e internacional y muy especialmente en correspondencia con la política de intercambio comercial en el área internacional; la incentivación de la inversión extranjera y lo recurrente que en ocasiones resulta utilizar los

mecanismos de solución de conflictos en el terreno del comercio exterior, indican que con respecto a la persecución penal, se haga un uso discrecional de las prerrogativas legales sobre el ejercicio de la acción penal y pública en estos casos.

Estas razones hacen suponer que prudentemente al presentarse la “*notitia criminis*” y tras las indagaciones iniciales de rigor que confirmen inobjetablemente la ocurrencia de un hecho penal y sus posibles responsables, es dable que la autoridad competente antes de diligenciar la fase sumarial o preparatoria, para proceder a la incoación de proceso penal contra la persona jurídica penalmente responsable, en correspondencia con el principio de oficiosidad, solicite autorización en su línea jerárquica al máximo representante del ministerio público o funcionario que este designe.

Un elemento a examinar oportunamente será el control que ejerza la autoridad competente sobre la apertura del proceso penal, especialmente con respecto a la evaluación de la conducta ilícita que será investigada. Si bien el ejercicio de la acción penal corresponde al fiscal; y visto de otra parte que la persona jurídica es un sujeto punible de cualquiera de los delitos previstos en el Código Penal, no es jurídicamente racional incoar procesos penales contra esta por delitos de bagatela o de poca monta; aunque ello siempre dependerá de la política criminal que se oriente.

Una decisión selectiva de los procesos penales en este ámbito, que en el futuro pudiera romper con el criterio abierto de imputación que tiene la norma penal actual, sería la de establecer una política penal restrictiva, racional y de intervención mínima, en la que los órganos de investigación, persecución y promoción de delitos cometidos por las personas jurídicas, sometan a la justicia penal, hechos que provoquen graves afectaciones al medio

ambiente y la economía, así como los delitos asociados a la corrupción o por el especial interés público que el caso conlleve.

Otro extremo importante en esta etapa inicial es el referido a la conexidad de los sujetos implicados. Por definición persona física y jurídica son independientes, de ahí que una de las funciones básicas que desempeñan las sociedades e instituciones con personalidad jurídica propia – fuera de la sede penal - es la de limitar la responsabilidad individual que estas pudieran tener con respecto a las personas físicas²², ello indica entonces que en la sustanciación del proceso penal contra la persona jurídica, podrá incoarse a la par la responsabilidad penal de cuantas personas naturales estén implicadas en los hechos en lo que esta aparece y viceversa, sin que ello suponga, en absoluto, la infracción del principio “*non bis in idem*”. De esta forma, siguiendo los pronunciamientos de la ley adjetiva respecto a la conexidad procesal²³ es recomendable no escindir o separar a ambas personas en el mismo proceso, salvo que razones de seguridad e interés estatal así lo aconsejen²⁴.

Baigún ha hecho una propuesta que no

se debe desestimar, en el sentido de abandonar la pretensión de recurrir al sistema convencional y elaborar, en cambio, ante el hecho delictivo protagonizado por el ente delictivo, un nuevo esquema con dos vías de imputación; una, que aprehenda la persona jurídica como unidad independiente y otra, que se dirija a las personas físicas que la integran, aplicando en este segundo supuesto el modelo de la teoría tradicional²⁵.

El punto de arranque de esta construcción se apoya en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica. Es obvio que el ser humano actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional, pero ésta se halla determinada por otras unidades reales: en primera línea, la que se genera en el ámbito normativo; en segundo lugar, la que nace de la propia organización y, en tercer término, la que se identifica con el interés económico que gobierna las anteriores.

El Código penal establece también varias exenciones con respecto a los sujetos colectivos que están eximidos de responsabilidad penal. De esta forma las entidades, organismos o instituciones bajo el régimen estatal están excluidas de tales exigencias²⁶, pero existen también otros agentes y entes privados cuya exclusión de responsabilidad penal amerita una reflexión, al momento de incoarse el proceso penal.

22 CARBONELL. op.cit. p. 282

23 El artículo 13 de la ley de procedimiento penal expresa: Se consideran delitos conexos: 1) los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Tribunales por su condición o por la índole de los delitos cometidos; 2) los cometidos, previo concierto, por dos o más personas en distintos lugares o momentos; 3) los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; 4) los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos; 5) los diversos delitos que se atribuyan a un acusado al incoarse expediente contra él por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí y no hubieren sido hasta entonces objeto de proceso.

24 FEIJÓO Sánchez. Bernardo. “*Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano*”. Revista Peruana de Ciencias penales. No 15, Editorial Idemsa, 2004. P. 232. Cit también por ESPINOZA, Ob. Cit., p.8

25 BAIGUN, D. (1996) “*Tendencias actuales del derecho penal económico en América Latina. Necesidad de un nuevo modelo*”, Revista Cubana de Derecho, No 11, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p.138.

26 A criterio de Carbonell Mateu, la exclusión del Estado del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta enteramente razonable, en la medida en que no es imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo y aún menos que se auto aplique pena de clase alguna. CARBONELL. op.cit. p.305-306

Entre los entes sin personalidad jurídica reconocida en la actualidad se hallan los trabajadores por cuenta propia y las sociedades irregulares²⁷; a las cuales tampoco le es exigible responsabilidad penal, por lo que antes de iniciar la sustanciación de la denuncia será pertinente acreditar por el órgano del Estado que corresponda, el régimen jurídico y la legitimación para operar en el territorio nacional que ostenta la entidad presunta responsable de un delito.²⁸

Asimismo los cargos iniciales proceden directamente contra la sociedad o empresa que individualmente haya cometido el hecho penal punible, puesto que en el variopinto del entramado empresarial y societario, se establecen relaciones y actividades mercantiles, financieras y económicas, en la que intervienen otros agentes económicos o administrativos que pudieran no estar involucrados con los actos concretos punibles.

Hay que tener en cuenta que las sociedades anónimas a los efectos de lo establecido en el artículo 12 de la Ley No 77 de 1995, aun-

que sujeta a modificaciones²⁹, hasta el presente no pueden constituirse en sociedades unipersonales³⁰ y dichas sociedades pueden adoptar las formas de empresa mixta, contrato de asociación internacional y empresas de capital totalmente extranjero; por lo que en los casos de empresas mixtas y empresas de capital totalmente extranjeros, aún y cuando ello implica la formación de una persona jurídica, la responsabilidad penal recaerá sobre los inversionistas nacionales³¹ o los extranjeros; o únicamente sobre aquellas sociedades que directamente hayan originado el daño o la puesta en peligros de bienes jurídicamente tutelados³².

27 Las instituciones y entidades que carezcan de los requisitos exigibles a las sociedades mercantiles son conocidas como sociedades irregulares. En Cuba conforme a la Ley 77/95 y a la Resolución 260/99 para el acto de constitución de una sociedad mercantil, se requiere de la autorización gubernativa que ofrece una Comisión Gubernativa del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, luego de este paso corresponde su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, tal y como lo regula el Decreto 226/2002 y la Resolución 230/2002.

28 Todas las sociedades mercantiles en Cuba para alcanzar la personalidad jurídica deberán inscribirse en las instituciones públicas que correspondan, así sucede por ejemplo con la empresa mixta, la que deberá inscribirse en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba según el artículo 13.7 de la Ley 77/1995 y tras la promulgación del Decreto-Ley 226 "Del Registro Mercantil" se debe entender que cada sujeto de la Inversión extranjera se inscribirá en el nuevo registro creado al efecto, en materia mercantil, según se establece en la primera de la Disposiciones Especiales de este Decreto-Ley 226.

29 Ley No. 77 de 1995 de la Inversión Extranjera, se complementó en 2004 con el Acuerdo No. 5290 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que amplió las formas de inversión y en la actualidad se estudia una nueva ley que debe ser aprobada en el primer semestre del año 2014. RODRÍGUEZ José Luis. "Cuba: una revaloración indispensable de la inversión extranjera directa" El Economista de Cuba, edición on line, publicado el 15 de febrero del 2014 y consultado el 23 de Febrero de 2014 en <http://www.economista.cubaweb.cu/2014/nro464/inversion-extranjera.html>

30 Los inversionistas extranjeros cuando más acuden a la variante de la sociedad pluripersonal de derecho y unipersonal de hecho, donde él solo domina. FRAGA. Martínez Raiza. Los sujetos de derecho mercantil en la Legislación Cubana (II) en www.derecho.com/articulos/articulos/ 2006 visible el 20 de Diciembre del 2011.

31 Es bueno destacar que estos aspectos relativos a la personalidad y representación del inversionista extranjero deben tenerse en cuenta desde la etapa misma de negociación previa, a fin de estar seguros que se negocia con alguien que está facultado para obligarse, cuando el inversionista se hace representar por un apoderado, y lo que es más importante aún, con el objetivo de conocer a ciencia cierta con quién se está negociando; recuérdese que sobre los países en vías de desarrollo, o dicho con más propiedad, subdesarrollados, caen en ocasiones verdaderos aventureros que sin respaldo suficiente de capital y bajo la fachada de una empresa constituida *ad-hoc* para la negociación, pretenden incursionar en el campo de las oportunidades que se brindan a la inversión extranjera. DÁVALOS Fernández. Rodolfo La instrumentación jurídica de la empresa mixta. Revista Cubana de Derecho, No 7. Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1992, p.29.

32 Debe atenderse al contenido del artículo 2 de la

Otra distinción importante a tener en cuenta a los efectos de responsabilidad penal es que el Decreto 206 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 10 de Abril de 1996, reconoce la figura del empresario individual como una persona natural con domicilio en el exterior, que en nombre propio realiza habitualmente actos de comercio, por lo que en virtud del artículo 15 del Código de comercio³³ se le permite que este ejerza el comercio en Cuba, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar y a las disposiciones del mentado Código de comercio, en cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio cubano, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

En tal sentido, conforme a la aplicación de la ley penal cubana bajo el principio de territorialidad relativa, la responsabilidad por actos ilícitos de los empresarios individuales, deberá ser imputada a título de persona natural, aun y cuando este sujeto económico tenga constituida en el exterior una entidad con personalidad jurídica reconocida.³⁴

Ley de Inversión Extranjera en Cuba que establece: "El inversionista extranjero en empresas de capital totalmente extranjero puede actuar como persona natural o jurídica dentro del territorio nacional cubano: a) creando una filial cubana de la entidad extranjera de la que es propietario, bajo la forma de compañía anónima por acciones nominativas e inscribiéndola en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, o b) inscribiéndose en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba y actuando por sí mismo."

De igual forma en las sociedades de capital 100% extranjero también tienen que cumplir con la exigencia de dos o más socios para poder fundarse; puesto que estas son las condiciones de las sociedades mercantiles en nuestra legislación. Por lo que presentan las mismas características que las sociedades mercantiles cubanas de capital privado, ya descritas.

33 Código de Comercio Actualizado, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

34 Este empresario tiene que concurrir a los actos de comercio a través de una institución cubana que los represente, sin embargo en ocasiones estos sujetos se

En los hechos que se acredite el concurso de personas físicas que realizan actividades laborables en el territorio nacional, con las personas jurídicas implicadas, los primeros responderán penalmente como personas naturales amén de la aplicación de las sanciones administrativas que corresponda.

De otra parte, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. Sin embargo no es posible aplicar con carácter retroactivo la responsabilidad penal sobre aquellas personas jurídicas que se hayan disuelto, por lo que la extinción legal de una persona jurídica, con antelación a la fecha de la denuncia, extingue también su responsabilidad penal y debe dar lugar al sobreseimiento libre de las actuaciones, con independencia de la responsabilidad penal que pueda recaer sobre las personas naturales.

Otros aspectos sustantivos también servirían para declarar "*at initio*" una responsabilidad penal sobre la persona jurídica y coherentemente proceder a la sustanciación del proceso penal.

Apartándonos de las controversiales ideas que en la actualidad matizan los principales inconvenientes de la dogmática aplicables a las personas jurídicas³⁵, la responsabilidad penal es exigible por acción u omisión, sean estas conductas dolosas o imprudentes y en ese orden la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se fun-

valen de testaferros y personas naturales residentes en Cuba o en exterior para realizar sus actos de comercio en nuestro país sin estar debidamente legitimados, constituyéndose este modo de proceder como una actividad económica ilícita, amén del quebrantamiento de otras regulaciones existente. (NA)

35 CARBONELL. op.cit. p.287-301.

damenta sobre la base interpretativa de que sus órganos y administradores de hecho o de derecho actúan en nombre de la persona jurídica. Cabría por ello evaluar algunos supuestos a tener presente para la exigibilidad inicial de una conducta delictiva.

Un primer caso es cuando alguno de los representantes o administradores haya cometido el delito por su cuenta y en provecho de la persona jurídica. Ello indica que cuando se trate de actos "*ultra vires*"³⁶ en las que el representante del ente colectivo se excede y va más allá de sus competencias en beneficio o provecho personal, la responsabilidad penal debe ser exigible únicamente al administrador o representante a título individual, en tanto no actuó en provecho de la persona jurídica que es el requisito exigido como fundamento para que esta última responda.

Asimismo la responsabilidad varía cuando el delito por su cuenta y en provecho de la persona jurídica haya sido cometido por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando se confirme que el hecho punible realizado por sus empleados fue posible por no haber ejercido la persona jurídica el debido control y vigilancia sobre su personal y las actividades desarrolladas por estos.

En todos estos casos a los efectos de exigir la responsabilidad penal, se tendrá en cuenta, de una parte las afectaciones reales producidas por la persona jurídica en sus relaciones con otras instituciones y de otra las circunstancias que fueron propiciadas por la persona física para delinquir en su condición de pertenecer o participar de las actividades y operaciones desempeñadas por la persona jurídica.

Por último, se debe señalar que las personas jurídicas - sociedades, fundaciones, empresas, etc.- serán penalmente responsables de los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas. Para llegar a entender que tales hechos son típicos será necesario interpretar que los órganos colegiados son representantes legales o administradores de hecho o de derecho y que la ejecución de los acuerdos por ellos adoptados son responsabilidad suya y no del instrumento que los hace efectivos.

Estos elementos iniciales, permiten una incoación mesurada y coherente de responsabilidad penal sobre estos colectivos y evita en grado extremo incongruencias en la selección de aquellos que deben responder objetivamente de la conducta que será investigada durante la sustanciación del proceso penal acusatorio.

V. EL TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DE ALGUNAS DILIGENCIAS Y ACCIONES DE INSTRUCCIÓN

Siguiendo el contenido de nuestra ley procedimental hemos querido prescribir aquellas diligencias y acciones de instrucción que son menester ejecutar por el órgano de investigación en el proceso penal seguido contra la persona jurídica, como garantía para sustentar los derechos que le corresponden en esta etapa inicial.

Un primer momento es definir los emplazamientos y citaciones preliminares a la persona jurídica penalmente responsable, la que estará dirigida directamente y siempre que sea posible al representante de la entidad o persona designada por este.

36 SÁNCHEZ Calero, Fernando. "*Los administradores en las sociedades de capital*", Editorial, Thomson-Civitas, 2ª Edición, Navarra, 2007, p. 230

La representación de la persona jurídica en el proceso penal no debe distar de las exigencias legales expuestas en el artículo 42 del Código Civil³⁷, por ello dicha representación les corresponde a sus administradores de hecho o de derecho o en su defecto al Presidente del órgano de administración ya sean estos órganos unipersonales o colegiados.

También es necesario, habilitar mecanismos de sustitución, a fin garantizar una adecuada representación de la persona jurídica en las distintas fases del proceso, y ante las diferentes comparecencias judiciales que hayan de producirse; tal y como con acierto lo regula el Código procesal penal francés, teniendo en cuenta que la representación puede ser convencional o estatutaria bajo el criterio de que: «... *la persona jurídica puede ser representada por cualquier persona que ostente, conforme a la ley o a sus estatutos, una delegación de poderes a este efecto...*»³⁸

Para las citaciones que corresponden durante la sustanciación del proceso penal se entenderá como representante de la persona jurídica a las personas naturales acreditadas como directivos de los órganos de gobierno de las entidades, entre los que se encuentran por ejemplo en las sociedades anónimas³⁹: al

37 En el artículo 42 dispone que “las personas jurídicas realizan sus actividades por medio de sus órganos de dirección legalmente designados o elegidos.” MESA Tejeda. Natacha. “Reflexiones en torno a la representación de las empresas mixtas en Cuba”. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010, p.71

38 ECHARRI, op.cit. p. 15.

39 Las sociedades mercantiles en Cuba, que son constituidas a tenor de la Resolución 260/99 del Ministerio de Comercio Exterior, con el objetivo de atemperar los agentes económicos a la nueva dinámica de la economía internacional, adoptan la forma de sociedad anónima. La sociedad anónima, cual persona jurídica, necesita de órganos que le permitan crear la voluntad social, que actúen en su nombre así como que la representen frente a terceros. Tradicionalmente estas sociedades poseen

presidente, gerente⁴⁰, director general o administrador del consejo de la administración de la casa matriz. Ello infiere, que la exclusividad respecto a la representación de la sociedad mercantil en el proceso penal corresponde al órgano de administración que también por mandato del artículo 122.3 del Código Civil, tiene a su vez la representación legal indelegable de la sociedad, ya que ni la junta de accionistas ni el órgano de vigilancia que pudiera existir sobre dicho órgano de administración, pueden ser sus representantes. Dicha representación incluye igualmente a los representantes voluntarios⁴¹.

En las Cooperativas⁴², Asociaciones y

dos órganos, uno deliberante en el cual los socios crean y emiten la voluntad social; y otro ejecutivo encargado de materializar los acuerdos adoptados por los socios en el órgano deliberante. MESA. op.cit.pp.62-73

40 En un examen crítico de la figura del gerente en las empresas mixtas Mesa Tejeda expone: En el funcionamiento práctico de nuestras empresas mixtas sucede con frecuencia, que además del órgano de administración, existe otra estructura orgánica cuyo principal cometido es llevar el día a día de la sociedad, generalmente, se le denomina gerencia. El gerente general es quien tiene a su cargo la dirección y control ordinario y diario de las operaciones cotidianas de la sociedad y en la casi totalidad de los casos no coincide con el Presidente del órgano de administración, debido a la ausencia del Presidente en las operaciones cotidianas de la sociedad, por lo que la delegación de la representación, más que una posibilidad, se convierte en necesidad; por otro lado más que especial ha de tener dicha delegación un carácter general. En consecuencia, si nos atenemos a lo que dispone la cláusula estatutaria anteriormente referida, sería contraproducente otorgarle poder específico al director general o gerente para que ejerza la representación de la sociedad. Ídem, p.72

41 La representación voluntaria puede recaer sobre cualquier persona, sea miembro o ajena al órgano de administración que tenga vínculo o no con la sociedad, es el típico caso de los gerentes, directores generales, apoderados, etc. A estas personas la sociedad les otorgará poderes para que realicen determinadas funciones relacionadas con la vida de la sociedad, poderes que pueden ser generales o especiales. Íbidem. p.69.

42 El reconocimiento constitucional de las cooperativas agropecuaria como única fórmula de cooperativización

Fundaciones en cualquiera de sus manifestaciones económicas, no resulta espinoso identificar a su presidente como representante de estas instituciones en un proceso penal, partiendo de las características que la identifican, como son: naturaleza, carácter autonómico, estructuras y funcionamiento. Estas organizaciones económicas, se ha dicho que descansan sobre la *"intuitu personae"*, dado que no se coloca en común el patrimonio de los miembros, ni el poder económico de cada uno de ellos, sino las prestaciones de índole personal que sus miembros le confieren al ente colectivo, de ahí que el único representante sea quien la presida.⁴³

La citación se hará en el domicilio legal de la persona jurídica, según conste en la escritura pública u otro documento que lo acredite, como se expone en el artículo 151 del Código de Comercio.

En la citación se hará saber que la incomparecencia injustificada podrá dar lugar a la declaración de rebeldía y se seguirá el proceso dispuesto para el acusado ausente. De igual forma el paradero desconocido del representante de la entidad dará lugar a la requisitoria y posterior declaración de rebeldía.

La requisitoria de la persona jurídica se publicará en la Gaceta Oficial y en su caso, en el boletín oficial del registro mercantil si existiese o de la Cámara de Comercio de la República. Asimismo estos actos de persecución pudieran publicitarse en cualquier otro medio e institución oficial relacionada con la natura-

leza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

El representante de la entidad podrá designar a otra persona natural para que en lo sucesivo atienda los trámites procesales que correspondan, el que deberá acreditarse mediante escrito dirigido a la autoridad competente o dejando constancia en la declaración tomada a tales efectos. De igual forma la persona física que se presente ante la autoridad competente podrá avalar a través de cualquier documento público o privado, su vínculo y relación con la persona jurídica acusada.

No podrá designarse como representante de la entidad a una persona física que haya de declarar como testigo, víctima o perjudicado en el proceso, o a quien debe tener cualquier otra intervención en la práctica de las pruebas durante el proceso penal.

Todo lo explicado no excluye que en cualquier momento de la sustanciación del proceso, se pueda personar el representante de la entidad o la persona legal designada por este, para recibir información sobre los motivos de la denuncia formulada contra la persona jurídica.

En la primera comparecencia el instructor informará al representante legal de la entidad y, en su caso, a la persona especialmente designada para acudir al acto en su representación, de los hechos que se imputan al ente. Esta información que realiza la autoridad competente de manera general se debe realizar verbalmente, aunque nada impide que se pueda informar por escrito, con una explicación sucinta sobre los hechos e imputaciones que aparecen en el contenido de la denuncia formulada.

Cuando en un proceso penal aparezca la persona jurídica como acusada y también su representante como persona natural, es una garantía para el desarrollo coherente del pro-

en Cuba se encuentra en el artículo 20, que después de definir la propiedad de los agricultores pequeños, expresó el derecho de estos a asociarse entre sí, autorizándose la organización de cooperativas agropecuarias como otra forma de propiedad colectiva, junto a la estatal. RODRÍGUEZ Musa. Orestes. *"La cooperativa como figura jurídica"*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010. p.115

43 Ídem, p.107

ceso, que a este último se le dé cuenta con las imputaciones y los hechos que correspondan a los efectos de que si a bien lo tiene designe otro representante de la entidad o asuma directamente su representación y ante la negativa de declarar del representante legítimo de la persona jurídica, que como persona natural se encuentre acusada en el mismo proceso, también la autoridad competente podría emplazar a cualquiera de los miembros del órgano de administración a los efectos de que asuma la representación de la persona jurídica acusada.

Debe recordarse que en absoluto respeto al derecho de no incriminación no podrá imponérsele al representante, la carga de colaborar con su propia inculpación para aportar evidencias testificales o documentales de contenido incriminatorio, cuya prueba si es obtenida, bajo apercibimiento de desobediencia sería ilícita⁴⁴.

Las disposiciones de la ley procesal que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de pruebas anticipadas, se practican conforme a la ley con la presencia del representante de la entidad, su designado o el abogado de la defensa, sin que la incomparecencia de la persona especialmente designada, impida la celebración del acto de investigación o la prueba anticipada que se estime prudente practicar

El órgano de instrucción en la primera comparecencia del representante de la entidad dejará constancia por escrito mediante un acta de comparecencia del representante de la persona jurídica penalmente responsable para que de conformidad con el derecho a declarar emita los descargos y alegaciones que correspondan y considere pertinente a su favor sobre los hechos imputados.

En esa acta de comparecencia se le hará saber el derecho que le asiste de declarar o abstenerse de hacerlo; el derecho de aportar cuantas pruebas estime necesarias para demostrar su inocencia y la posibilidad de presentarse ante la autoridad que investiga cuantas veces lo entienda.

VI. LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA ETAPA SUMARIAL.

Las medidas cautelares se constituyen como un mecanismo procesal excepcional para alcanzar la efectividad de la tutela judicial, dirigidas a evitar afectaciones irreparables para el proceso y en buena medida es una vía idónea para materializar los valores de seguridad jurídica y justicia, aún y cuando en no pocas ocasiones su empleo arbitrario, desmedido y de mal uso, también afecta esos valores y las garantías procesales.

De esta forma en sede penal el catálogo de las medidas asegurativas que recaen sobre las personas naturales va orientado a lograr el cumplimiento sin interrupciones del "iter" procesal y el efectivo de la condena que en su día el tribunal imponga; sin embargo en lo concerniente a las personas jurídicas su sentido se amplía, en tanto también podrán dirigirse cautamente hacia los bienes muebles e inmuebles, especialmente utilizando la institución del embargo preventivo a efectos de conseguir con seguridad la ejecución posterior de la incautación⁴⁵.

No resultaran aplicables por tanto cualquiera de las medidas cautelares dispuestas en la ley adjetiva para las personas jurídicas, sino solo aquellas que aseguren la presencia

44 ECHARRI, op. cit, p 17.

45 GOLDSCHMIDT, James, "Derecho Procesal Civil", traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo PRIETO CASTRO, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936, p.345.

de esta a la vista del juicio oral y garanticen el cumplimiento efectivo de la sentencia y en las cuales regirán los principios de provisionalidad⁴⁶ y variabilidad⁴⁷ concebidos para la imposición que recae en las personas físicas.

En la actualidad las medidas cautelares asegurativas aplicables a las personas jurídicas, con carácter facultativo, son la fianza en efectivo y la moral, dispuestas en los incisos 1 y 2 del artículo 255, y también la fianza, el embargo y el depósito de bienes previstas en el artículo 277 de la ley de trámites que están dirigidas a asegurar en su día la ejecución de la sentencia en lo referente a la responsabilidad civil.

La fianza en efectivo en nuestra norma tiene una doble naturaleza: personal y patrimonial. De una parte se recurre a ella para garantizar que el pretense asegurado comparezca al acto del juicio oral y así poder efectiva el fallo dictado en la sentencia y su posterior cumplimiento; y a la par, siempre que concorra, con la medida cautelar se asegura la exigibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito sea reparando los daños ocasionados o sufragando los perjuicios que se hayan originado.

Una primera cuestión, de la que se ha ocupado la doctrina procesalista es lo refe-

rente a la proporcionalidad de ambas medidas precautorias, las cuales no pueden convertirse en una sanción anticipada, independientemente de los debatidos problemas que origina el estado asegurativo - cautelar y el principio de presunción de inocencia.

Se ha planteado con acierto que para evitar las irregularidades sobrevenidas por la imposición de la medida cautelar, el quantum de la fianza impuesta a la persona jurídica, no puede rebasar los límites impuestos por la ley para el delito incoado, ni superar las afectaciones o perjuicios originados por el actuar delictivo del ente colectivo. De esta manera es exigible los presupuestos del "*fumus boni iuris*"⁴⁸ que obliga a quien impone la medida cautelar, a tener una idea temprana - debidamente acreditada - , y sobre la base de un derecho probable pero aún no demostrado del valor económico de los daños y perjuicios ocasionados, pues solo así se puede garantizar que se cumpla el principio de proporcionalidad en la imposición de la providencia precautoria y una correlación estricta entre la medida y el pronunciamiento de fondo.

La segunda situación dirigida a la persona jurídica, está referida a la legitimidad o no de la doble imposición de la medida cautelar, la que estimo es dable en esta materia. Para ello partimos de la idea de que la fianza en efectivo regulada en el artículo 255 de la ley adjetiva, se impone sobre el acusado y la fianza como garante de la responsabilidad civil recae sobre los bienes y el patrimonio de la persona jurídica.

Es de significar que algunos autores estiman la posibilidad de imponer medidas cautelares no previstas taxativamente en la ley, ajustándose para ello a la existencia en materia civil de un poder cautelar genérico en aras de garantizar la eficacia del proceso⁴⁹.

46 Las medidas cautelares deben permanecer mientras subsistan los motivos que la determinaron y muy especialmente una vez hecha firme la sentencia, tal y como refiere el artículo 251 de la Ley de Procedimiento Penal. "Dicho en otras palabras, refiriéndose a las medidas cautelares, estas varían cuando cambien los presupuestos que la condicionaron, pues no se adoptaron para regir de forma definitiva, sino interinamente". MENDOZA Díaz, Juan, "*Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano*", en *Boletín ONBC*, No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre 2007, p.5.

47 Las medidas cautelares pueden modificarse en cualquier momento en atención a lo previsto en los artículos 246, 247, 248, 249-4 de la Ley de Procedimiento Penal

48 PÉREZ Gutiérrez. Ivonne. "*Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares*". Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio - Diciembre, 2010. pp. 25-53

49 MONROY Palacios. José. "*Bases para la formación de una teoría cautelar*". Comunidad, Lima, 2002, p 355.

Una posición ajustada al principio de legalidad indica la inadmisibilidad de tales criterios, cuya justificación la podemos encontrar en la inaplicabilidad de la analogía para el derecho penal, muy especialmente cuando esta se invoca “*in mala partem*”, dada las afectaciones a la libertad de locomoción individual y colectiva que tiene la imposición de medidas cautelares; ni siquiera tratando de justificarse la imposición haciendo interpretaciones abiertas y extensivas de lo regulado en el artículo 6 de la Ley de procedimiento penal, que permite la extensión de la competencia penal a asuntos civiles, en tanto ello no supone que el Tribunal en sede penal realice actos propios que solo le corresponde al ámbito de competencia civil.

La doctrina mayoritaria también reconoce que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas difieren de aquellas que se le imponen a las personas naturales⁵⁰, de ahí que el sustrato jurídico tiene que ser diferente.

Dice Moreno Catena⁵¹ que estas medidas suponen una especie de tutela anticipada, adelantando un momento en el que se integran medidas que corresponden al contenido ejecutivo de la sentencia. Esa tutela anticipa-

da que presupone la imposición de una medida cautelar, propia del proceso civil, es ajena al proceso penal, el que tradicionalmente ha considerado su carácter tuitivo dirigido a evitar la continuidad delictiva y el peligro objetivo que genera un defecto de organización. Ello pone de manifiesto que el contenido de la sentencia penal no puede anticiparse en base a meros indicios.

Más, en lo referente a la persona jurídica la finalidad de la medida cautelar fundamentalmente es la restricción temporal de derechos y como ya explicamos, garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia, por eso encontraremos en las normas que las contempla, un catálogo concurrente de medidas cautelares que alguna de ellas han sido posteriormente homologadas con el elenco de sanciones principales como se ha recogido en el Decreto-Ley No 175 de 1997, que incorporó a través del artículo 28 el régimen de sanciones principales de las personas jurídicas al Código penal⁵².

También SAN MARTÍN Castro, op. cit y MEINI Méndez. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Pontificia Universidad católica del Perú. Fondo Editorial Lima, 1999, p 212. También se encuentra el fundamento en el artículo 313 del Nuevo Código procesal Penal en Perú, el cual ha incorporado las denominadas medidas anticipadas según el cual el Juez excepcionalmente, a pedido de la parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito, siguiéndose la lógica del Código Procesal Civil de Perú y el Tribunal Constitucional Italiano que en materia de medidas cautelares se prevé una tutela innominada de los derechos, dejando a salvo su derecho a establecer determinadas medidas cautelares típicas.

50 ESPINOZA, op. cit, p.11.

51 MORENO Catena. *Derecho Procesal Penal*”. Editorial Colex, 1997, p. 480.

52 El apartado 4 del artículo 28 del Código penal regula que Las sanciones principales aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:

- a) disolución, que consiste en la extinción de la persona jurídica. En los casos en que se imponga, se anulará la escritura de constitución, inscribiéndose la parte pertinente de la sentencia en los registros en que se halle inscrita y quedando la persona jurídica en estado de disolución, a todos los efectos legales, desde el momento en que sea firme la sentencia;
- b) clausura temporal, que consiste en el cierre total del establecimiento, local, oficina o negocio de la persona jurídica, por el término que determine la sentencia, el cual no puede ser inferior a tres meses ni exceder de dos años;
- c) prohibición temporal o permanente de la licencia para determinadas actividades o negocios. Las actividades o negocios prohibidos serán exclusivamente aquellos que acuerde el tribunal en su sentencia. Esta sanción no puede ser inferior a seis meses ni exceder de tres años cuando sea temporal;
- ch) multa.

5. A los efectos de la determinación de las sanciones principales aplicables a las personas jurídicas, se

Una orientación de “*lege ferenda*”, hacia el establecimiento de medidas cautelares en el nuevo ordenamiento procesal, aconsejaría ampliar el catálogo, he incorporar a parte de la mencionada fianza moral y en efectivo otras como: la clausura temporal o parcial de locales y establecimientos pertenecientes a la entidad; la suspensión temporal o parcial de actividades y el embargo de bienes.

Asimismo las medidas restrictivas de actividades económicas para la persona jurídica, debe traer aparejada la intervención y nombramiento temporal de una autoridad administrativa que se ocupe de los asuntos que quedaron pendientes o estaban en franca ejecución por la entidad, en tanto estas medidas contraen efectos colaterales para el objeto social de la entidad que no pueden desprejarse. Es el caso también del régimen laboral de los

seguirán, en lo pertinente, las reglas siguientes:

- a) cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de multa, ésta se aplicará dentro de los límites mínimo y máximo de cuotas establecidos en cuanto al correspondiente delito, pero tomando en consideración lo dispuesto en el apartado 7, inciso a), del artículo 35 respecto a la cuantía de cada cuota;
 - b) cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de privación de libertad que no exceda de tres años, ésta se entenderá sustituida por la de prohibición temporal o permanente de la licencia para determinadas actividades o negocios;
 - c) cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de privación de libertad superior a tres años y que no exceda de doce años, ésta se entenderá sustituida por la de clausura temporal;
 - ch) en los demás casos, la sanción aplicable será la de disolución;
 - d) cuando se trate de delito que tenga prevista, de manera alternativa o conjunta, dos clases de sanciones principales, éstas se entenderán respectivamente sustituidas por las correspondientes a las personas jurídicas, según las reglas establecidas en los incisos anteriores.
6. Las sanciones accesorias aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:
- a) comiso, según las disposiciones contenidas en el artículo 43;
 - b) confiscación de bienes, según las disposiciones contenidas en el artículo 44.

trabajadores de la entidad, quienes no pueden ser afectados por las decisiones jurídico – administrativas o judiciales que se dispongan⁵³.

Las medidas preventivas al igual que penalización de la persona jurídica en ocasiones acaba afectando a los accionistas – en el caso de las sociedades - y a los empleados de la entidad, cuya gran masa en la realidad actual de los grandes y pequeños grupos de empresas no poseen la más mínima influencia en el desarrollo de la empresa. De ahí que, en primer lugar, se deban buscar medidas a la entidad que no actúen en primera línea en perjuicio de inocentes.⁵⁴

Por último los derechos procesales otorgados a la persona natural, como es la designación del defensor y otras contempladas en la ley deben ser de aplicación en este estadio del proceso penal contra la persona jurídica, con la salvedad de que el representante de la entidad acusada, coincida con el abogado de la institución quien no podrá asumir la defensa de la persona jurídica en tanto ya es parte en el proceso penal y tendrá que ocupar en la sala de justicia el lugar reservado al acusado.

VII. SOBRE LAS DILIGENCIAS DE REGISTRO Y OCUPACIÓN DE LOCALES, BIENES Y DOCUMENTOS.

Un asunto de trascendencia en el proceso penal siempre lo ha sido el régimen de ocupaciones y aprehensión de objetos, docu-

53 Será siempre menester de las autoridades competentes atender a lo establecido con respecto a la cancelación de licencia para comercializar, negociar o realizar cualquier otra actividad mercantil. en el numeral VII los acápite 1 inciso e), 3 y 4, puesto que dada las razones que allí se expresan el trámite a seguir corresponde a esa institución

54 Schünemann, B. (2002) “*Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LV, MMII. Ministerio de Justicia, Madrid, p. 27

mentos y bienes muebles e inmuebles, unas veces como piezas de convicción y otras para de igual manera garantizar la responsabilidad civil por daños o perjuicios ocasionados. En lo referente a las ocupaciones de documentos y los registros a locales, edificios y domicilios privados de la persona jurídica acusada, la mirada necesariamente recaerá sobre las disposiciones establecidas en los capítulos IX y X de la Ley de procedimiento penal, las que atendiendo a las exigencias instrumentales que lleva el diligenciamiento de esas acciones de instrucción, sucintamente expondremos la forma en que entendemos es menester proceder.

Entre las ocupaciones de documentos la escritura de constitución o escritura social⁵⁵, por ser el documento del negocio jurídico de constitución y surgir del mismo la persona jurídica, debe ocuparse y acreditarse en el sumario. La importancia de que este documento aparezca en el sumario consiste en los particulares que intrínsecamente contiene, a saber: el domicilio legal de la empresa; su objeto social; el capital social; el número y valor de las acciones en que el capital social está dividido; entre otros elementos de suma trascendencia, no solo para la fase sumarial, sino también para la toma de decisiones legales y judiciales futuras⁵⁶.

Teniendo en cuenta las cuestiones que aparecen plasmadas en la escritura de constitución de la entidad como la personalidad, facultades y representación de las partes nacional o extranjero, con información sobre su status, legitimación y si se hace representar por un mandatario o apoderado⁵⁷, sin dudas revestirá de importancia para las averiguaciones.

Otro documento de interés para el proceso será los estatutos de la persona jurídica los cuales informan sobre la organización de la entidad, y regulan las relaciones internas entre los socios; delimitando las facultades y eficacia de los órganos a los cuales corresponde la dirección, gestión y representación⁵⁸ y también no menos importante será la certificación de inscripción en el registro mercantil, el cual legitimará el acto que otorga la personalidad jurídica al sujeto procesado.

En lo que respecta a la ocupación de bienes inmuebles, la ley procesal no contempla la ocupación o clausura de locales o domicilios particulares, cuestión que está por resolver, por lo que esta ausencia obliga al órgano de investigación criminal a que únicamente en los supuestos de abandono de dichos locales y viviendas por parte de sus arrendatarios, convivientes o empleados se le comunique de ello a la autoridades administrativas que correspondan, lo que no impide que conforme al artículo 226 de la ley adjetiva, la instrucción adopte las medidas de vigilancia para evitar la sustracción de los documentos y bienes que forman parte del patrimonio de la entidad⁵⁹.

El órgano de instrucción, a través de las instituciones públicas que correspondan deberá solicitar el auxilio de personas con conocimiento en la manipulación de medios informáticos y digitales a los efectos de preservar la información que conste en las computadoras u otros medios destinados a las operaciones mercantiles, financieras y económicas que realizó la persona jurídica y por su naturaleza o contenido de la información que poseen son

55 DÁVALOS, op.cit., p.27

56 Ídem.p.28

57 Ibídem, p.29

58 Ibídem, p.30.

59 El artículo 226 de la Ley de procedimiento penal regula que desde el momento en que se acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, se adoptarán las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del acusado, o la sustracción de los instrumentos o efectos del delito.

de interés para la indagación del hecho penal; sin que tales actos entorpezcan el desarrollo de las actividades que la entidad y sus empleados realizan.

En estas ocupaciones, recaigan sobre bienes muebles e inmuebles, será necesario tener en cuenta que la acción de instrucción estará dirigida hacia el capital o el patrimonio propio de la entidad⁶⁰, incluyendo aquellos bienes que forman parte de las aportaciones de los socios o accionistas, cuestión que en atención a la limitación de responsabilidades, se distingan aquellos bienes que corresponden al patrimonio social de los individuales, como los pertenecientes a trabajadores y/o directivos de esta u otras personas naturales o jurídicas que no estén involucrados en el hecho penal.⁶¹

VIII. SOBRE LA IMPUTACIÓN EN SENTIDO GENERAL: BASE ESENCIAL DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL FISCAL.

Tras la investigación acaecida en el proceso penal, se puede encontrar un variopinto de actos omisivos o ejecutivos, realizados en

60 Es prudente hacer una distinción importante entre las categorías, capital social y patrimonio. El capital social es la cifra estable, permanente, invariable, fija, que figura en la escritura de constitución. El patrimonio por su parte, es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones del que dispone la sociedad en un momento determinado. El patrimonio, a diferencia del capital social, no es una cifra estable, sino variable. (N.A)

61 Ello se deduce de la naturaleza de instituciones como la disolución de las sociedades mercantiles que proceda de cualquier otra causa que no sea la terminación del plazo por el cual se constituyó, no surtirá efecto en perjuicio de tercero, hasta que no se anote en el Registro Mercantil. La razón es que al practicarse el asiento registral, deberá constar el plazo de su duración; de esta manera todo aquel que contrate con ella pueda conocer oportunamente el tiempo por el que la sociedad tendrá vida. La disolución... Ob. Cit. De esta forma se constituye como una garantía para los socios no involucrados y por tanto no es legítimo disponer a la ocupación de todo el capital social.

ocasión de las actividades y funciones de la persona jurídica, e incluso utilizando su organización para favorecer o encubrir otros delitos. Puede aceptarse - como expone Carbonell Mateu - que el defecto de organización, sea el elemento que permita atribuir a la empresa la comisión de un hecho delictivo que no se habría producido de mediar el debido control. Pero el conjunto de actos irregulares cometidos por las personas físicas que pertenecen a los entes colectivos, no pueden constituir el objeto de la imputación sobre la persona jurídica; éste último, no es ni puede ser otro que el hecho delictivo propio, cometido por esta⁶².

Ello requiere del ministerio público un proceso de selección de los hechos relevantes que imputará e implica a la par que para decretar jurídicamente la responsabilidad penal contra la persona jurídica, tiene que recaer una imputación específica que difiere de la realizada por la persona natural, que igualmente como hemos venido explicando puede estar involucrada. Es por tanto importante una técnica de tipificación en el correlato acusador o conclusiones provisionales del fiscal, que separe los hechos cometidos por la persona jurídica de la física, en aras de lograr diferenciar también según corresponda los fundamentos punitivos de la acusación y mantener como es de esperar en el debido proceso, los postulados del principio "*non bis in ídem*".

Una opción para delimitar estas responsabilidades sería las de señalar directamente en la acusación el nombre legítimo de la entidad acusada y su representante; y en los supuestos de concurrencia, en calidad de imputados tanto de personas físicas, como jurídicas, sería conveniente que la decisión formal de imputación, cualquiera que sea su

62 CARBONELL. op.cit. p.293.

denominación, venga referida a ambas, pues en aquélla, como hemos dicho, se deben plasmar los indicios racionales de criminalidad de que se disponga en relación con el hecho de conexión, es decir, deberá contener un relato de hechos punibles, encuadrable en determinadas conductas penales.

La identificación de los sujetos tanto individuales como colectivos a los que se imputan los hechos enjuiciables, facilitará que se haga expresa mención al objeto fundamental de las pretensiones penales; siendo así que en el escrito acusatorio se evaluara con objetividad, si de las pruebas resultantes puede colegirse que la conducta criminal de la persona física, tenía como finalidad beneficiar a la persona jurídica, o si la conducta de la persona natural constituyó el "*modus operandi*" para que la persona jurídica realizara los actos ilícitos, o si por el contrario los hechos se han llevado a cabo por una falta de control sobre los sujetos naturales.

Además, será preciso acreditar que la persona física dependiente, que actúa fuera del control establecido para el ente colectivo, ha cometido el delito en el ejercicio de las actividades sociales, a cuenta y provecho de las personas jurídicas, pues de lo contrario éstas últimas deberían quedar excluidas de la imputación.

Un grupo de instituciones jurídicas penales que responden a las características funcionales de las personas jurídicas y otras devenidas de los actos ilícitos, aunque discutidas por lo inadaptable que en ocasiones resultan los diseños actuales que presentan la norma sustantiva, pudieran ser aplicados a estas. Sucederá cuando concurren y se aprecien las concernientes a las formas de autoría y participación criminal o las circunstancias modificativas, especiales y extraordinarias de la responsabilidad penal, sea atenuando o

agravando las penas.

Por último con respecto a las sanciones principales regulada su forma de aplicación en el artículo 28 del Código penal, los fundamentos que se acrediten en la pretensión punitiva requerirán de la conjugación con los fines de las penas y los fundamentos que sustentan los principios de proporcionalidad y resocialización, los cuales implican una valoración diferente con respecto a las penas impuestas a las personas naturales.

Es cierto que para ese cometido, hoy no se cuenta con el acompañamiento sustantivo que amerita una prevención general positiva, como ha explicado Goite Pierre⁶³; encaminado a que la evocación de la pena, tenga un sentido utilitarista, tendentes como cualquier sanción penal, a prevenir futuras conductas y sanear, en la medida de lo posible, las huellas de peligro o lesión a los bienes jurídicos tutelados que dejaron las conductas antijurídicas, pero muy especialmente, la opción por la sanción penal aplicable al caso concreto tiene que al menos servir para que ella sea un ejercicio de integración del colectivo social en un proyecto de vida en común en torno al Derecho⁶⁴.

Igual debe ocurrir en el caso de solicitar las sanciones accesorias, como la de confiscación y expulsión del territorio nacional, que aparecen en el texto sustantivo actual y las cuales deben ser invocadas en aquellos supuestos en los que existan méritos suficientes para su aplicación.

Una nueva norma sustantiva adaptada a las exigencias del enfrentamiento a la moderna criminalidad empresarial, colocaría en el catálogo otras penas accesorias como pudieran ser la publicidad registral de la sanción

63 GOITE, op.cit.

64 Idem.

principal impuesta, orientada a facilitar la reparación de las víctimas e inobjetablemente restrictiva de la capacidad criminal en el tráfico mercantil futuro de la persona jurídica, que lamentablemente están hoy ausentes.

IX. CONCLUSIONES

La falta de una regulación procesal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas coloca al legislador en la posición de atender urgentemente este complejo tema, a efectos de consignar en las normas procesales con el debido respeto a los principios que ordenan la constitución y el procedimiento, las garantías de los entes colectivos en el proceso penal de corte acusatorio, una vez que este se presenta como parte procesal.

Un grupo de aspectos procesales deben ser tenidos en cuenta, en las diferentes etapas procesales, los cuales indican una selección coherente sobre la competencia de los asuntos, la capacidad procesal penal de las personas jurídicas, la presencia de personas jurídicas y naturales en el mismo proceso, la incomparecencia y ausencia de estos al llamado de las autoridades procesales, el diligenciamiento de acciones instructivas, la imposición de medidas cautelares y la pretensión penal.

Tendremos todos los interesados por tanto que extremar nuestra capacidad de estudio y discusión para encontrar las soluciones que permitan compatibilizar esta nueva situación de las personas jurídicas y así contribuir al cumplimiento del debido proceso legal y justo.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO Vásquez. Manuel A. *“Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares”*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Diciembre 2011, consultado el 28 de Diciembre de 2011 en sitio [http:// www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar).
- BACIGALUPO, Silvina. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- CARBONELI Mateu. Juan Carlos. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del Código Penal Español”*. Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España.
- DÁVALOS Fernández. Rodolfo La instrumentación jurídica de la empresa mixta. Revista Cubana de Derecho, No 7. Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1992.
- ECHARRI Casi, Fermín Javier. *“Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”*. Diario La Ley, N° 7632, Sección Doctrina, 18, Año XXXII, Editorial La Ley, Madrid, Mayo. 2011.
- ESPINOZA Goyena. Julio Cesar. *“La persona jurídica, en el nuevo proceso penal”*. El nuevo proceso penal, estudios fundamentales, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Palestra. Lima, junio 2005.
- FEIJÓO Sánchez, Bernardo. *“La responsabilidad de las personas jurídicas ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?”* Revista peruana de Ciencias Penales, No 9, Lima, Perú.
- FEIJÓO Sánchez. Bernardo. *“Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano”*. Revista Peruana de Ciencias penales. No 15, Editorial Idemsa, 2004.
- FRAGA. Martínez Raiza. Los sujetos de derecho mercantil en la Legislación Cubana (II) en www.derecho.com/articulos/articulos/ 2006 consultado el 20 de Diciembre del 2011.
- GIMENO Sendra, Vicente. *“Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias”*. Editorial Aranzadi, Navarra, España.
- GOITE Pierre. Mayda. *“El sistema de penas a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal cubano”*. Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España. Estudios Latinoamericanos .Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.
- GOLDSCHMIDT, James, *“Derecho Procesal Civil”*, traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936.

- MEINI Méndez. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pontificia Universidad católica del Perú. Fondo Editorial Lima, 1999.
- MENDOZA Díaz, Juan, *“Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano”*, en Boletín ONBC, No.29, La Habana, octubre-diciembre 2007.
- MESA Tejeda. Natacha. *“Reflexiones en torno a la representación de las empresas mixtas en Cuba”*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, La Habana, 2010.
- MOLINA Gimeno, Francisco Javier. *“Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal”* Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 760, España, 2008.
- MONROY Palacios. José. *“Bases para la formación de una teoría cautelar”*. Comunidad, Lima, 2002, MORENO Catena. *Derecho Procesal Penal*”. Editorial Colex, 1997.
- PÉREZ Gutiérrez. Ivonne. *“Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares”*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010.
- PRIETO CASTRO, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936.
- RODRÍGUEZ José Luis. *“Cuba: una revaloración indispensable de la inversión extranjera directa”* El Economista de Cuba, edición on line, publicado el 15 de febrero del 2014 y consultado el 23 de Febrero de 2014 en <http://www.economista.cubaweb.cu>.
- RODRÍGUEZ Musa. Orestes. *“La cooperativa como figura jurídica”*. Revista Cubana de Derecho. IV Época. No 36. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Julio – Diciembre, 2010.
- SAN MARTÍN Castro Cesar. *“Delito socioeconómico y proceso penal: El derecho procesal penal económico”*. Editorial Advocatus Nueva Época. No 4. Año 2001.
- SÁNCHEZ Calero, Fernando. *“Los administradores en las sociedades de capital”*, Editorial, Thomson-Civitas, 2ª Edición, Navarra, 2007.
- Schünemann, Bernard. *“Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LV, MMII. Ministerio de Justicia, Madrid. Año 2002.
- ZÚÑIGA Rodríguez, Laura del Carmen, *“Bases para un Modelo de Imputación de la Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”*, Editorial Aranzadi, España, Navarra, 2000.

**EL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL:
UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS
Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES**

M Sc. Diana Medina Batista

*Profesora de Derecho Penal, Criminología y Criminalística
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente
en Santiago de Cuba*

Resumen: El presente artículo desarrolla el tema de la búsqueda de un sistema penal cada vez más humano y respetuoso de los derechos y garantías fundamentales dentro de un Estado de Derecho. El garantismo penal se constituye en un paradigma del sistema jurídico, que traza como objetivo la realización de la justicia. En este trabajo se desarrolla el concepto de esos derechos y garantías fundamentales para el proceso penal desde una doctrina constitucional, para llegar a comprender esa práctica procesal que no exceda los lindes que tiene con la vulneración de estos derechos y valores fundamentales.

Palabras clave: Derecho Penal, Proceso Penal, garantismo, derechos y garantías fundamentales, constitucionalismo.

Abstract: This paper develops the issue of the search of a penal system increasingly more human and respectful of the rights and guarantees within the rule of law. The penal guarantees constitutes a paradigm of the legal system that sets itself the task of realization of justice. This paper develops the concept of human rights and fundamental guarantees for the criminal proceedings from a constitutional doctrine, to get to understand a procedural practice that does not exceed the boundaries that have with the violation of these rights and fundamental values.

Keywords: Criminal Law, Criminal Procedure, guarantees, rights and guarantees, constitutionalism

El debate existente entre el derecho legítimo de castigar del poder punitivo del Estado concretado en el proceso penal y la idea de que este se pueda erigir como el instrumento idóneo de realización de las garantías de los derechos fundamentales de los seres humanos, nos enfrenta a una realidad que obliga a la búsqueda de métodos adecuados para administrar justicia, en un balance que permita evitar que el primero, poderoso y con todo un diseño estatal, no caiga de forma deshumanizada sobre el segundo y así, poder consolidar la idea de que el garantismo penal constituye un paradigma en el sistema jurídico, que se traza como meta la realización de la Justicia.

Los ordenamiento jurídicos penales han evitado, y por tanto, cuidado, la condición de los sujetos y de las partes intervinientes, mucho más de aquellos que protagonizan el conflicto penal; el logro de la igualdad en el proceso penal se impone como un principio cardinal, aunque no carente de dificultades en su traducción y dimensionamiento práctico, que nos coloca ante la disyuntiva de cómo responder a la interrogante de ¿si es igual quien somete a su voluntad a aquel que debe someterse a ella; o si se trata de una lucha de Aquiles un semidiós casi inmortal (el Estado), contra Héctor, un simple mortal (el imputado)?; en esta igual y a su vez desigual contienda procesal, es necesario crear mecanismos que sirvan de corazas de protección para el acusado, señalando no solo taxativamente los derechos, sino estableciendo las necesarias garantías para su realización.

El Derecho Penal y en especial el Proceso Penal por antonomasia, constituyen *per se* una limitación a los derechos fundamentales de los ciudadanos/as involucrados en él¹, en

cuyo vertiginoso avanzar no pocas veces se colocan en riesgos estos derechos. La limitación de los derechos fundamentales puede proyectarse desde dos perspectivas; en primer lugar por la elaboración de normas sustantivas de prohibición o mandato dirigidas socialmente a los ciudadanos que proporcionan una pena a la infracción que estos puedan cometer y por otro lado, las normas instrumentales bajo las cuales se rige el proceso penal estableciendo la restricción de un derecho fundamental en virtud de sus pronunciamientos. En ambos casos por estar amparadas en el principio de Legalidad, definido para la Ciencia del Derecho como “sacrosanto”², no deja de existir una intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y corresponde al órgano jurisdiccional en virtud de minimizar sus efectos, materializar, regular y controlar tales intromisiones, lo que debe hacerse en un marco de legitimidad que se garantice desde el texto constitucional. Siendo así resulta posible aceptar que “las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales, de lo contrario se trataría no de una restricción sino de una arbitrariedad”³.

La Revolución Francesa da nacimiento a un instrumento trascendental para la historia de la humanidad: la Declaración de los Dere-

1 Carnelutti, Francesco; Cuestiones sobre el proceso penal, trad. Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1960, P. 124.

2 Conforme al principio de legalidad formal se constituye el tipo normativo de ley penal constitucional que sirve para eliminar las restantes leyes penales ilícitas. Para mayor información consultar: Arroyo Zapatero, Luis; Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal en Revista Española de Derecho Constitucional No.3, 1983, P. 9 y ss; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Derechos Humanos y Derecho Penal, en Estudios Penales y Criminológicos XI, Córdoba, 1988, P. 27 y ss; Zafaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal parte general, 2da Edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002, P. 111 y ss.

3 Robert Alexis, Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, Pp. 272

chos y Deberes del Hombre y del Ciudadano⁴. Su validez, con las conquistas napoleónicas se fue expandiendo por toda Europa Continental, produciendo un cambio del sistema de juzgamiento y de la situación del imputado dentro del proceso, quien de ser un “objeto de persecución”, se convierte en un sujeto de derechos, a quien se le reconocen derechos y garantías como mecanismos de defensa ante la acción punitiva estatal.

En la transición de un sistema procesal a otro, se produjeron transformaciones en forma lánguida, y previo a la instauración del sistema acusatorio puro, el pretendido hoy como idea básica de perfeccionamiento, se dio paso a un sistema mixto que contiene en algún sentido rezagos inquisitivos, al decir de Caferatta Nores⁵ estos se hallan fundamentalmente en la primera etapa del proceso penal, en la instrucción.

El proceso de investigación o fase investigativa de los delitos, ciertamente matizado por ideas de carácter inquisitivo, con predominio de la escritura y diseñado para que por los órganos creados por el Estado se proceda a la pretendida búsqueda de la verdad, a través de la actividad probatoria, no se comporta con mucha nobleza frente a la condición de sujeto

de la persona imputada, en otras ocasiones no escucha tampoco mucho a la víctima, haciendo, como resultado de ello, del primero su objeto de investigación, al practicar sobre este un conjunto de actos, que si no se realizan con respeto a los derechos fundamentales, resultan por científicos que puedan ser sus aportes a la investigación, de dudoso valor probatorio por falta de legitimidad en su obtención.

Que podamos distinguir hoy entre el imputado como sujeto de la relación jurídico procesal amparado de derechos y garantías procesales y la consideración de este como su objeto obedece a la evolución que han experimentado los sistemas procesales de enjuiciamiento, fundamentalmente; el abandono del sistema inquisitivo y el avance cada vez más vertiginoso hacia el sistema acusatorio puro, en la construcción de ordenamientos jurídicos que respondan a las exigencias de un Estado de Derecho; no se trata solo de proclamarlo, sino de construir sistemas que lo posibiliten, desde nuevas perspectivas o desde el perfeccionamiento de las actuales.

El camino a transitar en la reforma procesal que enfrentan los diferentes sistemas procesales, se encamina hacia la búsqueda de fórmulas cada vez más humanas, que nos acerquen al paradigma de la justicia penal teniendo como punto referencial al garantismo que se nos presenta como una necesidad dentro de la práctica jurídico penal y dentro de esta con orlas especiales en el sistema probatorio como núcleo esencial del proceso.

El tema que hoy traemos a debate ha sido en esta última década motivo de interesantes estudios, esencialmente de orden constitucional por parte de no pocos apasionados del proceso penal. La búsqueda de una práctica que no exceda los lindes que tiene con la vulneración de derechos fundamentales y garantías de estos, lo vuelve hoy el motivo de estas páginas.

4 García de Enterría, Eduardo; *La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 1995, P. 159; *Publicación Conjunta del Ministerio de Educación y la comisión nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Managua, Nicaragua, 1981.

5 “El ejercicio de la profesión en materia penal, nos ha enfrentado a veces, con algunas prácticas policiales o judiciales, o interpretaciones de la jurisprudencia que parecen no adecuarse a principios fundamentales que el Código Procesal Penal de Córdoba acepta con referencia a la condición jurídica del imputado. A nuestro juicio, esas situaciones obedecen a que no obstante el avance legislativo operado a partir de la sanción del código de 1940, existen –no tan aisladamente- en el foro ciertos resabios del espíritu inquisitivo que inspiró las leyes anteriores...” Caferatta Nores José I. *El imputado Estudios*. Editorial Mediterránea. Edición 2004. P. 42.

El sintagma “derechos fundamentales”⁶ expresa la forma jurídica que en la actualidad cultural del individuo reciben los intereses y expectativas que se entienden forman al sujeto como persona. Razón esta que les hace ostentar la condición de universales y provoca que no puedan ser objeto de disposición.

A decir de Ferrajoli⁷ de ese carácter esencial y básico de los derechos fundamentales así concebidos, se deriva su naturaleza de normas en sentido propio, que operan como vínculos y límites insalvables, para todos los poderes, públicos y privados. En esta concepción, los derechos fundamentales dejan de ser un vínculo externo del sistema, puesto que no podría haber democracia sin sujetos de derechos que estuvieren plenamente reconocidos como portadores de estos, a todos los efectos para convertirse en un atributo del ser humano.

6 A los efectos de la investigación resulta necesario definir conceptos que han sido utilizado no en pocas ocasiones como sinónimos sin embargo no se trata de lo mismo, tales son derechos fundamentales, derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos y derechos de la personalidad. A decir de Luis María Díez – Picazo, se considera derechos fundamentales en su concepción formal pone el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional; se considera derechos humanos, a los valores básicos declarados por tratados internacionales; libertades públicas, que carece de un significado técnico consolidado, pero nadie le ha atribuido jamás una sustantividad propia, se trata de una mera reiteración estilística, debe entenderse así que los términos libertades públicas y derechos fundamentales son sinónimos. Son derechos públicos subjetivos aquellos derechos que los particulares ostentan frente al Estado, o con mayor precisión frente a cualquiera de los poderes públicos y Derechos de la personalidad el conjunto más bien heterogéneo de derechos subjetivos que se caracterizan negativamente por su naturaleza no patrimonial y positivamente por proteger determinados atributos de la personalidad misma. Díez – Picazo, Luis María; Sistema de Derechos Fundamentales, 2da Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2005, P. 37 y 38.

7 Ferrajoli, L. Derechos y Garantías. La ley del más débil, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1ra ed., 1999, P.39.

Sobre esto reflexiona Häberle⁸ planteando que los derechos son el fundamento funcional de la democracia, pues solo a través del respeto al libre ejercicio de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad como elemento esencial de la democracia. Esta manera de entender los derechos fundamentales, la democracia, y el orden jurídico comporta un perfeccionamiento del Estado legislativo de derecho, supone superar su limitación más importante. El estado legislativo de derecho, es expresión de la preocupación ilustrada por sujetar el poder a la ley, sin embargo la concibió como expresión de la voluntad incondicionada de cada actual mayoría.

El constitucionalismo revolucionario del siglo XVIII estableció la voluntad de atribuir fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en los textos constitucionales; ya desde la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en el artículo 16 se establecía esa primigenia influencia al plantear, que no puede existir una sociedad y una ordenación del poder de tipo constitucional sin la garantía de los derechos, previsión que ha tenido un corolario en la generalidad de los textos constitucionales que con mayor o menor rigor en su sistemática, han regulado las garantías o mecanismos protectores de los derechos y libertades⁹.

El problema sobre la denominación de los derechos surge a partir de la doctrina y su reflejo en los textos constitucionales, incluso otros sectores tales como la jurisprudencia y los documentos internacionales que se refieren a la materia, han usado diferentes expresiones

8 P. Häberle. La libertad fundamental en el Estado constitucional, trad. del italiano de C. Ramos y A. Luya, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, P.71.

9 Cutié Mustelier, Danelia; Tesis en opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas, “El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba.” Universidad de Oriente, 1999, P. 34.

siones al respecto. En ocasiones la doctrina y los convenios internacionales prefieren nombrarlos con el término de derechos humanos o derechos del hombre, en otros casos se refieren a garantías, libertades del hombre, derechos individuales, dejando la duda de si esta variedad de nombres pudiera tratarse solo de un problema semántico.

La diversidad de conceptos responde a distintos motivos, tales son: la perspectiva metodológica con que se analicen los derechos, la dimensión histórica, la propia estructura interna de estos e incluso la defensa ideológica de determinada lista de derechos que se consideran necesarios.

En la doctrina se han expuesto diversos conceptos¹⁰ de los términos analizados anteriormente, que intentan diferenciar a unos de otros, llegando a la generalidad de que en un amplio sector se suelen utilizar como sinónimos, refiriéndose como regularidad a las facultades y exigencias inherentes a la persona humana. El análisis más polémico al que nos enfrentamos al respecto está en la diferencia existente entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, y la determinación de cuál de los dos términos es adecuado utilizar.

Se trata de un concepto genérico donde pueden englobarse todos los tipos de derechos tanto los civiles y políticos como los económicos sociales y culturales, e incluso los de la tercera generación, es decir, comprende todas las aspiraciones y exigencias de la dignidad humana en cada momento histórico, las que deben ser reconocidas tanto por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional como internacional¹¹. Siendo así el término de dere-

chos humanos no tiende a la jerarquización de un grupo determinado de derechos, sino que los sitúa a igual nivel; no obstante se corre el riesgo que genera toda definición ambigua e imprecisa, ya que los derechos humanos sólo pueden ejercerse, ser eficaces, en la medida en que sean reconocidos por el ordenamiento jurídico, es decir, positivizados, de lo contrario serían sólo valores éticos, morales, humanos.

Del análisis anterior con el que coincidimos se desprende la interrogante de ¿que entender por Derechos Fundamentales?. La expresión derechos fundamentales, ha tenido diversas definiciones, de las que significamos, la que ofrece Gregorio Peces-Barba¹², quien considera que con esa denominación podemos, por una parte constatar el lugar que en el ordenamiento jurídico tienen estos derechos y libertades, que a nivel de los derechos subjetivos, tienen la máxima consideración legal en el rango de las normas que los reconocen, que son las del nivel superior de la jerarquía normativa.

Por tanto, de lo anterior se desprende, que no todo derecho humano es un derecho fundamental y más, no todo derecho reconocido en la Constitución es un derecho fundamental¹³, para que ostente tal condición la doctrina española plantea, que el derecho debe reunir los siguientes segmentos definitorios¹⁴:

10 Pérez Luño, A., Los Derechos Fundamentales, Madrid, 1984, p.46. Seara Vázquez, Derecho Internacional Público, Ed. Porrúa, México, 1982, p.25, Atienza, M., Política y Derechos Humanos, Fernando Torres – Editor, Valencia, 1976, P. 19 – 25.

11 Cutié Mustelier, Danelia; ob cit en 10, P. 65.

12 Peces – Barba, G., Derechos Fundamentales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, P. 14 y 66.

13 Para la mayor parte de la doctrina los derechos fundamentales *strictu sensu* comprende en su nivel o categoría, los derechos que se han considerados como individuales y políticos. En tal sentido se pronunciado el Tribunal Constitucional Español al considerar expresión de Derechos Fundamentales ha de interpretarse referida a los derechos y libertades reconocidas bajo esa denominación literal.

14 Pérez Royo, J., “Conferencia sobre derechos fundamentales”, dictado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1995, P. 23.

- a) constitucionalización,
- b) eficacia directa, es decir, es aplicable aunque no estén desarrollados por el legislador
- c) vinculan a todos los poderes públicos incluyendo a los jueces
- d) son un límite a la acción del legislador, que debe respetar su contenido esencial al desarrollarlos o regularlos, de lo contrario puede ser declarada inconstitucional la ley que los vulnere
- e) gozan de garantías que implican por lo general una tutela judicial efectiva y rápida.

De esta forma las garantías de los derechos humanos pasan a convertirse en el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que media desde el reconocimiento de los derechos hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas¹⁵.

La efectividad de los derechos va a depender tanto de su reconocimiento en el texto constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas. De ahí la existencia de las llamadas garantías constitucionales las que en un concepto lineal van a ser el mecanismo de protección de los Derechos reconocidos en el texto constitucional.

Definir las garantías que posibilitan o materializan el ejercicio de esos derechos, ha sido uno de los retos de la doctrina constitucional, partiendo de que no en pocas ocasiones han sido confundidas con los propios derechos, sin dejar que estas tengan un reconocimiento propio, problema que ha quedado zanjado en la doctrina y no han sido pocas las definiciones que en torno a las garantías se

han emitido, tal es el caso del Profesor Fix-Zamudio¹⁶ que ofrece una visión restrictiva de las mismas, al reducirlas a los instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal de los derechos. Es decir, solo abarca los mecanismos de índole jurisdiccional.

En la Nueva Enciclopedia Jurídica¹⁷ se ofrece un concepto más amplio que incluye las diferentes vías o mecanismos que integran el sistema de garantías al cual nos acogemos, en este sentido, se entiende por Garantías, el conjunto de medidas técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.

En un intento de clasificación coincidimos con la clasificación que brinda Danelia Cutié Mustelier¹⁸ en su tesis Doctoral sobre las garantías en cuya obra asume la existencia de garantías jurisdiccionales, no jurisdiccionales y normativas.

Las **Garantías Jurisdiccionales**, definidas como las que abren la posibilidad de demandar ante órganos de este género (tribunales) la preservación o el restablecimiento de los Derechos Humanos. Se les conoce con el nombre de instrumentos reactivos o garantías concretas, pues se ofrecen a los ciudadanos para que, en caso concreto en que se reputa una vulneración de un derecho, puedan acudir a ellas y obtener la debida protección.

En la actualidad para un amplio sector de la doctrina Constitucional¹⁹, las garantías ju-

15 García Morillo, J., El amparo Judicial de los Derechos Fundamentales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 23.

16 Fix – Zamudio, Héctor, “La protección jurídica y procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales”, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p.51 y 52.

17 Nueva Enciclopedia Jurídica OMEBA, Disponible en www.fd.uo.edu.cu/fd/docencia/enciclopedias Consultado 25 de junio 2011.

18 Cutié Mustelier, Danelia, ob cit en 10, P. 45.

19 Fix – Zamudio, Héctor, La protección jurídica y pro-

jurisdiccionales son los medios idóneos para la protección de los derechos humanos, al estar dotados de una serie de condiciones o cualidades que le permiten desempeñar con eficacia esta importante misión, pues en efecto, la sola posibilidad de acudir a un órgano imparcial e independiente, y dotado de la necesaria fuerza vinculante, integrado por un personal capacitado para aplicar los derechos de conformidad con su contenido constitucionalmente reconocido, puede permitir a quien ve vulnerado o amenazado alguno de sus derechos humanos, obtener su protección o reparación con la consiguiente restitución del pleno goce de su derecho o prevenir su violación inminente.

Dentro de las garantías jurisdiccionales cabe destacar:

a) **Garantías Jurisdiccionales Generales u Ordinarias**, que Fix Zamudio²⁰ denominó remedios procesales indirectos, refiriéndose a los procedimientos ordinarios (civil, penal, laboral y la justicia administrativa) a través de las cuales se protegen los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los Derechos Humanos.

b) **Garantías Jurisdiccionales Específicas**: Son remedios procesales creados exclusivamente para el muy específico fin de proteger los derechos humanos, son por tanto, procesos de cognición limitada. Se distinguen por brindar de forma directa, rápida y eficaz tutela a los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento constitucional, es decir, el modo de proceder debe caracterizarse por la inmediatez, por la máxima urgencia y abrevia-

ción en la tramitación y solución, compatibles con un conocimiento adecuado del problema a dilucidar, siendo los efectos del fallo protector esencialmente reparador, es decir, no solo requiere de la sanción sino que dispone la restitución al afectado en el goce de sus derechos.

Estas garantías jurisdiccionales específicas pueden ser:

- **Ordinarias**, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante los propios órganos judiciales ordinarios como por ejemplo, el Habeas Corpus.
- **Extraordinarias**, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante órganos jurisdiccionales especiales o especializados, como es el caso de los recursos o procedimientos establecidos en algunos países ante los Tribunales Constitucionales.

Las **Garantías no Jurisdiccionales**. No pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, pues se trata de órganos o instituciones que se han establecido con la función esencial de tutelar o fiscalizar los derechos humanos.

También se sitúa dentro de estas garantías al **Ministerio Fiscal o Fiscalía**, que tiene atribuida la función de ejercitar la acción penal en representación del Estado; es un órgano de control y fiscalización de la legalidad y en tal sentido puede, promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos tal y como sucede en las normativas cubanas. Se trata de una institución que carece de naturaleza procesal.

Garantías Normativas o Abstractas, cuyo objeto es evitar que la actividad de los órganos estatales fundamentalmente el legislativo y el ejecutivo pueda implicar un des-

cesal ..., op. cit. P. 36 y ss. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Derechos Humanos y Derecho Penal, en Estudios Penales y Criminológicos XI, Córdoba, 1988, P. 30 y ss.

²⁰ Fix – Zamudio, Héctor, La protección jurídica y procesal ..., ob cit, P.56.

conocimiento o vulneración de los derechos humanos. Se trata de previsiones o requisitos de carácter general establecidos en la propia Constitución dirigida a limitar la actuación de los órganos estatales, para evitar que normas de inferior categoría a la Constitución, emanadas de alguno de estos órganos puedan desarrollar los derechos desfigurando el contenido esencial y despojándoles de la eficacia que le ha asignado la Constitución.

En la actualidad, el debate en torno a los derechos humanos se centra en dos corrientes fundamentalmente, que si bien no son opuestas, si se encuentran bien diferenciadas: una primera nombrada por la doctrina como la consecuencialista y otra, la universalista, en una y otra la aplicación de los derechos fundamentales varía ampliamente²¹.

Para los seguidores de la corriente consecuencialista, la actividad humana se analiza por las consecuencias de sus efectos, de esta manera la colectividad prevalece sobre el sujeto; por lo tanto el bien común se encuentra por encima de los derechos individuales y en caso de colisión predominaría sobre los derechos del individuo en particular.

Por el contrario la tendencia universalista, plantea que debe primar el individuo como portador de los derechos que en ningún caso pueden ser cuestionados. Una primera consecuencia para los derechos fundamentales de adoptar una u otra teoría se refiere a la pena de muerte aceptada en el derecho positivo por los primeros, al imponerse el bien común frente a los derechos del individuo, incluso al colisionar con los derechos humanos, situación no aceptada por los universalistas que en caso de colisión siempre defenderían la aplicación de los derechos humanos²².

Estas dos corrientes traen a colación el viejo debate político entre libertad y seguridad, que en la actualidad han comenzado a dejar de considerarse valores complementarios, lo que había sido admitido como un gran avance en materia de derechos humanos, y volvemos al principio, a considerarlos irreconciliables, mayor seguridad implicaría menos libertad y viceversa, con lo cual en los tiempos de incertidumbre, real o ficticia, creada o no, los defensores de la seguridad sobre la libertad impondrían sus valores, lo que no deja de ser una mala noticia en materia de derechos fundamentales.

¿Cómo trasladamos estas discusiones filosóficas a la práctica de la investigación en el marco del proceso penal?, pues pasando de lo teórico a lo empírico, en la práctica se da este debate acerca de si prevalece el individuo o la colectividad, si prevalece la libertad o la seguridad, y esto solo puede resolverse sobre dos premisas: personalidad y formación, que permitan desarrollar la discrecionalidad y consecuentemente la profesionalidad. Es una realidad que su labor estará muy condicionada por los valores consecuencialistas o universalistas que hayan condicionado su derecho positivo, pues su misión principal es cumplir y hacer cumplir la ley.

El punto intermedio que existe entre la constitucionalización normativa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la independencia judicial es la articulación de una disciplina constitucional exigente del proceso, en especial del proceso penal.

El reforzamiento del papel constitucional del poder judicial está directamente conectado con la nueva naturaleza de los derechos, pues estos en tanto que esfera previa y al margen

21 Cutié Mustelier, Danelia; ob cit, P.45.

22 Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, coordinadores. Los derechos fundamentales en la Instrucción

Penal en los países de América Latina. Editorial Porrúa, SA de CV, México DF, 2007. p. 138.

de la política, sobre la que deben tener una proyección normativa, precisan de una institución de garantía dotada de un estatuto que le asegure la independencia necesaria en relación con aquella para darles actuación.

La Real Academia Española define a las garantías constitucionales como los derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos²³. Otras definiciones al respecto han sido dadas por la doctrina, tal es el caso de Orgaz, cuya definición es clara y encierra tanto a las garantías generales como a las especiales que guardan relación armónica con los derechos fundamentales en su conjunto, al respecto plantea; “es el conjunto de seguridades civiles, políticas, procesales, penales, morales y económicas que definen esferas para el ejercicio de la libertad, al amparo de los excesos de la autoridad²⁴”

Héctor Fix Zamudio se refiere a las garantías como aquellas normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Constitución, las que se designen para la realización de una justa y rápida impartición de justicia en todas las ramas del enjuiciamiento, y sostiene además, que estas garantías vienen a integrar un derecho fundamental de justicia a través del proceso²⁵.

Cabanellas por su parte plantea que las garantías configuran aspiraciones de un orden jurídico superior y estable que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos, o con expeditivo recurso contra ellos, con respeto para los derechos en general y de

otras normas de índole colectiva, aunque de resultante individual al servicio de la dignidad humana (...)²⁶.

Después de analizar las definiciones dadas sobre garantías constitucionales, es posible conceptualizarlas como un conjunto de imperativos de rango constitucional, propios de un Estado de Derecho, respetuoso de la supremacía de la Constitución, que protege el disfrute y ejercicio de los derechos individuales del ser humano, guiado por los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos para el ejercicio de los derechos fundamentales al amparo de los excesos del ejercicio del poder punitivo del Estado y la fuerza pública.

Siguiendo la atinada orientación de López Rey que en tal sentido plantea que “la palabra mundo implica no sólo lo social, sino también lo político y cultural, toda la gama de factores externos que puedan actuar sobre el hombre y entre los cuales éste se mueve, es todo un mundo pero referido a él, rodeándolo, circundándolo y sobre el cual la persona actúa a su vez²⁷”, podemos deducir dos contenidos de trascendental importancia; el primero de ellos la importancia de la vigencia de las garantías constitucionales para la protección de los derechos humanos; y, el segundo, la influencia de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sobre la legislación interna de los Estados para asegurar la plena vigencia y desarrollo de los derechos humanos.

La doctrina constitucional establece la necesaria diferenciación entre garantías constitucionales y derechos fundamentales. Empero, si la doctrina hace una distinción, la misma

23 Real Academia Española. “Diccionario de la lengua española”, Vigésima primera edición, Tomo I, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2000, p. 1022.

24 Orgaz, A. Diccionario de derecho y ciencias sociales, Editorial Alessandri, Argentina, p. 173.

25 Fix Zamudio, H., “Constitución y proceso civil en Latinoamérica”, Mixred UNAM, 1974, p. 106, citado por Hoyos, A., en Debido Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p.3.

26 Cabanellas, G., Diccionario enciclopédico de derecho usual, Editorial Heliasta, Tomo V, Buenos Aires, 1997, p. 154 – 155.

27 López Rey, M., “Introducción al estudio de la Criminología”, Librería y Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires, p. 341.

resulta inherente al ser humano, por tanto, no es necesario aclarar este asunto, toda vez que las garantías y derechos en referencia se vinculan estrechamente con la supremacía de la Constitución.

Siendo de esta manera, preferimos quedarnos con la distinción que plantean ambos, garantías y derechos en su propia conceptualización, siendo lo primero, derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos; y lo segundo, el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza. En consecuencia, tanto garantías como derechos se encuentran incorporados al texto constitucional.

El proceso penal representa eventualmente el campo de tensión entre la protección de la seguridad pública presuntamente quebrantada por la comisión de un delito, y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. Por esta razón el imputado ha sido rodeado de un conjunto de garantías que configuran un status procesal que con enormes esfuerzos se ha conseguido asentar en la cultura jurídica. Aquí reside precisamente el mayor avance de la civilidad, que se enfrenta a la respuesta penal pasando por la salvaguarda de los derechos de las personas a las que somete al proceso.

El término garantías en un contexto gramatical significa acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad, de ahí que garantías constitucionales sea en sentido conceptual “derechos o libertades fundamentales que se encargan de la dignidad del hombre y que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos. Son inalienables, y constituyen una salvaguardia frente

al intervencionismo estatal.²⁸”

Es posible decir con Vivas²⁹, que el sistema de garantías es un conjunto que se caracteriza por la independencia y la admisibilidad de las mismas, esto es justo lo que provoca que la potencia del conjunto de todas ellas sea mayor que la sumatoria individual de sus elementos constitutivos.

No es posible presentar a las garantías como una relación de limitaciones al *ius puniendi* aisladas y desvinculadas entre sí. Lo que le da efectividad al sistema es el carácter convencional de las prohibiciones penales en tanto y en cuanto es únicamente aquello que se encuentra en la ley y, por otra parte, preserva el carácter cognoscitivo del juicio. El juez se va a contener en verificar si un hecho, tal y como se encuentra descrito en la prohibición procesal realmente fue comprobado durante la investigación.

Resulta imposible presentar las garantías penales sin hacer referencia a las procesales y viceversa, ambos tipos de garantías cumplen el papel de condicionar al juez en su actividad, logrando que esta se convierta realmente en un ejercicio de conocimiento y por ende en una actividad racional y sujeta a control y no se constituya en un mero despotismo judicial, en donde el imputado queda a merced del juez de manera absoluta.

El sistema de garantías pretende condicionar al *ius puniendi* del Estado en una cita básica, no se puede imponer una pena sin que exista defensa. Esta fórmula sintetiza la forma en que deben ser tratadas las tres categorías del sistema penal: pena, delito, y proceso penal.

28 Lara Espinoza, Saúl; Las garantías constitucionales en materia penal. Editorial Porrúa. México DF, 2005, p. 9.

29 Vivas, Gustavo; Derecho Procesal Penal Tomo II, Alberoni, Buenos Aires, sin fecha, p. 7.

Las garantías procesales constituyen una serie de “escudos protectores” de los individuos para que el ejercicio del poder penal del Estado no se convierta, a veces sin estar consciente de ello, en una aplicación arbitraria de la justicia en función de salvaguardar en primer orden la sociedad. La política criminal no puede perder de vista el necesario equilibrio entre la seguridad ciudadana y el respeto a las garantías procesales³⁰.

Como explica Ferrajoli³¹, la función específica del sistema de garantías no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular y, por lo tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Cada axioma o garantía tiene significación jurídica individual y en conjunto, esto significa que cada una de las garantías es precondition de la siguiente, sin que se pueda satisfacer el resto de ellas, cuando se incumple alguna. De esta manera los axiomas se encuentran eslabonados en una cadena que al faltar uno de ellos se interrumpe. Este eslabonamiento da lugar a que si falta uno no se da cumplimiento a otro.

Del respeto de estas garantías se deducen diferentes modelos o sistemas de derecho penal. Estos modelos van desde el derecho penal mínimo, que cumple con todos los axiomas del sistema garantista, hasta el derecho penal máximo, en el cual estos presupuestos o garantías no se cumplen. La base fundamental de ambos sistemas se encuentra en la idea de estricta legalidad³² y estricta jurisdiccionalidad.

30 Goite Pierre, M. Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, non bis in idem, cosa juzgada y revisión penal. En Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. El Derecho Procesal Penal en Iberoamérica, tendencias y retos. No. 24 del 2009, Nueva Época, Puebla. ISSN: 1870 – 2147.

31 Ferrajoli, L.; Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 1995, p. 274.

32 El principio de legalidad establece la máxima de no hay juicio ni pena sin ley.

En el plano procesal, el principio de jurisdiccionalidad estricta, exige que no haya pena sin juicio, pero para satisfacerlo es necesario establecer los vínculos necesarios con el resto de las garantías procesales: formulación de la acusación, carga de la prueba, tutela judicial efectiva y derecho a la defensa, de manera que podamos establecer el nexo de estas con la actividad probatoria y en especial con la práctica de inspecciones e intervenciones corporales.

La garantía judicial es necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, pero no se integra estructuralmente en estos, sino que constituye respecto de ellos un dispositivo externo que el legislador está obligado a prever, una vez que existen como tales. En el ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales en su calidad de normas de máximo rango prescriben al legislativo la articulación del régimen de garantías requerido para evitar que su proclamación pueda resultar frustrada en la práctica. Es por lo que con sobrada razón el propio Ferrajoli ha escrito que allí donde falta la garantía lo que concurre no es una suerte de no derecho, o de derecho de papel, como a veces se ha dicho, sino un incumplimiento por parte del legislador, una laguna, que debe ser denunciada como tal³³.

Ese punto de vista es el que mejor se ajusta a la naturaleza de los derechos fundamentales, e incluso del poder constituyente, cuyas determinaciones tienen ya en si mismas un verdadero estatuto normativo y, en consecuencia, aptitud para preservar un núcleo no disponible por el legislador ordinario.

La garantía o derecho a la tutela jurisdiccional³⁴ es un derecho fundamental por deriva-

33 Ferrajoli, L., Derechos y Garantías. La Ley del más débil, protocolo de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1ra ed., 1999, p. 63.

34 Rodríguez Fernández, Ricardo; Derechos Funda-

ción, en tanto resulta necesaria para dar efectividad a los derechos fundamentales, cuando fracasa la garantía primaria de éstos, gozando de idéntico estatuto las garantías procesales, o garantías frente al poder del juez en el proceso, que limitan y circunscriben el alcance de las intervenciones de aquel por la particular incidencia de su actuar sobre los bienes jurídicos más sensibles.

Para lo primero está previsto el acceso a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de acudir al juez en demanda de tutela frente a otros sujetos públicos o privados. La segunda dimensión de la garantía entra en juego durante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y, en particular, cuando se trata de la justicia penal, precisamente para evitar que se puedan producir desviaciones en su ejercicio.

El derecho a la jurisdicción, desde esta perspectiva, integra el derecho a la existencia de una determinada forma de organización y a que la actuación de ésta se desarrolle conforme a ciertos procedimientos legalmente preestablecidos.³⁵

El derecho a la justicia, no identificado con las pretensiones individuales de cada ciudadano o ciudadana, es el derecho a una recta e imparcial administración de la justicia por parte de quienes ejercen la función jurisdiccional.

El reconocimiento de este derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar al órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal tenga derecho, recono-

ciéndole tal derecho a la Fiscalía o Ministerio Fiscal como parte del proceso que se concreta desde dos puntos de vista fundamentales; uno que le confiere el derecho como parte del reconocimiento de la titularidad de ese derecho, en tanto que es parte en el proceso y legitimada para estar en él; y en otro sentido porque le corresponde a este como órgano promover la actuación de la justicia en interés de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público del tutelado por la ley.

La protección a la integridad corporal es otra de las garantías que integran la protección judicial del imputado en el proceso penal, esta prohíbe las penas crueles, las torturas, así como todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano³⁶.

Respecto a las violaciones a la integridad personal es menester entender por tortura a todos acto por el cual un funcionario público provoque intencionalmente por sí o por tercero a un ser humano, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, o cause grave perjuicio a su salud, con la finalidad de obtener de él alguna información, confesión, o material probatorio que le permita establecer la responsabilidad de un hecho, en este último caso sin el debido respeto a las formas procesales establecidas para ello, y sin respecto de los derechos fundamentales y garantías que este tiene como ciudadano.

Al referirnos a esta garantía, que a la vez se erige como derecho fundamental no podemos dejar de referenciar su estrecha relación

mentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Nocións Básicas Jurisprudencia Esencial, Colección Proceso Penal Práctico, Editorial Comares, Granada, 2000, P. 154.

35 Sobre el derecho a la tutela judicial como derecho a organización y procedimiento puede verse Aparicio Pérez, M. A., "El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva", en Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, núm. 1, monográfico sobre El Poder Judicial, Universidad de Granada, 1988, p. 75 y ss.

36 Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 26, inc. 2 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; Art. 5 numerales 1 y 2 de la Convención Americana sobre los derechos humanos; y los Arts. 7 y 10 num. 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

con la práctica de inspecciones e intervenciones corporales teniendo en cuenta que se trata de uno de los derechos que mayormente se ve afectado con esta práctica a partir de los perjuicios para la salud que pueden traer como consecuencias.

Para el debido proceso como garantía, el principio de proporcionalidad representa sin dudas el equilibrio entre el derecho a castigar como potestad del Estado y el derecho de los individuos; en otras palabras, tanto el primero, a través de los gobernantes, como los segundos en calidad de gobernados, deben mantenerse en iguales condiciones, respetando la igualdad como principio estructural del proceso penal.

Esta igualdad respalda a su vez en el proceso, el hecho de presumir inocente al imputado hasta tanto no quede demostrada su culpabilidad, se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada³⁷. Esto significa que debe imperar la inocencia consagrada en la norma constitucional, de tal manera que, desde el momento en que se inicia un proceso penal, se mantendrá el estado de inocencia del imputado como garantía procesal.

La presunción de inocencia además de ser una garantía constitucional, es sin dudas una garantía procesal, que afianza el status natural de quien se somete al proceso penal y el principio de legalidad en la búsqueda de un equilibrio entre el *ius puniendi* y el derecho de los imputados, en correspondencia con el contenido esencial del principio de proporcionalidad.

Sin embargo la realización durante la etapa de investigación de actos que demuestren

o no la culpabilidad del imputado es una realidad, como pueden ser las inspecciones e intervenciones corporales, cuyas prácticas deberán garantizarse en condiciones tales que sus resultados probatorios sean válidos, pues en los casos en los que los presupuestos de validez no sean cumplidos nos encontramos ante la necesidad de invalidar dichos elementos aún y cuando sean resultados aportados por la investigación científica sobre ellos realizada.

Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán valor alguno a los efectos del proceso. Las pruebas deben ser obtenidas lícitamente pues de ocurrir lo contrario existe una violación a la garantía y por tanto la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida, se trata del respeto a garantías constitucionales todas, protectoras del respeto a los derechos individuales del imputado en cualquier momento del proceso, esencialmente en la instrucción, donde la práctica probatoria a partir de los avances de la ciencia y la técnica se convierte cada vez más en un reto para el derecho procesal, y dentro de este para el derecho probatorio, que debe garantizar las vías y los mecanismos de hacer efectiva su práctica llevando de la mano como herramientas de vital importancia todo el conjunto de garantías del proceso que hacen que este sea cada vez más humano.

De los retos a los que se enfrenta el proceso penal en la actualidad una parte importante de ellos se ubican dentro del derecho probatorio y de este en la práctica de inspecciones e intervenciones corporales, que si bien no podemos decir que se trate de una novedad en la práctica jurídico – penal, si resulta extremadamente controvertido como resultado del acelerado desarrollo científico técnico, a lo que se une que su reglamentación y regulación jurídica no se encuentre atemperada a las exigencias de protección de los derechos

37 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 9 y 11 num 1.

fundamentales, razón por la que tenemos que verlo hoy, como un reto a la reforma procesal que se lleva a cabo en la comunidad internacional en materia procesal, pues su práctica desproporcional y sin estar establecido en la Ley, roza con sensibilidades tales como la vulneración de derechos fundamentales y garantías constitucionales, generando nulidades procesales con la consecuente afectación a la economía procesal y a la seguridad jurídica ciudadana; tema que indudablemente nos impone dedicar tiempo a la reflexión..

Una razón más para transitar por los senderos que nos conducen a tener un proceso

penal más humano, donde el respeto a los derechos fundamentales sea el pilar sobre el que se sustente cualquiera que sea la práctica que se realice, máxime cuando hablamos de un Estado de Derecho, en ese camino estamos, y aportar un granito de arena a un proceso penal más justo para el ser humano, es el horizonte. El enfoque constitucional de un tema que nos lleva por los derroteros de la investigación criminal en el proceso penal, debe partir de la clásica afirmación de Carnelutti de que en el proceso penal “no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino para saber si son culpables o inocentes”.³⁸

38 Carnelutti, F., *Las Miserias del Proceso Penal*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959, p.75.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez Tabio, F.; Comentarios a la Constitución Socialista, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988.
- Aparicio Pérez, M. A., “El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva”, en Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, núm. 1, monográfico sobre El Poder Judicial, Universidad de Granada, 1988.
- Arroyo Baltrán, Lenin T.; Las garantías individuales y el rol de protección constitucional, arroyo ediciones, Manta, 2002.
- Atienza, M.; Política y Derechos Humanos, Fernando Torres – Editor, Valencia, 1976.
- Ávila Santamaría, Ramiro; Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal; 1ra edición, V&M Gráficas, Quito, 2009.
- Baumann, Jürguen; Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2008, P. 193.
- Bernal Pulido, C.; El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2da Edición, CEPC, Madrid, 2005.
- Bobbio, Norberto; Contribución a la teoría del Derecho, Fernando Torres Editor S.A., Valencia, 1980.
- Cabanellas, G.; Diccionario enciclopédico de derecho usual, Editorial Heliasta, Tomo V, Buenos Aires, 1997.
- Cafferata Nores; La prueba en el proceso penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Carnelutti, Francesco; Las Miserias del Proceso Penal, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959.
- _____; Sistema de Derecho procesal civil, I. Introducción y función del proceso civil, trad. De Alcalá Zamora y Castillo y Sentis Melendo, UTEHA, Argentina, 1944.
- _____; La prueba civil, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.
- _____; Lecciones sobre el proceso penal, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1950.
- _____; Cuestiones sobre el proceso penal, trad. Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1960.
- Conso G.; *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969.
- Cutie Mustelier, Danelia; Tesis en opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas; El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba, La Habana, 1999.

- Díez – Picazo, Luis María; Sistema de Derechos Fundamentales, 2da Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2005
- Ferrajoli, L; Derechos y Garantías. La ley del más débil, prólogo de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1ra ed., 1999.
- _____; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995.
- _____; Derecho Penal Mínimo y otros ensayos, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Aguascalientes, México, 2008.
- Fix – Zamudio, H.; La protección jurídica y procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales, Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- _____; Constitución y proceso civil en Latinoamérica, Mixred UNAM, 1974, p. 106, citado por Hoyos, A., en Debido Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1998.
- Foucault, Michel; Microfísica del Poder, Ed. La Piqueta, Madrid, 1980.
- García de Enterría, Eduardo; La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Civitas, Madrid, 1995
- García Morillo, J.; El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- Gimeno Sendra, Vicente; Lecciones de Derecho Procesal Penal, Primera Edición, 2001, Madrid, España.
- Goite Pierre, M. Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, non bis in idem, cosa juzgada y revisión penal. En Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. El Derecho Procesal Penal en Iberoamérica, tendencias y retos. No. 24 del 2009, Nueva Época, Puebla
- Lara Espinoza, Saúl; Las garantías constitucionales en materia penal. Editorial Porrúa. México DF, 2005.
- Martín Borowski; La estructura de los derechos fundamentales, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Maurizio Fioravanti; Constitución. De la Antigüedad a nuestros días., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001.
- Orgaz, A.; Diccionario de derecho y ciencias sociales, Editorial Alessandri, Argentina.
- P. Häberle; La libertad fundamental en el Estado constitucional, trad. del italiano de C. Ramos y A. Luya, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Peces – Barba, G.; Derechos Fundamentales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986.

- Pérez Luño, A.; Los Derechos Fundamentales, Madrid, 1984, p.46. Seara Vazquez, Derecho Internacional Público, Ed. Porrúa, México, 1982.
- Pérez Royo, J.; Conferencia sobre derechos fundamentales, dictado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1995.
- Pérez Tremps; Tribunal Constitucional y poder judicial, Madrid, 1985
- Recaséns Siches, L.; Tratado General de Filosofía del Derecho. 14 edición, Editorial Porrúa. México, 1999.
- Real Academia Española; Diccionario de la lengua española, Vigésima primera edición, Tomo I, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2000.
- Robert Alexy; Teoría de los derechos fundamentales, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Rodríguez Fernández, Ricardo; Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Nociones Básicas Jurisprudencia Esencial, Colección Proceso Penal Práctico, Editorial Comares, Granada, 2000.
- Rolla Giancarlo; Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- Vivas, Gustavo; Derecho Procesal Penal Tomo II, Alberoni, Buenos Aires, sin fecha.
- Zafaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal parte general, 2da Edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002.
- _____ ; y Elias Carranza, coordinadores; Los derechos fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina. Editorial PORRÚA, SA de CV, Mexico DF, 2007

REVISTAS Y ARTÍCULOS

- Antonio del Moral García; Intervenciones Corporales: reflexiones antes la inminente enésima reforma de la ley de enjuiciamiento criminal, Constitución y Garantías Penales. Cuadernos de Derecho Judicial XV – 2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.
- Fernández Bulté, J., Enfoque Constitucional Cubano de los Derechos Humanos y su Protección. Seminario sobre Derechos Humanos, en Revista del IIDH, Costa Rica, 1997.
- Gorphe Francois; De la apreciación de la prueba, Capítulo IV, Ed. Jurídicas Europa - América, Bosh y Cía. Editores Buenos Aires, Divulgación Jurídica No.2, Año 1984.
- Moreno Catena, Víctor; Garantías de los Derechos fundamentales en la investigación penal, Revista del Poder Judicial, Número Especial II, Justicia Penal.

MATERIALES DE INTERNET

- Convenio de Roma, Disponible en www.losderechoshumanos.com.ar/estatuto.html Consultado el día 5 de diciembre de 2010.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Disponible en www.lexpractica.galeon.com/album751983.html Consultado el 23 de enero 2011.

DOCTRINA NACIONAL

LA ESTAFA DE SEGURO

Dr. Francisco Castillo González

Profesor Emérito de la Universidad de Costa Rica

Resumen: El presente artículo desarrolla el tema del delito de estafa de seguro, tipificado en el artículo 220 del Código Penal. Para ello, en la primera sección se hace una reseña histórica sobre la estafa de seguro; posteriormente, se examina el bien jurídico tutelado de este delito. Luego, en la siguiente sección, se estudia el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En la sección tercera se estudia las formas de manifestación del delito (autoría y participación, consumación y tentativa, y concursos) y la penalidad del delito. Finalmente, se hacen algunas consideraciones de *lege ferenda*.

Palabras clave: Derecho Penal, seguros, estafa de seguro.

Abstract: This paper develops the theme of the crime of insurance fraud, punishable under Article 220 of the Criminal Code. For this purpose, the first section provides a historical overview of insurance scam; subsequently, it examines the legal asset of this crime. Then in the next section, the objective and subjective offense is studied. In the third section forms of manifestation of crime (authorship and participation, completion and attempted, and cumulative charging) and the penalty of the crime are studied. Finally, some *lege ferenda* considerations are made.

Keywords: Criminal Law, insurance, insurance scam.

1.- El artículo 220 del Código Penal, referente a la estafa de seguro, establece lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con treinta a cien días multa, el que, con el propósito de lograr para sí mismo o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal, destruyera, dañare o hiciere desaparecer una cosa asegurada. Si lograre su propósito, la pena será la contemplada en el artículo 223.

Iguals penas se aplicarán al asegurado que con el mismo propósito se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio”.

Para entender este artículo nos será necesario primero hacer una breve reseña histórica sobre la estafa de seguro y con posterioridad examinar cuál es el bien jurídico tutelado por el tipo penal del Art. 220 Cód. pen. Esta primera tarea la emprendemos en la sección I. En la sección II estudiaremos el tipo objetivo y subjetivo de la estafa de seguro y en la sección III las formas de manifestación de la estafa de seguro (consumación y tentativa, de autoría y participación y concursos) y la penalidad del delito. Al final haremos algunas consideraciones *de lege ferenda* y daremos la bibliografía.

SECCIÓN I- HISTORIA Y BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LA ESTAFA DE SEGURO

A.- HISTORIA GENERAL DE LOS SEGUROS Y DEL DELITO DE LA ESTAFA DE SEGURO

2.- Los seres humanos han sentido la necesidad de asegurarse contra peligros que existen en el futuro. Esta necesidad se manifestó ya desde la antigüedad. Los asirios crearon asociaciones cuyos miembros disponían de fondos para indemnizar a sus miembros

por los daños causados por situaciones imprevistas causadas por el fuego y la sequía¹. En tiempos de Hamurabi, dos mil años antes de Cristo, los comerciantes constituían asociaciones cuyos miembros eran responsables por las pérdidas que sufrieran los miembros de una caravana, pérdidas que debían ser indemnizadas por la respectiva asociación².

Los griegos desarrollaron la idea de un seguro marítimo. Una vez que la hegemonía griega fue sustituida por la romana, los romanos aceptaron la idea griega de una comunidad de riesgo para todos los viajeros y para los dueños de la embarcación, en caso de que hubiera que echar parte de la carga al mar (derecho de ‘echazón’) o hacer el trasbordo de la mercadería de una nave a otra (“alijo”), para salvar la nave, el resto de la carga y a sus pasajeros y tripulantes. Estas reglas se conocieron con el nombre de “*Lex rhodia de jactu*”, reguladas en el Digesto, 14, 2, 9 y las Sentencias de Paulo (2, 7)³. En el Derecho Romano, sin embargo, la idea del seguro no era independiente, sino que aparecía asociada a contratos diversos⁴. Así, los juristas romanos consideraron la regla de la *lex Rhodia* como una cláusula que funcionaba en el contrato de “locación de obra” (“*locatio conductio operis*”), porque se consideraba que el transporte de mercaderías era una “*opus*”, que estaba a cargo del armador (“*locator*”) o capitán de la nave (“*magister navis*”). El capitán de la nave era el responsable de hacer la imputación de

1 Así, Müller, Ehrenzweigs Assekurans, Jahrbuch, 1883, Band 4, Teil 3, págs. 10 ss.

2 Así, Schad, Diss. München, 1965, pág. 11 s.; Schröder (Regine), 2000. pág. 26.

3 Así, Di Pietro, “Los riesgos de los viajeros en el derecho romano”, 2001, en, “Derecho de seguros”, homenaje al Profesor Juan Carlos Felix Morandi, págs. 708 ss.

4 Así, Goldschmidt, Levin, ZHR, Band. 16 (1871), págs. 287; Goldschmidt, Levin, ZHR, Bd. 3 (1860), págs. 58 ss.

obligaciones para la liquidación de las indemnizaciones. Los cargadores perjudicados con la “echazón” de las mercaderías al mar tenían contra el capitán la “*actio locati*” para obtener la parte debida, mientras que el capitán gozaba de la “*actio conducti*” contra los cargadores cuyas mercancías hubieran sido salvadas, a los efectos de hacerles pagar su cuota- parte⁵.

3.- En la Edad Media hay algunas instituciones que regularon los seguros. Tal es el caso de el “*Capitulare Franciscum*” de 779 después de Cristo, en tiempos de Carlos Magno⁶. También se cita la legislación islandesa de 1118 después de Cristo, en la que se regulaban los daños causados por el fuego o la muerte del ganado a los miembros de la comunidad⁷. Sin embargo, es en los países mediterráneos y en el campo de los viajes marítimos en donde se desarrollan los seguros como industria económica. A ello contribuyó el desarrollo de algunas ciudades italianas, el desarrollo del comercio, la necesidad del transporte marítimo y la inseguridad que había en todo el Mediterráneo. Por estas razones se formó un seguro de transporte marítimo por el cual debía pagarse una cuota (prima); el asegurado recibía una compensación económica cuando ocurría el riesgo asegurado. El asegurador tenía un derecho a la prima (cuota) como indemnización por el peligro corrido. Este mecanismo está contenido en el documento más antiguo conocido, que es uno de la ciudad italiana de Pisa del año 1384⁸. Otro

documento posterior de la ciudad italiana de Florencia del año 1397 describe lo mismo. De las ciudades italianas se extendió la idea del seguro marítimo a Francia, España, Portugal, Inglaterra y Holanda. Las ordenanzas de Barcelona de 1435, 1436, 1458, 1461 y 1484 codificaron el derecho de seguro marítimo⁹.

4.- Con el descubrimiento de América, la corona española instituyó la Casa de Contratación de las Indias Occidentales, que realizó una ordenanza de 21 de noviembre de 1507, tendiente a regular los abusos en la contratación de seguros y préstamos a la gruesa. Importantes fueron las ordenanzas de seguros redactadas por el consulado de Bilbao, especialmente las de 1737, que llegaron a regir en Latinoamérica hasta que se produce la independencia.

Con posterioridad a los seguros marítimos surgieron los seguros de incendios, de vida y otras formas de seguro.

5.- Los códigos penales europeos, de relevancia para nuestro derecho, se dividen en dos grupos: en los que consagran el delito de estafa de seguro y en los que no tienen disposición alguna al respecto. Igual pasa en los códigos penales latinoamericanos, que se reparten entre los que regulan la estafa de seguro y los que no tienen disposición alguna al respecto.

1.- CÓDIGOS PENALES EUROPEOS Y LATINOAMERICANOS QUE CONTEMPLAN LA ESTAFA DE SEGURO

6.- Uno de los primeros códigos penales en establecer un delito de estafa relacionado con seguros de incendio fue el Código

5 Así, *Di Pietro*, “Los riesgos de los viajeros en el derecho romano”, 2001, en, “Derecho de seguros”, homenaje al Profesor Juan Carlos Felix Morandi, págs. 708 ss (710).

6 Así, *Wilda*, 1831, págs. 36 s.

7 Así, *Bruck*, 1930, pág. 8; *Schröder (Regine)*, 2001, pág. 26.

8 Así, *Schad*, 1965, pág. 13; *Schröder (Regine)*, pág. 2001, pág. 27.

9 Así, *Bruck*, 1930, pág 6; *Schröder (Regine)*, 2001, pág. 27.

general de Prusia (*Preussische Allgemeine Landrecht*) de 1794, cuyo § 1520, II Parte, Título XX, Capítulo XVII, castigaba el daño con peligro común. Este § 1520 decía¹⁰: “*Quien por medio de la propagación del fuego a su propiedad (asegurada) busque extenderlo o estafar a otro, será castigado con la misma pena aplicable a aquel que incendie propiedad ajena...*”.

El Código Penal prusiano de 1851 siguiendo el mismo pensamiento del *Allgemeine Landrecht* colocó en el capítulo dedicado a las estafas el § 244, que castigaba a quien, con la intención de realizar una estafa, hundiera o hiciera encallar o le prendiera fuego a un barco que estuviera asegurado con la intención de cometer una estafa de seguro.

7.- El párrafo 244 del Código Penal prusiano de 1851 fue copiado casi literalmente por el § 260 del Código Penal de la Federación Alemana del Norte de 31 de mayo de 1870, el cual pasó a ser el § 265¹¹, con modificaciones hechas en 1998¹², del Código Penal alemán vigente.

10 Según cita de Schröder, Regine, 2001, pág. 28.

11 Así, Schroeder, JR 1975, pág. 71. Antes de la reforma de 1998 decía el § 265 lo siguiente: “I.- Quien prenda fuego con intención fraudulenta a una cosa asegurada contra incendios, o haga hundirse o encallar un barco que esté asegurado como tal o su carga o sus portes, será castigado con pena de privación de libertad de uno a diez años. ---II.- En casos de menor gravedad la pena será de privación de libertad de seis meses a cinco años”.

12 Mediante la 6. StrRG de abril de 1998 fue reformado el § 265 el cual dice ahora, según cita de von Heintschel-Heinegg, 2010, § 265: “(1) Quien dañe, destruya, suprima o elimine la utilidad o abandone a su suerte en manos de otro una cosa asegurada contra naufragio, daños, lesión de su utilidad, pérdida o contra hurto, para obtener para sí o para que otro el monto de un seguro, será sancionado con pena de privación de libertad hasta de tres años o con pena de multa, cuando el hecho no esté sancionado en § 263.---- (2) La tentativa es punible”.

En la doctrina alemana ha habido discusión sobre si era necesario el tipo penal del delito de estafa de seguros. Desde la creación del antiguo § 265 hasta el § 265 reformado en 1998 nadie ha estado satisfecho con el tipo penal creado por el legislador alemán.

El seguro marítimo en Alemania, que nunca ha sido una potencia marítima, fue catalogado por Suchan¹³ como una rareza de la justicia penal. El antiguo § 265 del Código Penal alemán ha sido catalogado como un “error del legislador”¹⁴, como “un fósil en el verdadero sentido de la palabra”¹⁵, como “tránsfuga legislativo”¹⁶, o como “insatisfactorio y anticuado”¹⁷.

En la doctrina alemana no faltaron esfuerzos dirigidos a reformar el antiguo § 265 del Código Penal alemán en el siglo XX. De estos esfuerzos algunos querían reformar el antiguo § 265 para adaptarlo a la nueva realidad de los seguros pero otros consideraban el antiguo § 265 como innecesario y querían abolirlo. Estas tendencias se reflejan en los proyectos de Código Penal alemán habidos durante el siglo XX. Por ejemplo, los proyectos alemanes de 1909 de Código Penal no contienen disposición alguna sobre la estafa de seguro, lo mismo que el contraproyecto presentado en el año 1911 por los profesores Kahl, von Lilienthal, von Liszt y Goldschmidt¹⁸. En cambio, los proyectos de Código Penal alemán de 1913, 1910, 1925, 1927, 1930, 1936, 1938, 1939 y 1962 introdujeron un artículo sobre la estafa de seguros¹⁹, que no difería sustancialmente del § 265 del Código Penal

13 Así, Suchan, 1972, pág. 98.

14 Así, Kastner, 1928, pág. 47; Oberhansberg, 1930, pág. 42; Matchewsky, 1934, pág. 8.

15 Así, Kohlhaas, VersR 1965, págs. 1 ss. (3).

16 Así, Seier, ZStW 105 (1993), págs. 321 ss. (324),

17 Así, Ebel, Jura 1997, págs. 187 ss. (189).

18 Así, Schröder, Regine, 2000, pág. 30.

19 Así, Schröder, Regine, 2000, pág. 31.

alemán vigente. Precisamente estos esfuerzos dirigidos a conservar el delito de estafa de seguro desembocaron en la nueva redacción del § 265 del Código Penal alemán, aprobado en 1998 y que hemos citado.

8.- El § 151 del Código Penal austriaco vigente prevé el abuso de un seguro. Este párrafo tiene tres partes: la primera, dedicada a la definición del tipo penal; la segunda, dedicada a regular el arrepentimiento activo, que tiene como presupuesto que no haya habido investigaciones del hecho por una autoridad; y la tercera, dedicada a definir el concepto de autoridad que debe aplicarse para efectos de establecer cuándo hay o no arrepentimiento activo. Para nuestros propósitos importan las primeras partes del § 151. Dice el § 151²⁰ del Código Penal austriaco lo siguiente:

“(1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 días quien con el dolo de obtener el pago de un seguro para sí o para otro,

1.- Destruya, dañe o haga dañar una cosa asegurada contra destrucción, daños, pérdida o hurto.

2.- Se lesione a sí mismo o lesione a otro en su cuerpo o en su salud o se haga lesionar, si el hecho es punible por los §§ 146, 147 y 149.

(2) No es punible, de acuerdo al apartado 1, quien, antes de recibir el monto del seguro y antes que una autoridad haya tenido conocimiento de su culpabilidad, de manera voluntaria desista de continuar con sus acciones”.

Lo característico de este § 151 del Código Penal austriaco es que contiene dos formas de cometer el delito de estafa de seguro:

la primera es por medio de destruir, dañar, etc. una cosa con la finalidad de lograr el cobro ilegal de un seguro sobre la cosa asegurada contra hurto, destrucción, etc.; la segunda forma se refiere a los casos en los que el agente tenga un seguro personal que cubre lesiones o infortunios en el cuerpo o en la salud y el agente abusa de este seguro y se causa a sí mismo, causa a un tercero o se hace causar daños en el cuerpo o en la salud con la finalidad de lograr el cobro ilegal de un seguro. El tipo penal previsto en el § 151 del Código Penal austriaco tiene las dos variantes que tiene nuestro artículo 220 del Código Penal.

9.- El artículo 414 del Código Penal de Zanadelli (1889) previó la estafa de seguro²¹. El Código Penal italiano de 1930, vigente hoy día, previó la estafa de seguro en el artículo 642, cuyo título es *“Fraudulenta destrucción de la cosa propia y mutilación fraudulenta de la propia persona”*. Dice el artículo 642 del Código Penal italiano vigente lo siguiente²²: *“Quien, con el fin de conseguir para sí o para otro el precio de un seguro contra infortunios, destruye, dispersa, deteriora u oculte cosas de su propiedad es castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa hasta de dos millones.-----La misma pena será aplicable a quien, con el fin predicho, se causa a sí mismo una lesión personal.... o agrava las consecuencias de la lesión personal producida por un infortunio. ----- Si el culpable logra su propósito, la pena es aumentada.----Las disposiciones de este artículo se aplican también si el hecho ha sido cometido en el extranjero en daño de un asegurador italiano que ejerce su industria en el territorio del Estado, pero el delito es punible si hay querrela de la persona ofendida”*.

²⁰ Según cita de *Haberl-Hofreiter*, 1981, pág. 217,

²¹ Así, *Maggiore*, volumen V, 1972, pág. 145.

²² Según cita de *Gatti/Marini*, 1992, pág. 245.

10.- Varios códigos penales latinoamericanos tienen disposiciones sobre la estafa de seguros que son en realidad actos preparatorios de la estafa general. Tal es el caso de Código Penal de Argentina (Art. 174 inciso 1), Brasil (Art. 171, V), Bolivia (Art. 338, 339), Chile (470 inc. 2º), El Salvador (216 inc, 4); Guatemala (Art. 265, 266), Honduras (art. 242, incisos 11 y 12 y 265), Panamá (Art. 222) y Costa Rica (Art. 220).

2.- CÓDIGOS PENALES EUROPEOS Y LATINOAMERICANOS QUE NO TIENEN UN TIPO PENAL REFERENTE A LA ESTAFA DE SEGURO

11.- Algunos códigos penales europeos, de importancia para el desarrollo de nuestro derecho, no tienen la figura de la estafa de seguro.

No hay una disposición que reprima la estafa de seguro en los códigos penales francés, suizo y español. En estos códigos penales los casos de estafa de seguro se resuelven aplicando la normativa general de la estafa.

Cuando se castiga el delito de estafa de seguro normalmente se transforman en delito independiente acciones preparatorias del delito de la estafa general²³. Códigos penales como el francés, el suizo o el español prescinden de una incriminación de algunos actos preparatorios de la estafa a través de la estafa de seguro y prefieren castigar directamente el delito de estafa cuando la haya. En este sentido, por ejemplo, se ha pronunciado la jurisprudencia francesa sobre la estafa de seguro. La Casación Criminal francesa²⁴ ha dicho que prender fuego a una cosa propia asegurada o

hacer una declaración de un siniestro ficticio no son estafas punibles si una u otra cosa no son seguidas de una demanda de indemnización, pues se trata de un simple acto preparatorio. Por el contrario, hay tentativa de estafa en el acto de quien habiendo destruido su cosa asegurada, hace una demanda de indemnización, aunque no haya recibido el importe del seguro²⁵. Lo mismo ocurre cuando un accidente es agravado por el propio lesionado. El problema es si el asunto quedó en el estadio de actos preparatorios, porque el agente no presentó demanda o si hay tentativa, porque el agente presentó la demanda de indemnización. Lo mismo ha resuelto la Casación francesa con relación al fraude con seguros de desempleo o a la seguridad social. Puede haber falsas declaraciones sobre despido, sobre el robo de una cosa asegurada, etc. Tales declaraciones son actos de ejecución (tentativa) si son parte de la documentación de una demanda dirigida a cobrar el seguro. De contrario, son simples actos preparatorios²⁶.

12.- Algunos códigos penales latinoamericanos no prevén el delito de estafa de seguro como delito que castiga actos preparatorios de delito de estafa general. Tal son los códigos penales de Cuba, de Ecuador, de República Dominicana, de Perú y de Venezuela. Los casos de actos fraudulentos con el cobro de un seguro en estos códigos penales o entran en las disposiciones de estafa general, caso en el cual deben representar actos de ejecución del delito de estafa, o son impunes por ser actos preparatorios.

23 Así, *Kienapfel*, BT, II, 1988, § 152, Rdn. 3.

24 Así, Cass. Crim. 22 mai 1984, D., 1984, 602, note Robert, según cita de *Pradel/Danti-Juan*, 1995, pág. 559, # 813.

25 Así, entre otras, Cass. Crim. 13 de mars de 1989, según cita de *Pradel/Danti-Juan*, 1995, pág. 559, # 813.

26 Así, *Penhoat*, "Droit Pénal", 1987, págs. 69, 70.

3.- EL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO EN LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

13.- En nuestra historia independiente, el contrato de seguro aparece mencionado en el Código General de Carrillo, primera parte, dedicada al Derecho Civil, en el artículo 1319. Este artículo decía²⁷: “*El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y pérdidas, sea por todas las partes, sea por una o muchas de ellas, dependen de un acontecimiento incierto: tales son el contrato de seguro, el juego y la apuesta. El primero se rige por las leyes marítimas*”.

El artículo 1319 del Código General de Carrillo fue derogado por el Código de Comercio de 6 de junio de 1853, que regulaba la materia de seguros en el apartado de “Conducción terrestre” (Arts. 364 a 372) y en “Conducción marítima” (Art. 780 a 869). Dice don Carlos Monge Alfaro²⁸ que tales disposiciones no tuvieron mayor aplicación porque la realidad económica del país de la época, de corte eminentemente agrícola, no daba posibilidades para ello.

14.- En cuanto a la previsión del delito de estafa de seguro en los diferentes Códigos Penales que ha tenido Costa Rica a través de su historia, podemos decir lo siguiente:

(1) El Código General de Carrillo nada dispuso sobre la estafa de seguro. Quizás el silencio de este Código se debió a que consideró que los casos que podrían presentarse con seguros serían resueltos por medio del tipo penal general de la estafa, previsto en el artículo 637 de ese Código.

(2) El artículo 492 inciso 2 del Código de 1880 prohibía a los capitanes de un buque, fuera de los casos autorizados por la ley, tomar dinero a la gruesa sobre el casco o la quilla del barco. Dice este artículo que se aplicarán las penas establecidas en el artículo anterior:

“2º.- A los capitanes de buques que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, *tomaren dinero a la gruesa sobre su casco o su quilla*, giraren letras a cargo del naviero, enagenaren (*Sic*) mercaderías o vituallas o tomen provisiones pertenecientes a los pasajeros”.

Y el inciso 6º del mismo artículo castigaba con igual pena: “A los que con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, *celebraren dolosamente contratos aleatorios*, basados en dichos datos o antecedentes”.

El préstamo a la gruesa es un contrato aleatorio en el cual una persona (dador) presta a otra cierta cantidad de dinero sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo la condición de que, *pereciendo estos objetos, pierde el dador la suma prestada y, llegando a buen puerto los objetos, devuelve el tomador la suma recibida en préstamo con un premio estipulado*²⁹. El préstamo a la gruesa, llamado también a la gruesa aventura o préstamo a riesgo, es un préstamo aleatorio y condicional, pactado siempre con una garantía, que debe destinarse al buque o a su cargamento. El préstamo a la gruesa puede ser voluntario (hecho por el naviero para procurarse fondos) o el llamado necesario (el que la ley autoriza a gestionar al capitán en ciertos casos encontrándose de viaje). El Código Penal de 1880 no prohíbe el préstamo a la gruesa, autorizado y conforme a la ley, sino el que realicen los capitanes de buques fuera de los casos y sin

27 Según cita de Monge Alfaro, 1994, pág. 18.

28 Así, Monge Alfaro, 1994, págs. 18 y s.

29 Cfr. Donna, Tomo II-B, 2001, pág. 514.

las formalidades prevenidas por la ley. Especialmente pone énfasis el artículo 492 inciso 2º en la prohibición de tomar dinero a la gruesa sobre el casco y la quilla del buque, porque en tal caso, conforme a las leyes del mar, se entenderán afectos a la responsabilidad por el préstamo también los aparejos, los petrechos y demás efectos, los víveres, el combustible, la máquina y los fletes obtenidos en el viaje del préstamo.

El inciso 6 prohíbe celebrar dolosamente contratos aleatorios, basados en datos o antecedentes que él sabe falsos y que oculta al otro contratante. Por ejemplo, en un préstamo a la gruesa para transporte de un ganado, el tomador del préstamo, conociendo que hay animales enfermos que serán transportados y sobre los que recaerá el préstamo, oculta el hecho de la enfermedad al prestamista.

(3) El artículo 384 del Código Penal de 1924 castigó al que *“para procurarse a sí mismo un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un prestamista a la gruesa, incendiare o destruirere una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén asegurados, o sobre los cuales se haya verificado un préstamo a la gruesa...”*. Este artículo, con variaciones de detalle, corresponde al artículo 174 inciso 1º del Código Penal argentino actualmente vigente³⁰.

(4) El artículo 282 inciso 16 del Código Penal de 1941 cambió de paradigma en la represión de la estafa de seguro. Dice este inciso lo siguiente: *“El que con el fin de obtener*

para sí o para un tercero el precio de un seguro o algún otro provecho ilícito, destruirere, ocultare o deteriorare una cosa de su propiedad, o se infiriere o se hiciere inferir una lesión personal o agravare voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido, sin perjuicio de las otras penas en que puede incurrir, si el hecho está reprimido en otro lugar del presente Código”.

(5) El artículo 220 del Código Penal de 1970, vigente hoy día, que contempla la estafa de seguro, es una copia casi literal del artículo 217 del Proyecto de Código Argentino³¹, *que nunca fue ley en Argentina, pero que llegó a nosotros muy probablemente por medio del Proyecto Soler para Guatemala*. Hemos citado al inicio de nuestro estudio el texto del artículo 220 del Código Penal nuestro vigente, por lo cual no vamos a repetirlo.

15.- En el Código Penal de 1880 se protege al prestamista a la gruesa con el tipo penal que castiga el fraude. En el Código Penal de 1924 se protege al prestamista a la gruesa y al asegurador. En los Códigos Penales de 1941 y de 1970 se protege básicamente al asegurador y se deja de lado al prestamista a la gruesa, que no es un asegurador en sentido estricto, sino uno de los participantes en un contrato aleatorio.

Esta evolución está de acuerdo con la evolución de la economía no solo nacional

30 Según cita de Figari, tomo II, 2010, pág. 245, dice el artículo 174 inciso 1 del Código Penal argentino lo siguiente: “Sufrirá prisión de dos a seis años: 1. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiara o destruirere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”.

31 Dice el artículo 217 del Proyecto de Código Penal argentino, según cita de Figari, II, 2001, pág. 246: “El que, con el propósito de lograr para sí mismo o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal, destruirere, dañare o hiciere desaparecer una cosa asegurada, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con multa de treinta a cien días. Iguales penas se aplicarán al asegurado que con el mismo fin se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio”.

sino también mundial. Mientras que el préstamo a la gruesa ha caído en desuso, los seguros de todo tipo se han multiplicado, a tal punto que hoy día no puede funcionar la actividad de importación y exportación de un país sin las distintas clases de seguros.

B.- BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO PENAL

16.- En 1993 decía Seier³² que “*El bien el bien jurídico del § 265 StGB*” (nuestro Art. 220 Cód. pen.) “*no se deja agarrar fácilmente*”. Hay discordia entre los autores sobre cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de estafa de seguro. A través de los años, se han desarrollado en la doctrina alemana diversas concepciones sobre el bien jurídico. Estas concepciones deben examinarse tomando en cuenta las variaciones históricas en las legislaciones.

(1) Unos consideran que el tipo penal de la llamada estafa de seguro protege de manera exclusiva el patrimonio individual de la empresa aseguradora³³. Esta tesis se apoya en la

referencia del elemento subjetivo del Art. 220 Cód. pen. a la estafa (“*el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal*”), en la posición sistemática de la estafa de seguro dentro de los delitos contra la “propiedad” (patrimonio) y en la limitación del tipo penal a determinadas clases de seguros³⁴. La protección de la función social de la empresa aseguradora no es un bien jurídico tutelado independientemente sino un reflejo de la protección al patrimonio de la empresa aseguradora³⁵

(2) La opinión dominante considera que la estafa de seguro protege un bien jurídico perteneciente a la comunidad (bien jurídico supraindividual), que es la conservación de la capacidad de funcionamiento y de dar servicio de las sociedades de seguros³⁶.

(3) Otros autores son partidarios de una opinión intermedia, Para ellos bienes jurídicos protegidos por la estafa de seguro son el patrimonio de la empresa de seguros y la utilidad general de una empresa de seguros con capacidad de funcionamiento³⁷.

32 Así, Seier, ZStW Bd. 105), 1993, págs. 321 ss. (329).

33 Así, entre otros, *Bockelmann*, BT, 1, 1982, pág. 101 ss; *Bockelmann*, SJZ 1950, pág. 683 s *Bröckers*, 1999, pág. 94. *Bussmann*, StV 1999, pág. 613, 617; *Fischer*, 2008, § 265, Rdn. 2; *Geppert*, Jura 1998, págs. 382 s.; (*von Heintschel-Heinegg*, 2010, § 265, Rdn. 2; *Hörnle*, Jura, 1998, págs. 169 ss. (176); *Kindhäuser*, NK, 2010, § 265, Rdn. 1; *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn. 1; *Leipold/Tsambikahis/Zöller*, 2011, § 265, Rdn. 2; *Maurach/Schoeder/Maiwald*, BT I, 2009, § 41, IV, Rdn. 197; *Mitsch*, BT 2/2, 2003, § 3, Rdn. 11; *Rengier*, BT I, 2010, § 15, Rdn. 2; *Matt/Renzikowski*, § 265, 2013, Rdn. 1; *Rönnau*, JR 1998, pág. 442 ss.; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 265 Rdn. 2; *Samson/Günther*, SK, § 265, Rdn. 1; *Schmidhäuser*, BT 1983, 11/41; *Schröder (Regine)*, 2000, pág. 110; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 2008, Rdn. 652; *Satzger/Shmitt/Widmaier*, 2009, § 265, Rdn. 1; *Wirth*, 2004, págs. 166 s.; *Kohlhaas*, VerR 1955, pág. 465. Una opinión un tanto diferente sostiene *Ranft*, Jura 1985, págs. 393 ss. (398), quien dice que la pena alta de la estafa de seguro se explica por el mayor contenido

injusto de los medios peligrosos utilizados para destruir la cosa asegurada, entre los cuales, el fuego y el hundimiento.

34 Así, *Kohlhaas*, VersR 1955, pág. 465; *Ranft*, Jura, 1985, págs. 393 ss. (399).

35 Así, *Satzger/Schmitt/Widmaier*, 2009, § 265, Rdn. 1. En igual sentido, *Bern-Rüdeger Sonnen*, BT, 2005, pág. 175: “El bien jurídico tutelado es de manera inmediata el patrimonio de la empresa aseguradora y de manera mediata el interés patrimonial de la comunidad solidaria del asegurado”.

36 Así, entre otros, *Boldt*, DR 1941, págs. 1147 (1148); *Geerds*, FS Welzel, págs. 841 ss. (853 ss.); *Kindhäuser*, NK, 2004, § 265, Rdn. 1; *Mitsch*, ZStW Bd. 11 (1999), pág. 65, 116, nota 48; *Otto*, BT, 2002, § 61, I, 1; *Otto*, Jura 1989, págs. 24 (28); *Ronnau*, JR 1998, págs. 441 ss. (442); *Welzel*, Lb., 1969, pág. 379.

37 Así, *Arzt/Weber*, 2000, § 21, Rdn. 121 ss.; *Kaufmann*, JuS 1987, pág. 306 ss. (307); *Krey*, 1975, Rdn. 506; *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn.1; *Rengier*, 2010, § 15, Rdn. 2.

(4) Por último, hay un grupo de autores³⁸ que ven la razón esencial de la punición de la estafa de seguro en el peligro para la comunidad que dimana de tales acciones que conforman su tipo objetivo. La finalidad de la punición en la estafa de seguro es proteger a la comunidad de la peligrosidad de formas de comportamiento como la destrucción por medio del fuego, del naufragio, etc.

17.- En el Derecho Penal costarricense es evidente que el bien jurídico protegido por el Art. 220 Cód. pen. es el patrimonio de la empresa aseguradora y no la función social que esta cumple³⁹. La protección de la función social de la empresa es un reflejo de la protección de su patrimonio, que es en realidad el bien jurídico tutelado.

El Art. 220 Cód. pen., que es acto preparatorio relativo a la estafa general, es considerado por muchos autores como delito económico⁴⁰.

Para saber cuál es la naturaleza del Art. 220 Cód. pen. es necesario saber qué se entiende por criminalidad económica, por Derecho Penal Económico y cuáles presupuestos debe llenar una norma para considerarla parte del Derecho Penal Económico.

Muy a menudo se emplean de modo indiferenciado los términos “criminalidad económica” y “Derecho Penal Económico”. Pero am-

bos conceptos tienen significados diferentes. El concepto de Derecho Penal Económico tiene, de manera independiente de su definición, como objeto un contenido eminentemente jurídico. Este concepto describe un determinado grupo de hechos penales o de tipos legales. Por el contrario, bajo el concepto de “criminalidad económica” se entiende un fenómeno fáctico o social⁴¹. Este último concepto debe interpretarse con exclusión de la violación de normas con carácter penal económico.

De acuerdo a los fines perseguidos se distinguen tres formas de definir la criminalidad económica: la sociológica-criminológica, la proveniente de la literatura criminalística procesal penal y la visión de la dogmática penal.

(1) La visión sociológica-criminológica, establece los caracteres especiales del Derecho y de la criminalidad económica, partiendo de los caracteres específicos del autor y del hecho previamente definidos como pertenecientes a la criminalidad económica. En especial se considera relevante la posición social del autor, la relación de su posición social y profesional con el hecho y los efectos del hecho punible⁴². Ejemplos de estos estudios es el libro de Sutherland, titulado “*White Collar Crime*”, de 1949. Sin embargo, la visión sociológica-criminológica no nos ayuda a establecer cuáles son los tipos penales que podemos clasificar como pertenecientes al Derecho Penal Económico.

(2) La visión procesal-criminal táctica pone en el centro las dificultades de lucha contra la criminalidad económica de las autoridades encargadas de la persecución penal⁴³.

38 Así, entre otros, *Kohlrausch/Lange*, 1961, § 265, Anm. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, 2009, § 41, Rdn. 199; v. *Rintelen*, pág. 92 s; *Schoeder*, JR 1995, págs. 71 ss. (74).

39 El patrimonio (o propiedad) es el bien jurídico tutelado por la estafa de seguro del Derecho Penal argentino (con una configuración distinta a la nuestra). Así, *Donna*, Parte Especial, tomo II b, pág. 513; *Figari*, II, 2010, pág. 246.

40 Así, entre otros *Baumann*, JZ 1983, págs. 935 aa. (937); *Bottke*, wistra 1991, págs. 1 ss. (9); *Geerds, Dettlev*, 1990, pág. 342; *Otto*, BT, 1998, § 61, I, 1; *Otto*, Jura 1989, pág. 24 ss. (28); *Tiedemann*, II, BT, 1976, pág. 167.

41 Así, *Geerd*, Friedrich, Krim., 1968, pág. 234 ss. (234); *Schröder, Regine*, 2000, pág. 113.

42 Así, *Göppinger*, págs. 541 ss.; *Eisenberg*, § 48, Rdn. 1 ss.; *Kaiser*, § 73, Rdn. 5 s. y § 74, Rdn. 1 ss.

43 Así, *Schöder (Regine)*, 2000, pág. 112.

Igualmente la visión procesal criminal-táctica no es adecuada para dar una definición del concepto de criminalidad económica.

(3) La visión dogmático-penal (referida a los bienes jurídicos) distingue los tipos penales de carácter económico de otros delitos patrimoniales por el hecho de que los primeros tienen por finalidad la protección de bienes jurídicos supraindividuales⁴⁴. La particularidad del Derecho Penal Económico consiste en que los ataques de los bienes jurídicos tienen un propio contenido injusto, que consiste en la lesión a bienes jurídicos supraindividuales (sociales) de la vida económica⁴⁵. Es en este punto en donde debe separarse los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, por ejemplo, la estafa o la administración fraudulenta de los delitos de la criminalidad económica. Delitos como la estafa pueden, bajo ciertas circunstancias, proteger también a la economía y tener efectos sobre la economía total, pero tales efectos siempre serán un reflejo de protección de bienes individuales. Por ello, la estafa prevista en el artículo 216 Cód. pen nunca será un delito económico⁴⁶.

44 Así, *Schröder (Regine)*, 2000, pág. 113.

45 La definición de ese bien jurídico supraindividual de la vida económica es discutible. Así, considera *Otto* (BT 1998, § 60, 1 y Jura 1989, págs. 24 ss. (26) que son delitos económicos aquellos cuyos modos de comportamiento lesionan la confianza en la actualmente válida economía en su totalidad o algún instituto particular y con ello hacen peligrar el modo de trabajo de ese orden económico. *Bottke* (wistra, 1991, págs. 1 ss. (5) considera que el Derecho Penal Económico criminaliza aquellos comportamientos que representan un disturbio a la paz del funcionamiento conforme a la Constitución del mercado social europeo en su totalidad o que ponen en peligro o lesionan sus elementos esenciales. *Geerds (Detlev)* define los delitos económicos como tipos penales, que en primera línea y de manera inmediata protegen bienes jurídicos de la vida económica y cuya finalidad es evitar peligros para el modo básico de trabajo de la economía o algunos de sus apartados o institutos.

46 Así, entre otros, *Geerds (Detlev)*, 1990, pág. 29 s.; *Otto*, BT, 1998, § 60, 2; *Otto*, Jura, 1989, pág. 24 ss. (27);

Contra la concepción que considera que el delito económico es aquel que protege bienes jurídicos supraindividuales se ha dicho que al buscar tales bienes jurídicos supraindividuales se olvida que casi todos delitos son patrimoniales desde el punto de vista de la víctima y de la finalidad del autor. Esto lleva a considerar el Derecho Penal Económico como un derecho abstracto que olvida su función, que es proteger derechos patrimoniales de los coasociados⁴⁷. De una inflación del Derecho Penal y de su desbordamiento a través de bienes supraindividuales habla Volk⁴⁸.

Respecto a la forma de entender el Derecho Penal Económico, como la rama del Derecho que en lo económico protege bienes jurídicos supraindividuales, últimamente en nuestro país hay dos posiciones que podríamos llamar ideológicas. La primera es el "garantismo extremista", que considera inconstitucionales los tipos penales que protegen bienes jurídicos supraindividuales⁴⁹. La segunda es la co-

Bottke, wistra, 1991, págs. 1 ss. (4); *Schröder (Regine)*, 2000, pág. 114.

47 Así, *Baumann*, JZ 1983, págs. 935 ss. (937).

48 Así, *Volk*, JZ 1982, págs. 85 ss. (87 s.)

49 Cfr. *Chirino Sánchez*, en "Ensayos de Derecho Penal Económico y de Empresa", 2013, pág. 34, en donde se lee: "La suma de técnicas entre la construcción de delitos de peligro abstracto y la comisión por infracción al deber da buena muestra de las tendencias de la construcción de delitos económicos en el estado actual de la política criminal. Los bienes jurídicos supraindividuales y de carácter eminentemente colectivo (La Salud Pública, la Hacienda Pública, la Estabilidad de los mercados, la funcionalidad de los mercados de estabilización financiera que están presentes en el listado de los delitos de carácter económico muestran claramente que el interés del legislador es convertirlos en delitos de mera actividad, sin un resultado concreto, ni siquiera de un peligro concreto. En tanto delitos de mera actividad se conviertan a su vez en delitos formales que provocan una desaplicación interpretativa del bien jurídico penalmente tutelado, pues este no será más que un pretexto para la construcción penal pero no cumplirá ningún papel para delimitar o detener el uso del poder punitivo.----- Por ello, las soluciones que tienden a buscar condiciones hipotéticas de imputación en lugar de atender a alguna

riente conservadora, que considera que se cumple con el “garantismo” cuando se acepta cualquier tipo penal supraindividual⁵⁰.

Para nosotros, el punto de referencia son los bienes jurídicos personales. Los tipos penales que protegen bienes jurídicos supraindividuales son conforme a la Constitución en tanto ellos hagan referencia, directa o indirecta, a un bien jurídico personal. Si no existe en el tipo penal que protege un bien jurídico supraindividual esa referencia directa o indirecta a un bien jurídico individual, entonces ese tipo penal refleja únicamente la voluntad del Estado y no sirve, ni siquiera mediatamente, para la protección de los bienes jurídicos individuales. Ese tipo penal es inconstitucional⁵¹. Pensamos que es correcta la concepción que define el Derecho Penal Económico por el específico contenido injusto de sus normas, que es la nota característica que diferencia los tipos del Derecho Penal Económico de todos los demás. El bien jurídico supraindividual referente a la vida económica en general es apto para aglutinar a través de un núcleo injusto común todos los delitos del Derecho

Penal Económico⁵². Sin tal diferenciación cualquier delito patrimonial, en donde autor o víctima participen de una empresa económica, sería parte del Derecho Penal Económico. Sin embargo, sabemos que el estafador, por el simple hecho de valerse para la comisión de la estafa de una sociedad anónima, no es un delincuente económico⁵³.

18.- El Art. 220 Cód. pen. es un acto preparatorio de la estafa general (Art. 216 Cód. pen.), *convertido en delito independiente*. El bien jurídico afectado por el Art. 220 Cód. pen. es el patrimonio. No es el Art. 220 Cód. pen. un tipo penal del Derecho Penal Económico porque no protege un bien jurídico supraindividual. Pensamos que en el Art. 220 Cód. pen. la acción descrita en el tipo no representa un peligro inmediato para el bien jurídico denominado “patrimonio”. La acción descrita en el Art. 220 Cód. pen. consiste en la creación de una situación que da oportunidad al autor de continuar el acontecimiento planeado desde el acto preparatorio de la estafa (Art. 220 Cód. pen.) hasta la estafa común consumada (Art. 216 Cód. pen.). La acción típica es neutral porque vista aisladamente no se dirige a la lesión de un bien jurídico. Por ello dice Weber que la estafa de seguro (art. 220 Cód. pen.) describe una acción que como tal no es peligrosa para el bien jurídico tutelado⁵⁴.

De donde puede deducirse un posible peligro referente a la actividad de seguro (como delito patrimonial de estafa, Art. 216 Cód. pen.) es solamente del elemento subjetivo del autor, que ha de tener el propósito de lograr para sí o para otro el cobro de un seguro o de otro provecho ilegal. El Art. 220 Cód. pen. es un *delito intencionado*, cuya función es casti-

concretización de dicho peligro, son sospechosas de lesionar el principio de lesividad y, por ende, de dudosa constitucionalidad”.

50 Cfr. *Chinchilla Sandí*, en “Ensayos de Derecho Penal Económico y de Empresa”, 2013, pág. 482, en donde se lee: “Como vemos no podemos hablar de un rompimiento del sistema de garantías, como tampoco un resquebrajamiento del Estado social de derecho, por el contrario, se ha visto favorecido y robustecido, identificándose el mismo con la protección de intereses o bienes colectivos o supraindividuales, sin dejar de lado la consideración de los bienes individuales superiores que resultan esenciales para la preservación de la sociedad moderna. Si de garantismo se trata, este novedoso Derecho Penal Económico, cargado de tipos penal-económico, donde se llega a anticipar, en muchos de ellos, la protección del derecho, con la categoría jurídica de peligro abstracto, no viene a disminuir o entorpecer su contenido, sino, pretende dotar mayores garantías a los ciudadanos”

51 Así, *Castillo González*, 2008, pág. 46 s.

52 Así, *Schröder, Regine*, 2000, pág. 115.

53 Así, *Otto*, Jura, 1989, págs. 24 ss. (27).

54 Así, *Weber*, ZStW Beiheft 1987, págs. 1 ss. (120).

gar como delito independiente acciones preparatorias del Art. 216 Cód. pen. Las conductas previstas en el Art. 220 Cód. pen. captan actos de ataque (“*Auffangcharakter*”)⁵⁵, que no entran en el tipo penal del Art. 216 Cód. pen. Por ello el Art. 220 Cód. pen., en tanto que acto preparatorio de la estafa general ha sido muy criticado⁵⁶, pues no se considera legítimo ni apropiado construir una acción preparatoria de un delito solamente con fundamento en el aspecto subjetivo con el cual el autor realiza la acción. Pero en cualquier caso, en el Derecho Penal costarricense no es posible asumir que la estafa de seguro (Art. 220 Cód. pen.) protege un bien jurídico supraindividual ni tampoco que se trata de un delito que protege a la comunidad de un peligro común. *En el Art. 220 Cód. pen. sí hay una referencia mediata al bien jurídico individual tutelado, que es el patrimonio.* Desde este punto de vista, el tipo penal del Art. 220 Cód. pen. no refleja únicamente la voluntad del Estado y no es inconstitucional.

19.- Siendo el delito de estafa de seguro, previsto en el Art. 220 Cód. pen., un delito contra el patrimonio que consiste en un acto preparatorio del delito de estafa, unido a ésta por el propósito del autor de obtener un beneficio patrimonial para sí o para otro con el cobro indebido de un seguro, el Art. 220 Cód. pen, crea un tipo penal de peligro abstracto⁵⁷. En el caso de que se realicen las normas de la estafa de seguro y de la estafa general, ésta desplaza a aquella por subsidiaridad material. Por ejemplo, A quema una cosa asegurada y

se presenta a la casa aseguradora a cobrar el seguro. No logra realizar el cobro por hechos ajenos a su voluntad, como es que la casa aseguradora se negó a pagar porque consideró que A fue el autor del incendio de la cosa asegurada.

B.- TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO

1.- EL TIPO OBJETIVO

20.- Autor del delito de estafa de seguro en el párrafo primero del Art. 220 Cód. pen, puede serlo tanto el asegurado, si actúa con la intención del cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal, o un tercero que actúa con el propósito de lograr para sí mismo (en el caso de que sea el beneficiado con el seguro o del provecho ilegal) o para otro el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal.

En el caso de la situación prevista en el segundo párrafo del Art. 220 Cód. pen., autor del delito solamente puede serlo el asegurado que, con el fin de cobrar indebidamente un seguro u otro provecho ilegal, se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio.

El tipo objetivo del Art. 220 Cód. pen. requiere la existencia de un contrato de seguros (vigente entre las partes) sobre cosas o sobre personas. De acuerdo al artículo 3 de la “*Ley Reguladora del Contrato de Seguros*”, N° 8956 de 17 de junio del 2011, el contrato de seguros “*es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido a la persona asegurada, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y las condiciones convenidas*”.

Las aseguradoras que operen en el mercado nacional pueden operar fuera del territo-

55 Así, *Geppert*, Jura 1998, págs. 382 (383); *Schöder, Regine*, 2000, pág. 110.

56 Así, *Geppert*, Jura 1998, pág. 382 ss. (386); *Hörnle*, Jura 1998, págs. 169 ss. (176); *Stächelin*, StV 1998, págs. 98 ss. (100); *Ronnau*, JR 1998, págs. 441 ss (446).

57 Así, entre otros, *Brodag*, BT, Lb. 2004, Rdn. 63; *Fischer*, 2008, § 265, Rdn. 2.

rio nacional. Esto lo dice el párrafo segundo de la mencionada *Ley Reguladora del Contrato de Seguros*, N° 8956 de 17 de junio del 2011:

“Las aseguradoras que operan en el mercado nacional podrán colocar, para sí o por medio de una de sus subsidiarias, contratos de seguros fuera del territorio nacional, ajustándose a los requerimientos legales de cada país en el que deseen operar”.

En este contrato de seguros, de acuerdo al artículo 5 de la *Ley Reguladora del Contrato de Seguros*, N° 8956 de 17 de junio del 2011, son partes del contrato de seguro:

1) *El asegurador y el tomador.* El asegurador, es quien *“asume los riesgos que le traslada la persona asegurada y que está obligado a indemnizar o a cumplir la prestación prometida”* (Art. 5 a, I) y el tomador es la persona física o jurídica que, *“por cuenta propia o ajena, contrata el seguro y traslada los riesgos al asegurador”* y a quien *“corresponden las obligaciones que se derivan del contrato, salvo las que por su naturaleza deban ser cumplidas por la persona asegurada”*. El tomador puede ser a su vez la persona beneficiada y beneficiaria del seguro (Art. 5 a, II).

2) *El tercero relevante.* Son terceros relevantes para el contrato de seguro, *la persona asegurada*, que es la *“persona física o jurídica que, por sí misma o en sus bienes está expuesta a riesgo”*, quien *“es titular del interés objeto del seguro”* y *“que, en defecto del tomador, asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato”* (Art. 5, b, I) y la persona beneficiada, que es la *“persona física o jurídica en cuyo favor se ha establecido lícitamente la indemnización o prestación a que se obliga el asegurador”*. Puede ser o no la misma persona el tomador, la persona asegurada o beneficiaria (Art. 5, b, II).

El artículo 8 de la *Ley Reguladora del Contrato de Seguros*, N° 8956 de 17 de junio del 2011 considera como elementos esenciales del contrato de seguros el consentimiento de las partes, el interés asegurable presente o futuro, el riesgo asegurable, la prima del seguro o el procedimiento para determinarla, la obligación del asegurador. Y el mismo artículo 8 dice que *“será absolutamente nulo el contrato de seguro que carezca de alguno de estos elementos esenciales”*.

Y el artículo 9 de la *Ley Reguladora del Contrato de Seguros*, N° 8956 de 17 de junio del 2011, establece que al contratar un seguro el contratante debe tener un interés lícito en que no ocurra el siniestro y a partir de lo anterior, la ley distingue entre el *interés asegurable* en el seguro de daños y en el seguro de personas. Dice el artículo 9 párrafo segundo:

“En los seguros de daños se considera interés asegurable el interés económico que la persona asegurada debe tener en la conservación del bien objeto del seguro o de la integridad patrimonial de la persona asegurada. Si el interés de la persona asegurada se limita a una parte de la cosa asegurada su derecho se limitará únicamente a la parte de su interés. Cuando la persona asegurada no tenga interés asegurable al momento de contratar el seguro podrá hacerlo válidamente sujeto a la condición suspensiva que, en el plazo convenido por las partes, adquiera tal interés asegurable”.

“En los seguros de personas existirá interés asegurable cuando el tomador asegure:

a) Su propia vida; b) Las personas a quienes legalmente puede reclamar alimentos o protección o a quienes puedan reclamar de él alimentos o protección; c) Las personas cuya muerte o incapacidad puede ocasionarle un daño económico directo. d) Las personas con

quienes mantenga un lazo afectivo que, de común acuerdo entre las partes, justifique el aseguramiento. e) A sus trabajadores, en cuyo caso será la persona asegurada quien designe a la persona beneficiaria". En tales casos, dice el artículo 9 que "La desaparición del interés asegurable traerá como consecuencia la terminación del contrato de seguro, salvo pacto en contrario. La desaparición temporal del interés asegurable determina la suspensión temporal del contrato mientras perdure la situación".

21.- Las acciones punibles consisten en la causación de uno los supuestos casos de seguro descritos por la ley en su forma y contenido⁵⁸.

El Art. 220 Cód. pen. prevé dos alternativas por las cuales se realiza el tipo penal. La primera es "*destruir, dañar o hacer desaparecer una cosa asegurada*", con el propósito de obtener para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal. La segunda es la acción de un asegurado que "con el mismo fin" (esto es, con el propósito de obtener para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal) "*se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio*".

A).- PRIMERA ALTERNATIVA: DESTRUIR, DAÑAR O HACER DESAPARECER UNA COSA ASEGURADA

A-1) CONCEPTO DE COSA ASEGURADA

22.- En el caso de abuso de un seguro de una cosa asegurada el objeto material de la acción es la cosa asegurada; es decir, co-

sas corporales⁵⁹. El concepto de cosa del Art. 220 Cód. pen. es el mismo de los artículos 208 (hurto) y 228 (daños) del Código Penal. En el caso del Art. 220 Cód. pen., la cosa asegurada puede ser una cosa mueble, inmueble o semoviente, que puede ser propia o parcialmente ajena⁶⁰. Por consiguiente, autor del Art. 220 Cód. pen. puede ser también el propietario o copropietario de la cosa⁶¹. En el concepto de objetos corporales del Art. 220 Cód. pen. no entran los datos en el sentido del Art. 217 bis Cód. pen. (estafa informática), porque ellos no son objetos corporales. Por datos se entienden informaciones que pueden ser codificadas como datos, los cuales pueden ser trabajados por medio de programas, mediante órdenes dadas desde una computadora⁶².

Una cosa es asegurada cuando ha sido cerrado el correspondiente contrato de seguro y no ha sido resuelto jurídicamente por las partes contratantes⁶³. Basta, para tener la cosa asegurada en el sentido del Art. 220 Cód. pen., que el contrato de seguro se haya completado formalmente y que una de las partes no lo haya dado anticipadamente por terminado (Art. 16 de la "*Ley Reguladora del Contrato de Seguros*")⁶⁴. Desde hace años se

⁵⁹ Así, *Satzger/Schmitt/Widmaier*, 2009, § 265, Rdn. 3; *Schöder (Regine)*, 2000, pág. 120; *Tiedemann*, LK, (11Aufl.), § 265, Rdn. 11.

⁶⁰ Así, *Arzt/Weber*, Lb., 2000, § 21, Rdn. 125 s.; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 2009, § 21, Rdn. 125; *Fischer*, 2008, § 265, Rdn. 3; *Geppert*, Jura, 1998, pág. 382, 384; *von Heintschel-Heinegg*, § 265, Rdn. 3; *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn. 2; *Lindenau*, 2005, pág. 413; *Kienapfel*, BT, II, § 151, Rdn. 10; *Leipold/Tsambikakis/Zöller*, 2011, Rdn. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 41, Rdn. 199.

⁶¹ Así, *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn. 2; *Hoyer*, SK, § 265, Rdn.8; *Wohlers*, MK, § 265, Rdn. 11.

⁶² Así, *Lindenau*, 2005, pág. 414; *Lackner/Kühl*, § 263 a, Rdn. 3; *Schönke/Schröder-Lenckner*, § 202 a, Rdn. 3.

⁶³ Así, *Lindenau*, 2005, pág. 414.

⁶⁴ Así, *Matt/Renzikowski*, § 265, Rdn. 2; *Schönke/Schröder-Perron*, § 265, Rdn. 6; *Wirth*, 2004, pág. 179; *Wohlers*, MK, § 265, Rdn. 13.

⁵⁸ Así, *Kienapfel*, BT II, 1988, § 151, Rdn. 13.

discute en la doctrina si basta que el contrato de seguros llene los presupuestos formales o si ese contrato debe existir materialmente⁶⁵. Es suficiente, para efectos del artículo 220 Cód. pen., que el contrato sea formalmente válido, aunque pueda ser impugnado por una de las partes o aunque una de ellas pueda establecer su nulidad relativa. Por ejemplo, el asegurador puede pedir dentro de determinado plazo la nulidad relativa por omisión o inexactitud de datos ciertos en la declaración del riesgo. *Aunque esté transcurriendo el plazo si el asegurador no promueve la acción de nulidad o si promovida ésta aún no ha sido resuelta (Art. 32 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros), la cosa es asegurada en el sentido del Art. 220 Cód. pen., mientras no se haya resuelto la nulidad solicitada a favor del asegurador.* También son contratos existentes en el sentido del Art. 220 Cód. pen. casos tales como que el tomador haya sobreasegurado la cosa mediante una declaración falsa⁶⁶ o el caso de que el tomador esté en mora con el pago de la prima⁶⁷. Por el contrario, cuando el contrato es *absolutamente nulo de pleno derecho*, como ocurre cuando faltan algunos de los elementos esenciales del contrato de seguro previstos en el artículo 8 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, no existió contrato de seguros⁶⁸. Por consiguiente, falta

un elemento del tipo objetivo, que es la existencia de una cosa asegurada.

El § 265 del Código Penal alemán requiere que la cosa esté asegurada contra hundimiento (“*Untergang*”), contra daños (“*Beschädigung*”), contra daño en su utilidad (“*Beeinträchtigung der Brauchbarkeit*”), contra pérdida (“*Verlust*”) o contra hurto (o robo) (“*Diebstahl*”). Son objeto material de la acción del § 265 StGB alemán todas las cosas que pueden ser aseguradas contra hundimiento, contra daños, contra daños de su utilidad, contra pérdida o contra robo (hurto)⁶⁹. Por ejemplo, un seguro contra bombardeos por torpedo o contra el riesgo de que las cosas sean tomadas por piratas, cuando se expiden cosas por mar de Europa a América o viceversa, no son formas de seguro existentes el Derecho Penal alemán o al menos no están protegidas por el § 265 StGB alemán. Precisamente, la doctrina alemana critica la circunstancia de que no están cubiertos por el § 265 StGB importantes formas de seguros tales como el seguro de riesgos profesionales ni el seguro de enfermedad⁷⁰. Tampoco toma en cuenta el § 265 StGB alemán los seguros obligatorios, por ejemplo, el seguro obligatorio de automóviles a favor de terceros.

En el Derecho Penal costarricense no hay una lista cerrada de tipos de seguros sobre los que deba versar un seguro. Sin embargo, el Art. 20 de la “*Ley Reguladora del Contrato de Seguros*” requiere que el asegurador observe contenidos mínimos de la póliza, entre ellos, *la clase de seguro, riesgo asegurado y la co-*

65 Así, Ranft, Jura 1985, pág. 393 ss.

66 Así, Schönke/Schröder/Perron, § 265, Rdn. 6.

67 El Art. 37 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros en los casos en los que la prima no ha sido pagada por el tomador del seguro dentro de los plazos establecidos por esta ley tiene dos alternativas: notificar la terminación del seguro o continuar con la cobertura del seguro pero cobrando la prima en la vía ejecutiva. Lo cual revela, entonces, que el no pago de la póliza en tiempo.

68 Algunos autores como Lindanau, 2005, pág. 416 y Prölss/Martin, 2004, § 51, VVG, Rdn. 18, consideran que hay nulidad (absoluta), y que falta el elemento del tipo penal de la estafa de seguro “*cosa asegurada*”, cuando estamos en presencia de un sobreasegura-

miento fraudulento de una cosa o de un doble aseguramiento fraudulento de una cosa. Para estos autores la nulidad del sobreaseguramiento fraudulento o del doble aseguramiento fraudulento sobre la cosa se extiende a la totalidad del contrato. Pensamos que la solución de estos autores en este caso es muy radical.

69 Así, Schöder, Regine, 2000, pág. 123.

70 Así, Schröder, Regine, 2000, pág. 123.

berturas por las que se efectúa el seguro, en su caso, la designación y descripción de los objetos asegurados y su ubicación y los montos asegurados o modos de precisarlos. Por consiguiente, estos tres contenidos nos darán el tipo de seguro que existe sobre la cosa (contra incendio, contra naufragio, etc.), la designación y descripción de los objetos asegurados y su ubicación (por ejemplo, se trata de un barco que normalmente se encuentra en el estero de Puntarenas) y los montos asegurados y el modo de precisarlos (por ejemplo, el auto está asegurado contra robo, contra incendio o contra todo riesgo, por un monto total de colones ₡40 millones). De modo, entonces, que el Derecho Penal costarricense se rige por el un “*numerus apertus*” con relación a los tipos de seguros que sobre las cosas pueden disponer las partes. Desde luego, en el artículo 220 Cód. pen. entran no solamente los seguros voluntarios sino también los seguros obligatorios, tales como el seguro obligatorio de automóviles a favor de terceros y el seguro de enfermedad, vejez y muerte, que se rige por la segunda parte del Artículo 220 Cód. pen. En tales casos, la cosa está asegurada, pero por disposición de la ley y no en virtud de un contrato. *El Art. 220 Cód. pen. no dice que la cosa tiene que estar asegurada en virtud de un contrato realizado por las partes, sino que basta para aplicar este artículo que se trate de una cosa asegurada.*

A-2) LAS ACCIONES PUNIBLES EN LA PRIMERA ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO PENAL

23.- La primera alternativa es *destruir, dañar o hacer desaparecer una cosa asegurada con el propósito de lograr para sí mismo o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal.*

El verbo “*destruir*”, que utiliza el Art. 220 Cód. pen., es igualmente utilizado en el Art. 228 Cód. pen. (delito de daños) y con el mismo significado⁷¹. Destruir consiste en suprimir a la cosa totalmente su valor económico o en disminuirlo totalmente mediante una acción que incida en su estructura física. En el caso de destruir, la acción del delincuente debe haber tenido el efecto de alterar la estructura material de la cosa produciendo un detrimento no fácilmente eliminable⁷². Destruye quien mata un animal o quien quema un automóvil. También destruye quien le disminuye, mediante un efecto corporal sobre la cosa, el valor económico a un objeto. Por ejemplo, entra en el concepto de “destruir” arrancar unas hojas a un diccionario.

El concepto de “*dañar*” que utiliza el Art. 220 Cód. pen. ocurre cuando el autor del daño le quita la función asignada por el derecho-habiente a la cosa. Por ejemplo, el agente echa un poco de agua o de café en la computadora, de modo que ésta no funciona más como computadora. Obsérvese que el concepto de “*dañar de cualquier modo*”, que utiliza el Art. 228 Cód. pen. (delito de daños), tiene la función de recoger conductas que no entran en los otros verbos definidos en ese artículo. Por ello, consideramos el concepto de “dañar de cualquier modo” contrario al artículo 39 de la Constitución Política (principio de legalidad criminal). Entra también en el concepto de *dañar* en el Art. 220 Cód. pen. *la inutilización*

⁷¹ Deben interpretarse del mismo modo los verbos “*beschädigen*” y “*zerstoren*”, que usan los §§ 265 (estafa de seguro) y 303 (delito de daños). Así, entre otros, Joecks, 2007, § 265, Rdn. 7; Lackner/Kühl, § 265, Rdn. 3; Krets, 2001, pág. 65; Tiedemann, LK, § 265, Rdn. 5; Fischer, 2008, § 265, Rdn. 5; Schluchter/Baum, 1998, § 265, Rdn. 7; Schroth, BT, 2000, pág. 134; Schröder, Regine, pág. 124; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 2008, Rdn. 654; Wolff, 1999, pág. 82.

⁷² Véase, Buompadre, Parte Especial 2, 2009, pág. 446.

de la cosa, que es quitarle la función que le fue atribuida por el derecho-habiente. Como lo dijimos en nuestra monografía “*El delito de daños simples y agravados*” (San José, 2014, pág. 109), se puede inutilizar una cosa mediante lesión o no a la sustancia. Inutiliza quien hecha excremento en el agua de una piscina o en la comida que será consumida por otra persona.

Por último, el legislador considera como estafa de seguro “*hacer desaparecer*” una cosa asegurada con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal. De igual modo, el legislador utiliza la misma expresión en el Art. 228 Cód. pen., relativo al delito de daños. Como lo dijimos al tratar el delito de daños, *hacer desaparecer* contiene todos los modos de dispersión: quitar el tapón a la botella que contiene el gas o el perfume para que éstos se disipen, abrir la puerta del horno para que escape el calor, etc. En tales casos se requiere para la existencia del delito de daños que haya un efecto corporal sobre la cosa⁷³.

Al tratar el concepto de “*hacer desaparecer*” en el Art. 228 Cód. pen. (delito de daños) consideramos que no entran en este concepto los casos de “retiro de la cosa” (“*Sachentziehung*”). Ejemplos de retiro de la cosa es tirar el anillo de oro (que no se corrompe con el agua y la sal) al mar, dejar escapar el globo a la atmósfera, etc.- En estos casos no hay un acto de apropiación ni de daño ni ánimo de apropiación ni lesión en la sustancia de la cosa, pero ellos producen un cambio antijurídico en la situación espacial del objeto sin perjudicar ni su existencia ni su exterioridad y sin que el propietario pierda la propiedad de la cosa. Consideramos que los casos de “retiro

de la cosa” no pueden calificarse como delito de daños⁷⁴, pues no se lesiona el derecho de propiedad sobre la cosa, sino que ésta sigue siendo del propietario. Diferente es la interpretación del concepto de “*hacer desaparecer*” en el Art. 220 Cód. pen. Aquí lo que la norma protege son los derechos del asegurador a no pagar el seguro indebido por la cosa hurtada, dañada, hecha desaparecer, abandonada por su propietario o poseedor o dejada en las manos de un tercero. Los derechos del asegurador son lesionados de igual forma en el caso de que se lesione la sustancia de la cosa asegurada o se suprima la finalidad atribuida por el derecho-habiente, como en los casos en los que el asegurador, conforme al contrato vigente entre él y el tomador, tenga que pagar por la desaparición de la cosa asegurada (porque ésta desapareció, porque ella fue abandonada por su poseedor y fue tomada por un tercero, porque la pulsera de oro asegurada fue arrojada por un tercero al mar, etc.). En tales casos de desaparición tiene la sociedad aseguradora que pagar y se lesiona su derecho patrimonial al ser obligado a pagar indebidamente el seguro.

24.- El autor de la destrucción, del daño o del hacer desaparecer la cosa asegurada puede ser el propietario o un tercero quien, a su vez, puede ser el tomador del seguro.

El propósito perseguido debe ser “*lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro o de un provecho ilegal*”. El seguro consiste en una suma de dinero que a raíz del siniestro ocurrido en la cosa debe pagar la compañía aseguradora. El provecho ilegal puede ser, por ejemplo, el alquiler de un auto en una rent-a car mientras arreglan el auto que fue dañado por el agente.

73 Así, *Haft*, BT, 2004, pág. 262; *Rengier*, BT I, § 24/15; *Otto*, BT § 47, Rdn. 5; *Schönke/Schröder-Stree/Hecker*, § 303, Rdn. 10; *Schmidt/Seidel*, § 303, I, b, bb).

74 Así, *Castillo González*, 2014, pág. 118.

Un tercero⁷⁵, que no es propietario de la cosa ni es el tomador del seguro, puede destruir una cosa asegurada con la finalidad de que el tomador del seguro pueda cobrar indebidamente el seguro u otro provecho ilegal. Lo anterior, porque el tipo penal no establece como autor únicamente a quien logra para sí mismo el cobro indebido del seguro o de otro provecho ilegal. El beneficiario del seguro puede conocer la destrucción de la cosa para que él cobre el seguro. Pero puede ocurrir que el beneficiario no sepa que el tercero produjo el daño a cosa asegurada para “ayudarlo” en el cobro del seguro.

25.- Las variantes fácticas *destruir o dañar* una cosa asegurada del Art. 220 Cód. pen. pueden realizarse por omisión impropia⁷⁶. Difícil es concebir la realización de “*hacer desaparecer*” una cosa asegurada por omisión impropia.

El tomador del seguro tiene una posición de garante a consecuencia de especiales relaciones con el asegurador y por ello tiene el deber de impedir el resultado (la producción del daño objeto del seguro). La determinación del origen de la posición de garante ocurre por lo siguiente: la relación de seguro fundamenta una “comunidad de peligro”. De ésta resulta la obligación del tomador de proteger la cosa asegurada e impedir la producción del riesgo asegurado⁷⁷. Manifestaciones de esta obligación de proteger la cosa es lo dispuesto en los artículos 31, 32, 33, 42, 47, 52, 54, 72, primer párrafo de la “*Ley Reguladora del Contrato de Seguros*”. A pesar de que estas disposiciones

establecen obligaciones civiles del asegurado, ellas también implican una obligación jurídica en sentido penal para el asegurado de actuar en interés de la comunidad de riesgo. Una posición un tanto diferente es la de Ranft y Tiedemann, quienes consideran que las relaciones asegurador-tomador del seguro están fundadas en que el primero asume el riesgo económico por determinados daños, mientras que el segundo conserva la cosa y dispone de ella. El asegurado es, en consecuencia, encargado de la administración de la cosa y tiene la obligación de administración del riesgo⁷⁸. Por lo anterior es que el asegurado toma riesgos sobre sí con relación a la cosa y por ello tiene la obligación de impedir que se realicen riesgos de daños sobre la cosa⁷⁹.

Tres son las posibles variantes, según Schröder⁸⁰, por las cuales un asegurado puede realizar los verbos del Art. 220 Cód. pen. por omisión impropia:

1) El daño amenaza con producirse independientemente de la acción humana (por ejemplo, por un acontecimiento de la naturaleza). El tomador del seguro deja correr las cosas con la intención de cobrar indebidamente el seguro, a pesar de tener la posibilidad y serle imputable de impedir el resultado. En este caso, el tomador del seguro es punible de conformidad con los artículos 18 y 220 del Código Penal.

2) Un tercero, de manera independiente del tomador de seguro, realiza una de las acciones descritas en el Art. 220 Cód. pen., sin tener la intención de lograr para el asegurado el cobro de un seguro, sino por otros motivos. El tomador del seguro ve la situación, pero pudiendo evitar el resultado no lo hace porque

75 Así, *Donna*, Parte Especial, tomo II-B, 2001, pág. 516.

76 Así, *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn. 3; *Ranft*, Jura 1985, pág. 393; *Schöder, Regine*, 2000, pág. 128; *Tiedemann*, §, 265, Rdn. 22; *Wessels*, BT 2, 1984, Rdn. 621; *Wohlers, MK*, § 265, Rdn. 20.

77 Así, *Schröder, Regine*, 2000, pág. 128.

78 Así, *Ranf*, Jura, 1985, págs. 393 ss. (395 s.); *Tiedemann*. LK., § 265, Rdn. 23.

79 Así, *Schröder, Regine*, 2000, pág. 129.

80 Así, *Schröder, Regine*, 2000, 129 s.

tiene la intención de cobrar indebidamente el seguro. En este caso, el tercero no realiza el tipo penal de la estafa de seguro porque actuó sin la intención requerida. El tomador del seguro, por el contrario, es punible conforme al artículo 18 y 220 del Código Penal.

3) El tercero realiza las acciones previstas en el Art. 220 Cód. pen. con la finalidad de que el asegurado realice el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal. Puede ocurrir que el asegurado actúe de manera colusiva con el tercero y que deje correr los acontecimientos, pudiendo impedir el resultado, para cobrar indebidamente el seguro u otro provecho ilegal. Pero puede ocurrir que el asegurado, que no estaba en colusión con el tercero, deje correr los acontecimientos para lograr el cobro indebido de un seguro. En ambas hipótesis es claro que el asegurado es autor por omisión impropia conforme a los artículos 18 y 220 del Código Penal. El asunto es cómo valorar la participación del tercero, que es plenamente responsable como autor por acción del delito previsto en el Art. 220 Cód. pen. si como coautor, como autor accesorio o como cómplice. Pensamos que cuando el tercero actúa dolosa y colusivamente con el asegurado, autor en el sentido del Art. 45 Cód. pen. solamente puede serlo el asegurado, mientras que el tercero, que actúa colusivamente con él para el cobro indebido de un seguro, es un autor accesorio.

B) SEGUNDA ALTERNATIVA. ACCIONES PUNIBLES: EL ASEGURADO QUE SE PRODUCE A SÍ MISMO UNA LESIÓN O AGRAVA LAS CONSECUENCIAS PRODUCIDAS POR UN INFORTUNIO

26.- El artículo 220, párrafo segundo, del Código Penal dice lo siguiente: “*Igual*

penas se aplicarán al asegurado que con el mismo fin se produjere una lesión o agravare las consecuencias de un infortunio”.

El tipo penal del artículo 282 del Código Penal de 1941 castigaba al que “... se infiriere o se *hiciera inferir una lesión personal* o agravare voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido”.

Conforme al texto vigente no es punible el asegurado que se hiciera inferir una lesión con el fin de cobrar un seguro u otro provecho ilegal. El tercero, quien le infiere la lesión al sujeto con el acuerdo de éste, tampoco es punible por el consentimiento del derecho-habiente.

De acuerdo al Art. 220 Cód. pen. es punible el asegurado que se agrava intencionalmente las consecuencias de un infortunio. *Pero no es punible quien se hace agravar por un tercero y de manera intencional las consecuencias de un infortunio.* No es punible el tercero que intencionalmente, con el consentimiento del ofendido y con la finalidad de que el lesionado cobre indebidamente el seguro, agrava las consecuencias de un infortunio, porque en tal caso opera el consentimiento del derecho-habiente.

Tampoco es punible conforme al Art. 220 Cód. pen., sino que puede ser punible conforme al Art. 216 Cód. pen., la simulación de un accidente o de una lesión o “echarse” la culpa de un accidente del cual es responsable el otro conductor⁸¹.

27.- La primera forma de comisión del delito de la segunda alternativa consiste en producirse una lesión. Autor de esta forma de estafa de seguro solamente puede serlo el asegurado que se causa a sí mismo la lesión.

⁸¹ Así, *Kienapfel*, 1988, § 151, Rdn. 16.

La autolesión, salvo casos excepcionales entre los cuales se cuenta el Art. 220 Cód. pen., es un acto impune. Las lesiones consentidas son punibles con excepción de los casos previstos en el Art. 129 Cód. pen. Sin embargo, para entender qué son lesiones, debemos recurrir al concepto de daño en el cuerpo o en la salud, que el legislador distingue entre lesiones gravísimas (Art. 123 Cód. pen.), lesiones graves (Art. 124 Cód. pen.), lesiones leves (Art. 125 Cód. pen.) o lesiones levísimas (Art. 387 Cód. pen.). Todas las lesiones enumeradas son tipos dolosos. Puesto que las lesiones son autocausadas debemos excluir las lesiones culposas previstas. No está previsto como delito la agravación voluntaria de las lesiones, dolosas o culposas, causadas por otro.

28.- La otra forma de realización de la segunda alternativa es agravar las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio. De acuerdo al Diccionario de la Academia Real de la Lengua Española el primer significado de “infortunio” es *suerte desdichada o fortuna adversa*. El segundo significado de esa palabra significa *estado desgraciado en que se encuentra alguien* y el tercer significado es *hecho o acontecimiento desgraciado*.

El Código Penal costarricense de 1941, artículo 282 inciso 16, castigaba como autor del delito de estafa de seguro al que “*agravare voluntariamente las consecuencias que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido*”. Este Código solamente castigaba la agravación voluntaria de las consecuencias ocurridas al autor por caso fortuito o por fuerza mayor.

“*Infortunio*” en el segundo párrafo del Art. 220 Cód. pen. debe interpretarse en el sentido de un hecho o acontecimiento desgraciado, no causado dolosamente por el asegurado.

2.- EL TIPO SUBJETIVO

A).- EL DOLO DE LA ESTAFA DE SEGURO

28.- El dolo es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal⁸².

Con relación a la primera alternativa del Art. 220 Cód. pen., el dolo consiste en el conocimiento de que hay un contrato formal de seguro vigente sobre la cosa asegurada y que la acción del autor destruye, daña o hace desaparecer una cosa asegurada⁸³. El conocimiento de que la protección conforme a un contrato materialmente válido sobre la cosa existe no es necesario para integrar el dolo, pues tal circunstancia no es necesaria para el tipo objetivo⁸⁴. El autor debe saber que su comportamiento realiza los presupuestos objetivos del tipo objetivo y los presupuestos para que él mismo o para que el tomador del seguro (si el autor y el tomador del seguro son diferentes) haga valer frente al asegurador la producción del daño⁸⁵. Los elementos objetivos del delito de la primera alternativa pueden realizarse con dolo eventual, que se extiende a todos los elementos del tipo objetivo⁸⁶.

El autor puede encontrarse en error de tipo, que excluye el dolo de acuerdo al Art. 34 Cód. pen. cuando él cree que la cosa no es-

82 Arzt/Weber. Lb., 2000, § 21 i Rdn. 128

83 Así, Fischer, § 265, Rdn.8; Hoyer, SK, § 265, Rdn. 21; Lackner/Kühl, § 265, Rdn. 4; Mitsch, BT II, 2003, pág. 213; Schönke/Schröder-Perron, § 265, Rdn.12; Wirth, 2004, pág. 227; Wohlers, MK, § 265, Rdn. 21.

84 Así, Lakner, LK, § 265, (10ª. Aufl., 1979), Rdn. 4.
85 Así, Leipold/Tsambikakis/Zöller, 2011, Rdn. 309, Rdn. 9; Wohlers, MK, § 265, Rdn. 21; Matt/Renzikowski, 2013, § 165, Tdn. 10..

86 Así, Bröckers, 1999, pag. 128; Leipold/Tsambikakis/Zöller, 2011, § 265, Rdn. 9; Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, Rdn. 13; Schröder, Regine, 2000, pág. 130; von Heintschel_Heinegg, 2010, § 265, Rdn. 19; Matt/Ranzikowski, 2013, § 265, Rdn. 5.

taba asegurada en el momento de la acción⁸⁷.

Respecto a la segunda alternativa el autor debe saber que él es asegurado, que hay un seguro al menos formalmente vigente y que él se produce la lesión o agrava las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio para realizar el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal.

B).- EL PROPÓSITO DE LOGRAR PARA SÍ O PARA OTRO EL COBRO INDEBIDO DE UN SEGURO O DE OTRO PROVECHO ILEGAL

29.- De acuerdo al Art. 220 Cód. pen. el autor debe actuar para lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal. *La referencia al cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal implica que el Art. 220 Cód. pen. requiere la antijuridicidad de la ventaja patrimonial a que se aspira*⁸⁸.

Respecto a la antijuridicidad de la ventaja patrimonial a que se aspira hay dificultades cuando un tercero desata la situación que le permite al asegurado cobrar el seguro o cuando es el mismo autor quien se encuentra en error sobre la existencia fáctica de las condiciones para recibir legalmente el pago del seguro.

Con relación al tercero que desata la situación que le permite al asegurado el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal, es necesario establecer que no es típico el acto del tercero que, con el consentimiento

del asegurado, le produzca una lesión a éste o el acto del tercero que agrava, con el consentimiento del asegurado, las consecuencias de un infortunio para que el asegurado pueda realizar el cobro indebido del seguro u otro provecho ilegal. En efecto, el artículo 220 Cód. pen. solamente castiga el acto del asegurado (y no de un tercero) que se produce a sí mismo la lesión o que se agrava por sí mismo las lesiones consecuencia de un infortunio. Penalmente no hay responsabilidad en este caso del asegurado por el cobro ilegal del seguro o de otro provecho ilegal. El tercero no puede ser autor, porque la ley penal no considera típica su autoría. El tercero tampoco puede ser autor de lesiones, porque éstas suponen una actuación en contra de la voluntad del lesionado.

Pensamos que en este caso debe castigarse, *de lege ferenda*, al asegurado y al tercero que, con el consentimiento o sin él, lesiona al asegurado. Esta es un de las reformas *de lege ferenda* que plantearemos.

30.- En el caso de que el asegurado o el tercero se encuentren en error sobre la existencia de una pretensión fundada del asegurado al monto del seguro, ha habido diferentes posiciones en la doctrina:

1) Con relación a los casos de error sobre la existencia de una pretensión jurídica sobre la cosa asegurada, hay las siguientes posiciones doctrinales:

a) La jurisprudencia alemana (BGH, NStZ 1986, pág. 314 s.; BGH, NStZ, 1986=87, pág. 505 s.) considera que en la especie hay un delito consumado de estafa de seguro, pues este delito es de peligro abstracto.

b) Otra posición doctrinal⁸⁹ considera que en el caso de una falsa valoración sobre pre-

87 Así, entre otros, *Mitsch*, Strafrecht, BT 2/2, 2003, § 3, Rdn. 126; *Leipold/Tsambikakis/Zöller*, 2011, § 265, Rdn. 9.

88 En este sentido, *Fischer*, § 265, Rdn. 8; *Lackner/Kühl*, § 265, Rdn. 26; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 41, 2009, Rdn. 201; *Rengier*, 2010, § 15, Rdn. 7; *Schröder*, Regina, 2000, pág. 131; *Wessels*, BT, Teil 2, 1994, Rdn. 623; *Tiedemann*, LK, § 265, Rdn. 26.

89 Así, *Ranf*, Jura, 1985, pág. 393 ss. (401 s.).

tensiones civiles lo que existe simplemente es un delito ilusorio. Por consiguiente, hay impunidad.

c) Otros autores⁹⁰, que parten de la existencia de una ventaja patrimonial antijurídica en el sujeto activo, consideran que lo que existe en el caso es una tentativa inidónea por la existencia de un error sobre las circunstancias de hecho del tipo penal, mientras que sería un delito ilusorio no punible el caso de errónea valoración sobre circunstancias normativas.

d) Otros autores⁹¹ consideran que el § 265 StGB del Código Penal alemán, similar en este aspecto a nuestro Art. 220 Cód. pen., solamente presupone la intención de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal. Por ello, no es relevante si el asegurado tiene o no derecho a la pretensión a la que aspira. Por lo tanto, una determinada representación del autor sobre tal circunstancia no es necesaria. El Art. 220 Cód. pen., primer párrafo, se realiza, por consiguiente, cuando el hecho recae sobre una cosa asegurada, respecto a la cual cualquier tercero actúa con el propósito de que el asegurado reciba una suma del seguro. Esta es la posición que creemos correcta en nuestro derecho penal, pues el Art. 220 Cód. pen. dice que se sanciona al que, “*con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal*”, destruir, dañar o hiciere desaparecer una cosa asegurada.

2) Cuando un asegurado, con el propósito de obtener el pago indebido de un seguro o de otro provecho ilegal, se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio, la

situación difiere de la estafa del seguro sobre cosas. En este caso no interviene un tercero (que no puede ser autor) y el propósito del asegurado solamente puede ser lograr para sí mismo (y no para otro) el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal. Por consiguiente, para el autor tiene relevancia la representación del asegurado de si él tiene o no derecho a la pretensión de pago del seguro o del provecho ilegal a que aspira.

Normalmente quien se hace una lesión o se agrava las lesiones de un infortunio, actúa antijurídicamente pues tales conductas,- la lesión o el agravamiento de un lesión-, generan un pago adicional al que no tenía derecho el asegurado y es, por lo tanto, antijurídico. Pero puede ocurrir que el agente se lesione a sí mismo o se agrave las consecuencias de un infortunio creyendo tener al derecho al cobro de un seguro, cuando en realidad no tenía de seguro. Por ejemplo, A, que tiene trabajadores a su servicio, les dice a éstos que están asegurados con el INS por riesgos profesionales. B, trabajador de A, se autolesiona voluntariamente para recibir pago del seguro del INS. Pero a la hora de cobrar el seguro por incapacidad, B se da cuenta que nunca estuvo asegurado y que lo que le dijo A era una mentira. En este caso, se trata de un delito ilusorio o a lo sumo de una tentativa inidónea del delito de estafa de seguro, que es impune en nuestro derecho.

31.- La expresión “*lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal*” del primer párrafo o la expresión “*lograr para sí el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal*” del segundo párrafo del Art. 220 Cód. pen. implican la existencia de un delito de tendencia interna trascendente, que requiere un querer dirigido a un fin, es decir,

90 Así, Schönke/Schröder-Lenckner, § 265, Rdn. 14; Rengier, § 15, Rdn. 12.

91 Así, Geppert, Jura 1998, págs. 383 ss. (385); Schröder, Regine. 2000, pág. 132.

*un dolo directo de primer grado*⁹². La anterior es la posición que consideramos correcta.

Rechazamos, por lo tanto, las posiciones doctrinales que consideran que el propósito o intención puede afirmarse cuando el autor actúa con dolo eventual con relación a la consecución del seguro⁹³ o cuando actúa con dolo directo de segundo grado⁹⁴.

III.- FORMAS DE MANIFESTACIÓN Y PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO. CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA

32.- En esta sección estudiaremos la formas de manifestación del delito de estafa de seguro (autoría y participación, consumación y tentativa y problemas concursales), los problemas de la penalidad, las conclusiones de nuestro estudio y las recomendaciones *de lege ferenda*.

A.- FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO

1.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

33.- El hecho de que el legislador relacione el Art. 220 Cód. pen. con el Art. 216 Cód. pen. (delito de estafa), tiene por consecuencia una limitación del círculo de los potenciales autores. Con relación a la participación valen las reglas generales.

(1) Autor de la primera alternativa del Art. 220 Cód. pen. puede ser el asegurado o el ter-

cer, incluso extraño al seguro, en tanto ambos actúen con el propósito de cobrar o lograr para sí o para otro el cobro ilegal de un seguro o de otro provecho ilegal⁹⁵. En esta primera alternativa es posible la autoría mediata, como lo demuestra el siguiente ejemplo: A convence a su pequeño hijo de tres años de arrojar un fósforo sobre la paja del granero. El niño hace lo que le dice A y se quema el granero y la casa, que era lo que A quería para cobrar el seguro.

Poco problemáticos son los casos en los que el asegurado mismo destruye, daña o hace desaparecer la cosa asegurada para lograr para sí o para otro un provecho ilegal. Pero puede ocurrir que el asegurado no sea quien destruyó la cosa, pero que sí sabía y estaba de acuerdo con la acción del tercero que destruyó, dañó o hizo desaparecer la cosa asegurada. En tal caso, el asegurado puede ser instigador o cómplice del delito de estafa de seguros cometido por el tercero. En efecto, es el tercero quien realizó el tipo objetivo. Este consiste simplemente en la destrucción, el daño o en hacer desaparecer la cosa asegurada, con la finalidad que indica el Art. 220 Cód. pen⁹⁶.

34.- Autor de la segunda alternativa solamente puede ser el asegurado, que es quien debe lesionarse o agravar él mismo las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio.

El tercero extraño al seguro no puede ser autor, pues le falta la condición de la “*autoridad*” establecida en la ley. El tercero podría ser instigador o cómplice del asegurado, que es el único que puede ser autor. Respecto a la

92 Así, entre otros, Joecks, 2007, § 265, Rdn. 10; Fischer, § 265, Rdn. 9; Krets, 2001, pág. 84; Lacner/Kühl, § 265, Rdn. 4; Lindenau, 2005, pág. 438; Rengier, BT I, 2010, § 15, Rdn. 3; Schlüchter/Baum, 1998, § 265, Rdn. 9; Schönke/Schröder/Perron, § 265, Rdn. 9; Schönder, Regine, 2000, pág. 135; Wirth, 2004, pág. 235.

93 Así, Brockers, 1999, págs. 153 ss.

94 Así, Engemann, 2000, pág. 164 ss.

95 Así, Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 265, Rdn. 14; Matt/Renzikowski, 2013, § 265, Rdn. 7.

96 Así, Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, 2009, § 41, Rdn. 203.

situación del tercero pueden distinguirse dos situaciones:

1) Cuando el autor se causa las lesiones o agrava las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio, el tercero puede ser cómplice o instigador del delito de estafa de seguro, pero no autor ni coautor. Pero con relación al delito de lesiones causadas por el asegurado, no existe complicidad ni instigación, dado que por tales lesiones no es punible quien se las cause a sí mismo. Por consiguiente, falta la nota de accesoriedad de la conducta del partícipe respecto a la conducta del autor, que caracteriza la autoría y la participación.

2) Cuando es el tercero quien causa lesiones o agrava las lesiones causadas por un infortunio al asegurado con el consentimiento de éste, quien quiere cobrar ilegalmente el seguro u otro provecho ilegal, no existe el delito de estafa de seguro por falta de autoridad, pero tampoco existe el delito de lesiones por la existencia del consentimiento del derecho-habiente.

2.- CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

35.- La punición de la tentativa de cualquiera de los delitos es ordenada por el legislador en el Art. 24 Cód. pen. El legislador establece que solamente no es punible la tentativa cuando se trate de contravenciones (Art. 73 Cód. pen.). Puesto que la estafa de seguro (Art. 220) es un delito, entonces es punible la tentativa.

La doctrina alemana⁹⁷ considera que debe castigarse la tentativa inidónea, que existe cuando la cosa no tenga la idoneidad para servir de objeto material del delito de estafa de seguro. Por ejemplo, A cree que deter-

minada cosa está asegurada, cuando en realidad no lo está. A destruye la cosa que él cree asegurada para lograr para sí mismo o para un tercero el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal. Nosotros pensamos que no es posible considerar punible la tentativa inidónea, en consideración al principio de lesividad, propio del bien jurídico.

Puede haber circunstancias fácticas, independientes de la voluntad del autor, que hagan imposible la consumación. Por ejemplo, A quiere cobrar el seguro sobre un caballo fino. Para ello debe matarlo. A toma una pistola que cree verdadera, dispara sobre el caballo, pero la pistola era de juguete. O por ejemplo, existe una tentativa punible cuando un sujeto toma un vaso asegurado con la finalidad de dañarlo y con posterioridad cobrar el seguro, pero en último momento no puede hacerlo porque su hijo pequeño que lo llama⁹⁸. O bien, para cobrar indebidamente el seguro, A se propone agravar las consecuencias de las lesiones causadas por un infortunio. En el momento en que se dispone hacerlo, A es recogido por la Cruz Roja, la que lo lleva a un hospital, en donde determinan la gravedad de las heridas sufridas.

Precisamente en el caso de la estafa de seguro, acto preparatorio de la estafa general convertido en delito independiente es ponerse de modo inmediato a realizar la acción descrita en el tipo penal. Este acto preparatorio coincide con el comienzo de la acción típica⁹⁹. Por ejemplo, en el caso de destrucción de la cosa para cobrar el seguro, los actos de tentativa se inician con el inicio del daño de la cosa. Una separación entre actos de ejecución y consumación no es posible en el ámbito de destrucción o de daños, pues ya con el efec-

⁹⁷ Así, *Schröder, Regine*, 2000, opág. 141.

⁹⁸ Así, *Rönnau*, JR 1998, págs. 441 ss. (446); *Lindennau*, 2005, pág. 444.

⁹⁹ Así, *Kindhäuser*, NK, § 265, Rdn. 8.

to sobre la cosa, la cosa por regla general es dañada¹⁰⁰. Podemos concluir, por lo tanto, que una separación entre tentativa y consumación y entre tentativa y actos preparatorios es difícil¹⁰¹. Actos de consumación de la estafa de seguro es el daño, la destrucción o el hacer desaparecer la cosa asegurada con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro o de otro provecho ilegal. Tales actos son preparatorios respecto a la estafa general prevista en el artículo 216 Cód. pen. En la estafa general es acto de ejecución, por ejemplo, establecer la demanda contra la empresa aseguradora para el cobro indebido del seguro o de otro provecho ilegal.

36.- Al delito de estafa de seguro se aplican las reglas generales del arrepentimiento activo, el cual existe cuando el autor impide activamente la producción de los daños a la empresa de seguros¹⁰². Por ejemplo, A dejó su auto en el garaje de un experto traficante de autos robados, con la finalidad de simular un robo del auto y así poder cobrar indebidamente el seguro. Pero luego abandona esa intención y en vez de denunciar ante la empresa de seguros el auto como hurtado, denuncia la situación y la policía arresta al traficante de autos.

3.- CONCURSOS DEL ARTÍCULO 220 CÓD. CON OTROS TIPOS PENALES

37.- La doctrina y la legislación alemanas consideran que la estafa de seguro (§ 265 StGB) está en relación de subsidiariedad formal con el § 263 StGB (estafa general). En consecuencia, si el hecho realiza § 263 StGB

se excluye por subsidiariedad formal § 265 StGB. Lo anterior vale también cuando el autor, en tanto que apoderado del asegurado y sin que éste lo sepa, comete una estafa en autoría mediata, en tanto él utilice el error del asegurado¹⁰³.

La subsidiariedad asumida por la doctrina alemana se fundamenta en la identidad de los hechos desde el punto de vista procesal¹⁰⁴. Lo anterior porque de lo contrario habría una doble punición en los casos en los que no puede afirmarse una unidad de acción como cuando el asegurado comete él mismo el hecho de destrucción de la cosa y denuncia el hecho de la pérdida por un infortunio a la casa aseguradora. Por ejemplo, el asegurado quemara voluntariamente el objeto con la intención de lograr el pago indebido de un seguro (delito de incendio voluntario) y posteriormente hace la denuncia ante la casa aseguradora de un siniestro que afectó la cosa. La denuncia del asegurado afirma un hecho falso (ardid), con la finalidad de producir un engaño en el representante de la casa aseguradora, pero el acto dispositivo de éste, productor del perjuicio, se frustra por causas independientes de la voluntad del asegurado. Este asegurado ha cometido el delito de tentativa de estafa, castigable con la pena establecida por este último delito. La tentativa de estafa consumada desplaza por subsidiariedad tácita al delito de estafa de seguro consumada. La subsidiariedad vale también en los casos de participación en una estafa consumada o en estado de tentativa, incluso si el autor de la estafa de seguro es también cómplice de una estafa tentada, lo cual puede tener por consecuen-

100 Así, *Lindenau*, 2005, pág. 444, nota 1702.

101 Así, *Lindenau*, 2005, pág. 444.

102 Así, *Geppert*, Jura 1998, págs. 384 s.; *Rengier*, BT I, 2010. § 15, Rdn. 8.

103 Así, entre otros, *Fischer*, § 265, Rdn. 18; *Matt/Renzikowski*, 2013, § 265, Rdn. 10.

104 Así, entre otros, *Fischer*, § 265, Rdn. 17; *Mitsch*, Bd. 111 (1999), págs. 65 (118); *Engemann*, 2000, pág. 210 ss.; *Satzger/Schmitt/Widmaier*, 2009, § 265, Rdn. 15; *Matt/Renzikowski*, 2013, § 265, Rdn. 15.

cia que ese cómplice sea castigado menos severamente.

En el Derecho Penal costarricense existe esa relación de subsidiariedad, al menos material. Si el asegurado destruye la cosa asegurada o se produce a sí mismo una lesión o agrava las consecuencias de una lesión causada por un infortunio con la finalidad del cobro ilegal de un seguro u otro provecho ilegal consuma ya el delito de estafa de seguro. Si el agente hace además la denuncia a la casa aseguradora de la desaparición de la cosa, que califica como robo, o de la lesión como producto de un siniestro con la finalidad de cobrar el pago indebido de un seguro o de otro provecho ilegal, existe el delito de tentativa de estafa general. Si el agente logra su propósito y logra el pago indebido de un seguro o de otro provecho ilegal, el Art. 220 Cód. pen. es desplazado por subsidiariedad material por el delito de estafa (Art. 216 Cód. pen.), aunque en tal caso, por disposición legal, la pena será la contemplada en el artículo 223 Cód. pen. La referencia a la apropiación y retención indebida prevista en el Art. 223 Cód. pen. es únicamente respecto a la pena (que a su vez remite a la pena del delito de estafa después de reforma por Ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982). Sin embargo, la relación de subsidiariedad material se establece entre el artículo 220 Cód. pen. (estafa de seguro) y el artículo 216 Cód. pen. (delito de estafa).

38.- Cuando la cosa es ajena, total o parcialmente, y el autor de la destrucción, de los daños o hacer desaparecer la cosa asegurada no cuenta con el acuerdo del propietario o propietarios, puede haber concurso ideal¹⁰⁵ entre el delito de estafa de seguro y el delito, según el caso, de hurto (208 Cód. pen.), de estelionato, especialmente en sus modalida-

des del Art. 217 inciso 2 (desbaratamiento de derechos acordados) o del Art. 217 inciso 3 (privación de la cosa o su daño de quien tenga la cosa legítimamente en su poder, frustrando así el derecho de otro), de daños (Art. 228 Cód. pen.), de incendio (Art. 253 Cód. pen.), etc.

B.-PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO

1.- PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO SI EL AGENTE NO LOGRA SU PROPÓSITO

39.- Desde la promulgación del Código Penal actual hasta la fecha, la estafa de seguro del Art. 220 Cód. pen. (acto preparatorio de la estafa general) ha tenido la misma pena, que es prisión de seis meses a tres años y treinta a cien días multa. Esta pena se aplica al que, con el propósito de lograr el pago de un seguro u otro provecho ilegal, *pero sin lograr su propósito*, destruyere, dañare o hiciere desaparecer una cosa asegurada o se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio.

El Art. 220 Cód. pen. es uno de los pocos delitos que tienen como pena prisión y multa.

Cuando la estafa de seguro, que es un acto preparatorio de la estafa general, se transforma en un acto de ejecución de la estafa general, la estafa general desplaza por subsidiariedad material al delito de estafa de seguro del Art. 220 Cód. pen.

2.- PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO SI EL AGENTE LOGRA SU PROPÓSITO

40.- Si el autor de la estafa de seguro *“logra su propósito la pena será la contemplada en el artículo 223”* (Art. 220 Cód. pen.).

¹⁰⁵ Así, *Matt/Renzikowski*, 2013, § 265, Rdn. 12.

Como se dijo, el artículo 223 Cód. pen. (apropiación y retención indebidas), después de la reforma de este artículo por Ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982, remite al artículo 216 Cód. pen. (delito de estafa) para imponer la pena. Y el artículo 216 Cód. pen. establece:

- 1) Prisión de dos meses a tres años, si el monto de defraudado no excediere de diez salarios base.
- 2) Prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

Al remitir el Art. 220 Cód. pen. al Art. 223 Cód. pen. y éste al Art. 216 Cód. pen. se produce la siguiente consecuencia absurda: si el agente quema una cosa asegurada cuyo valor no sobrepase diez salarios base con la finalidad de obtener el cobro ilegal de un seguro, *pero sin lograr su propósito*, recibirá pena de seis meses a tres años de prisión y de treinta días multa (Art. 220 Cód. pen., párrafo 1). Pero si el mismo sujeto quema la cosa cuyo valor no sobrepase diez salarios base, con la finalidad de obtener el cobro ilegal de un seguro, *pero logra su propósito*, recibirá pena de dos meses a tres años de prisión (Art. 216 inc. 1 Cód. pen.). ¡La pena es menor para el sujeto que logra su propósito que la pena de aquel que no logra su propósito, cuando se trata de cosas cuyo monto no excediere de diez veces el salario base!

C.- LA ESTAFA DE SEGURO DE LEGE FERENDA

41.- El punto central de la crítica de la estafa de seguro en la forma como existe esta figura en el Código Penal costarricense y en el Código Penal alemán se concentra en el problema del adelantamiento de la punibilidad hasta etapas muy tempranas de una agresión

del bien jurídico tutelado¹⁰⁶. Nosotros partimos del supuesto de que el bien jurídico protegido por el Art. 220 Cód. pen. es únicamente el patrimonio y que la función social de la empresa de seguros es protegida como un reflejo de la protección de su patrimonio. El Art. 220 Cód. pen., sin embargo, prevé una figura que no llega a una tentativa de estafa, sino que es un acto preparatorio con relación a la estafa general convertido en delito independiente.

En la doctrina alemana se ha discutido si la punición del delito de estafa de seguro, tal y como está configurado en el § 265 del Código Penal alemán, similar a nuestro Art. 220 Cód. pen., se justifica, precisamente por el adelantamiento de la punición a etapas tempranas de agresión del bien jurídico tutelado. Refiriéndose al § 265 del Código Penal alemán, similar a nuestro Art. 220 Cód. pen., dice Geppert¹⁰⁷ que lo preocupante de esa norma es que ella entra en conflicto con el principio de subsidiariedad penal de protección de los bienes jurídicos a causa de la extensa aplicación que cubre. Rönnau¹⁰⁸ cree que la enorme extensión del tipo penal entra en conflicto con el principio de “ultima ratio” del Derecho Penal y considera que la estafa de seguros, que castiga un acto preparatorio de la estafa general, se aproxima de manera peligrosa al Derecho Penal de autor.

En nuestro criterio debe protegerse el patrimonio de las empresas aseguradoras contra actos que atentan contra su patrimonio. La estafa de seguro está en la línea de atentado al patrimonio de la empresa aseguradora. Preferimos dejar vigente el Art. 220 Cód. pen. pues pensamos que el Art. 220 Cod. pen. no es inconstitucional por su inmediata referencia a bien jurídico individual, que es el patrimonio de la empresa aseguradora.

106 Así, Schröder, Regine, 2000, pág. 148.

107 Así, Geppert, Jura, 1998, págs. 382 ss. (386).

108 Así, Rönnau, JR 1998, págs. 441 ss. (445).

42.- Creemos que el artículo 220 Cód. pen. debe configurarse en el futuro de la siguiente manera:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con treinta a cien días multa, (1) *siempre que el hecho no sea punible por el artículo 216 del Código Penal*, el que, con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal:

1.-Destruya, dañe, haga desaparecer (2) *abandone una cosa asegurada o le suprima su utilidad.*

2.- Se produjere una lesión o *le pidiera a otro que le produzca la lesión* o agrave o *le pidiere a otro que agrave* (3) las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio. *En este último caso, serán considerados coautores tanto quien se produce la lesión o quien agrava las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio como el tercero quien produce la lesión o agrave las consecuencias de un infortunio con el consentimiento del asegurado* (4).

La pena será la contemplada en el Art. 216 Código Penal si el agente logra su propósito”

Las innovaciones introducidas en el Art. 220 Cód. pen. son las siguientes:

(1) *“siempre que el hecho no sea punible por el artículo 216 del Código Penal”*. Esta frase indica que entre la estafa de seguro y la estafa general hay una relación de subsidiariedad expresa, de modo que la primera es desplazada por la segunda.

(2) *“abandone una cosa asegurada o le suprima su utilidad”*. Estos verbos revelan nuevos modos de quitarle el valor a la cosa, conducta en perjuicio de la casa aseguradora.

(3) *“le pidiere a otro que le produzca la lesión” o “le pidiere a otro que agrave”*. Con esta frase queremos llenar la laguna que existe actualmente en el párrafo II del Art. 220

Cód. pen., que solamente castiga el hecho de autoproducirse una lesión o de agravar por sí mismo las consecuencias producidas por un infortunio para cobrar un seguro u otro provecho ilegal. La innovación consiste en castigar las lesiones producidas por un tercero o la agravación de las lesiones producidas por un tercero con el consentimiento del asegurado.

(4) *“En este último caso, serán considerados coautores tanto quien se produce la lesión o quien agrava las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio como el tercero quien produce la lesión o agrave las consecuencias de un infortunio con el consentimiento del asegurado”*. El asegurado y el tercero, que causa o agrava las lesiones a petición del asegurado, son considerados como coautores. Se trata de una ficción, pues de antemano sabemos que no puede haber coautoría entre el sujeto que tiene la condición requerida por el tipo penal (la condición de asegurado) y quien no la tiene (el tercero, que actúa por petición del asegurado).

(5) *“La pena será la contemplada en el Art. 216 Código Penal si el agente realiza una tentativa de estafa (Art. 216 Cód. pen.) o logra su propósito”*. Tanto en el caso de que haya una tentativa de estafa (general) como en el caso de que el agente logre su propósito debe aplicarse la pena del artículo 216 Cód. pen. La referencia debe ser al Artículo 216 Cód. pen. y no, como lo hace actualmente el Art. 220 Cód. pen. al Art. 223 Cód. pen. (apropiación y retención indebida). Lo anterior se hace con la finalidad de evitar las contradicciones señaladas con relación a las penas (véase Capítulo Tercero, # 40) y con la finalidad de subrayar la relación de subsidiariedad expresa establecida entre el Art. 220 Cód. Pen. y el Art. 216 Cód. pen.

D.- BIBLIOGRAFÍA

- Baumann*, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", JZ 1983, págs. 935 ss.
- Bottke*, "Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland-Lösungen und Defizite", wistra, 1991, págs. 1 ss.
- Boldt*, "Anmerkung zu RG 3. Str, Sen. v. 6 Jan. 1941, 3 D 782/40", DR 1941, págs. 2247 s.
- Brodag*, "Stafrecht", BT, Lehrbuch", 9Aufl., Stuttgart/ München/ Hannover/ Berlin/ Weimar/ Dresden, 2004.
- Bröckers*, "Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB)", Aachen, 1999.
- Bruck*, "Das Privatversicherungsrecht", Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930.
- Bussmann*, "Konservative Anmerkungen zur Ausweitung des Strafrechts nach dem sechsten Strafrechtsreformgesetz", StV 1999, pág. 613 ss.
- Castillo González*, "El bien jurídico penalmente protegido". San José, 2008.
- Castillo González*, "El delito de daños simples y agravados", San José, 2004.
- Chinchilla Sandí*, "Derecho penal Económico y delitos informáticos *Ciberdelito)", en "Ensayos sobre el Derecho Penal Económico y de Empresa", San José, 2013, págs. 469 ss. ss.
- Chirino Sánchez*, "Aspectos Fundamentales del Derecho Penal Económico" "Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas", en "Ensayos sobre el Derecho Penal Económico y de Empresa", San José, 2013, págs. 13 ss.
- Die Pietro*, "Los riesgos de los viajeros en el dercho romano", en "Derecho de seguros". Homenaje de la Asociación Argentina de Seguros al profesor doctor Juan Carlos Felix Morandi, Buenos Aires, 2001.
- Donna*, "Derecho Penal" "Parte Especial", tomo II-B, Santa Fe, 2001.
- Ebel*, "Zur Geschichte des Versicherungsbetruges (§ 265 StGB)". "Das versenkte Schule", Jura 1997, págs. 187 ss.
- Engemann*, "Die Regelung des Versicherungsmissbrau (§265 StGB) nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz", Göttingen, 2000.
- Einsenberg*, "Kriminologie". 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1995.
- Figari*, "Delitos de Indole Patrimonial", II, Rosario, Sante Fé, 2000.
- Gatti/Marini*, "Codice penale e di procedura penale e leggi complementari", Napoli, 1992.
- Geerds. Detlev*, "Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschts", Lübeck, 1990.

- Geerds, Friedrich*, "Versicherungsmisbrauch (§ 265 StGB)", FS Welzel, Berlin/New York, 1974, pág. 841 ss.
- Geerds, Friedrich*, "Probleme der Wirtschaftskriminalität und ihrer Bekämpfung" (1), Krim. 1968, págs. 234 ss.
- Goldschmidt, Levin*, "Das receptumnautarum cauponum, stabulariorum", Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR), Bd. 3 (1860), págs. 58 ss.
- Goldschmidt, Levin*, "Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen", ZHR, Bd. 16 (1871), págs. 271 ss.
- Göppinger*, "Kriminologie", 5. Aufl., München, 1997.
- Haberl-Hofreiter*, "Das österreichische Strafgesetzbuch". 8. Aufl., Weiz, 1981.
- (von) *Heintschel-Heinegg*, "StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar", München, 2010.
- Hörnle*, "Die wichtigsten Änderungen des besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts", Jura, 1998, págs. 169 ss.
- Kastner*, "Der Versicherungsbetrug (§ 265 StGB)", Diss. Tübingen, 1928.
- Kaiser*, "Kriminologie". 3. Aufl., Heidelberg, 1996.
- Kaufmann, Arthur*, "Der Versicherte Lastzug", JuS 1987, págs. 306 ss.
- Kienapfel*, "Grundriss des österreichischen Strafrechts", Besonderer Teil II ("Delikte gegen Vermögenswerte), 2. Aufl., Wien, 1988.
- Kohlhaas*, "Der Betrug in der Versicherung", VersR 1965, págs. 1 ss.
- Krets*, "Strafrechtliche Erfassung des Versicherungsmisbrauchs und des Versicherungsbetrugs nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz", Heidelberg, 2001.
- Leipold/Tsambikakis/Zöllner*, "StGB Strafgesetzbuch", Bonn, 2011.
- Lindenau*, "Die Betrugsstrafbarkeit des Versicherungsnehmers aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht", Hamburg, 2005,
- Maggiore*, "Derecho Penal". "Parte Especial", Volumen V, Bogotá, (trad.), 1972
- Matschewsky*, "Der Versicherungsbetrug im künftigen Recht", Diss. Köln, 1934.
- Mitsch*, "Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz", ZStW Bd. 111 (1999), págs. 65 ss.
- Monge Alfaro*, "Nuestra Historia y los Seguros", San José, 2ª. edición, 1994.
- Müller*, "Zur Geschichte des Versicherungswesens in England", en "Ehrenzweigs Assekuranz Jahrbuch 1883, Band. 4, Teil 3, págs. 10 ss.
- Leipold/Tsambikakis/Zöllner*, "AnwaltKommentar StGB", Bonn, 2011.

- Oberhansberg*, "Der Versicherungsbetrug und sein Verhältnis zu Betrug, Brandstiftung und Sachbeschädigung nach geltendem und künftigem Recht", Diss. Köln, 1930.
- Otto*, "Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte". 5. Aufl. Berlin/New York, 1998,
- Otto*, "Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch-Kriminalpolitische und damit verbundene rechtsdogmatische Probleme von Wirtschaftsdelikten". Jura, 1989, págs. 24 ss.
- Penhoat*, "Droit Pénal", Paris, 1987.
- Prölss/Martin*, "Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen; unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung", 27. Aufl. , München, 2004.
- Ranft*, "Grundprobleme beim sog. Versicherungsbetrug (§ 265 StGB)", Jura 1985, págs. 393 ss.
- (von) Rintelen*, "Überindividuelle Rechtsgüter im Vorfeld des Betrugese- Eine Untersuchung zu §§ 265 und 265 b StGB", Diss., Bonn. 1993.
- Rönnau*, "Das neue Straftatbestand des Versicherungsmisbrauchs- ein wenig geglückte Gesetzesregelung", JR 1998, págs. 441 ss.
- Schad*, "Betrügerei gegen Versicherungen, Ein Beitrag zur kriminologischen und strafrechtlichen Problematik der Wirtschaftskriminalität", Diss. München, 1965,
- Schlüchter/Baum*, "Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz", Frankfurt am Main, 1998.
- Schröder (Regine)*, "Versicherungsmisbrauch- § 265 StGB", Pforzheim, 2000.
- Schroeder (Friedrich-Christian)*, "Anmerkung zu BGH v. 15. 1. 1974-5 St.R 602/73, JR 1975, pág. 71 ss.
- Schroth*, "Strafrecht" "Besonderer Teil. Examensrelevantes Wissen unter Einarbeitung des 6. Strafrechtsewformgesetzes und neuerer Rechtsprechung", 3. Aufl., Suttgart, München, Hannover, etc., 2000.
- Seier*, "Zum Rechtsgut und zur Struktur des Versicherungsbetrug (§ 265 StGB)", ZStW Bd. 105 (1993), págs. 321 ss.
- Stächelin*, "Das 6. Strafrechtsreformgesetz –Von Streben nach Harmonie, grossen Reformen und Höheren Strafen", StV 1998, págs. 98 ss.
- Suchan*, "Versicherungsmisbrauch- Erscheinungsformen und Strafreform", en "Die Verbrechen in der Wirtschaft", Hrsg. Klaus Tiedemann, 2. Aufl., Karlsruhe, 1972, págs. 83 ss.
- Volk*, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", JZ 1982, págs. 85 ss.
- Weber*, "Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte", Beiheft zur Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin/New York, 1987,

Wilda, "Geschichte des Gildenwesens im Mittelalter", Halle, 1831.

Wirth, "Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Schutzes des Privatversicherungswesens durch Sondernormen-Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 265 und 263 Abs. 3 S. 2 Nr5 StGB", Berlin, 2004.

Wohlers, MK, § 265,

Wolff, "Die Neuregelung des Versicherungsmisbrauchs (§ 265, 263 Abs. 3 Satz 2, Nr.5 StGB)", Frankfurt am Main/Berlin/Bern, etc., 1999.



"La cosecha". Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez

**AVATARES DEL RECURSO
DE REVISIÓN PENAL EN COSTA RICA:
O SOBRE CÓMO EL EXCESO DE TRABAJO
EN LOS TRIBUNALES SE CONVIERTE EN
FUENTE INMACULADA DE CREACIÓN NORMATIVA**

Minor E. Salas

*Universidad de Costa Rica,
Instituto de Investigaciones Jurídicas*

“...si hay algo de ‘perversión’ en todo esto sería privar a la víctima de un error judicial del único instrumento que le queda para procurar su enmienda (la Revisión)...” (Arce Viquez, J. L.).

“La pregunta por la justificación y, por ende, la pregunta por las razones de validez normativa del derecho... resulta así mutilada; una tradición filosófica de más de mil años de antigüedad (la de justificar las normas), es arrojada al cesto de la basura.” (Larenz, K.)

Resumen: La tesis fundamental del presente artículo es la inconstitucionalidad de la derogación de la norma que permitía interponer un Recurso de Revisión en materia penal por violación al debido proceso. Específicamente se trata de la derogación del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal, por medio de la Ley No. 8837 del 3 de mayo del 2010. La tesis de la inconstitucionalidad de esta reforma se sostiene con base en argumentos denominados estructurales, que atacan la esencia o la legitimidad de la reforma y la derogación indicada; y con base en argumentos que se llamarán complementarios, que atacan las aparentes razones que se esgrimieron para implementar la reforma.

Palabras clave: Proceso Penal, Recurso de Revisión, Debido Proceso, Ley No. 8837

Abstract: The fundamental thesis of this article is the unconstitutional repeal of the rule that allowed file an appeal for review in criminal matters because of a violation of due process. Specifically it is the abrogation of subsection g) of article 408 of the Criminal Procedure Code, by Law No. 8837 of May 3, 2010. The thesis of the unconstitutionality of this reform is held on the basis of so-called structural arguments that attack the essence or the legitimacy of the reform and the abrogation indicated; and based on arguments that are called complementary, attacking the apparent reasons wielded to implement reform.

Keywords: Criminal Procedure, Appeal for Review, Due Process, Law N. 8837

(I) TESIS FUNDAMENTAL DEL ARTÍCULO

El presente artículo versa sobre una cuestión jurídica muy específica: el recurso de revisión en Costa Rica y, concretamente, sobre la derogación de la norma que regulaba la posibilidad de interponer un recurso de revisión basándose en la violación al debido proceso. La **tesis puntual** que se va a defender es la siguiente: la reforma legal gestada por la “*Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, (y) otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*” (Ley No. 8837, del 03 de mayo del 2010) mediante la cual se derogó el inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal (que regulaba el recurso de Revisión por violación al debido proceso), es *inconstitucional*, pues se lesionan derechos básicos de los individuos, como es su derecho a no ser condenado mediante una sentencia arbitraria o equivocada jurídicamente, recogidos en instrumentos internacionales de rango superior, como el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos o el numeral 14.1 y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, e igualmente en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política costarricense.

La derogación de ese inciso (que tuvo una vigencia y validez plena desde 1989 en el ordenamiento jurídico nacional) causa, por consiguiente, mucho más daño que beneficio. Su eliminación fue un error jurídico. No un acierto. Esa derogación viola, adicionalmente, el denominado *principio de no-regresión* en la tutela de los derechos fundamentales, pues al suprimirse, como causal de Revisión, ese conjunto de garantías individuales para el imputado, contenidas en la noción jurídica del “devido proceso”, se está regresando a un estadio

anterior del ordenamiento jurídico; es como si, valga la imagen gráfica *per analogiam*, después de alcanzarse en una sociedad, a base de muchísimo esfuerzo, la salvaguardia del principio de igualdad, se volviera a instaurar la esclavitud como institución oficial. Una reforma así, es simplemente nula e inconstitucional y debería declararse tal por parte de las instancias respectivas de control de constitucionalidad (en este caso la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

(II) LAS RAZONES QUE RESPALDAN LA TESIS ACÁ POSTULADA

Los argumentos en los cuales se basa la tesis expuesta son, concretamente, de dos tipos: Unos argumentos denominados *estructurales* (que atacan, en esencia, la legitimidad de la reforma y la eventual derogación del numeral citado) y otros argumentos que llamaremos *complementarios* (que atacan las aparentes razones que se esgrimieron para implementar esa reforma). Una vez abatidas las razones para la reforma, así como las razones que la respaldaron, quedaría, por principio, demostrada la invalidez lógica y jurídica de la anulación de la norma citada.

(1) LAS RAZONES ESTRUCTURALES

Primera razón: La derogación del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal adolece de una justificación racional plausible, desde la perspectiva de los fines que perseguía esa disposición.

Crear una ley, o en su defecto derogar una ley, debería presuponer siempre, en el plano valorativo, una *justificación racional* (entendida acá la “racionalidad” en el sentido es-

pecífico que elaboró Max Weber, o sea, como una relación entre unos fines y unos medios para alcanzar tales fines; o sea, la denominada *Zweckrationalität*) (vid., al respecto Weber, M., 1956, pp. 599 y ss.) En este caso, el fin es la protección del inocente, mediante el establecimiento de un mecanismo más o menos idóneo para criticar la validez lógica o epistemológica de un fallo. No se crean (*rectius*: no se deberían crear) leyes por capricho. Ni tampoco se deberían derogar por mera arbitrariedad. Las leyes buenas hay que conservarlas y las malas, derogarlas; pero no al revés. Existe en el ordenamiento jurídico un presupuesto elemental que se denomina, justamente, “interdicción de la arbitrariedad”. Este elemento de justificación de la acción judicial o legislativa constituye el núcleo de lo que, en sana doctrina jurídica y política, se denomina *legitimidad formal* de las leyes y de la actuación legislativa. Una sentencia es, finalmente, la respuesta a un problema concreto –el caso vital de un individuo de carne y hueso–. Esa respuesta, si equivocada, por falsa o injusta, debe poderse confutar mediante la crítica, la argumentación, la refutación. El derecho, aunque buena parte esté basado en unos dogmas, no ha de operar solo dogmáticamente. Allí también debe aplicarse el *principio de falibilidad epistemológica* (vid., Salas, Minor E., 2005, §34: “El problema de la racionalidad” del derecho procesal penal).

La promulgación de una ley es un acto complejo. En él intervienen distintas fuerzas (desde los grupos de presión ideológica, hasta los múltiples y variados intereses personales de los diputados, desde los partidos políticos y sus respectivas agendas, hasta los llamados agentes morales de la sociedad). Todos tratan de hacer valer, ora directa ora indirectamente, sus intereses y pretensiones. No obstante, esos intereses particulares se diluyen, en bue-

na teoría, con el carácter general y abstracto de la ley; aunque ya sabemos que una cuota de *selectividad normativa* jamás desaparece (ejemplo: el carácter clasista o hasta racista de muchos tipos penales). Se supone, más allá de los cuestionamientos analíticos que uno pueda desplegar al efecto, que una vez que una norma surge a la vida es porque ella satisface una necesidad real, llena un vacío, resuelve un problema. Valga acá el ejemplo: si en una comunidad determinada se promulga, después de un largo y complejo proceso de *lobby* legislativo, una ley para impedir la extinción de una especie animal, o se incorpora un tipo penal para castigar la violencia física contra los niños, entonces se supone que mientras exista la amenaza contra la especie animal o la violencia contra los niños, existirán las normas específicas de protección. A ese elemento fáctico se le conoce como el supuesto de hecho de la norma (el *Tatbestand* de la dogmática alemana). Pareciera un contrasentido, bajo el supuesto heurístico del “legislador racional” (uno de los dogmas del normativismo jurídico), crear una ley penal (con todas las dificultades que ello entraña), para luego derogarla, aun y cuando existan los supuestos de hecho que la motivaron inicialmente.

Igual reflexión se puede realizar no solo frente a la promulgación de leyes, sino también frente a su derogación. Si perviven las condiciones materiales e históricas, o sea de hecho y empíricas, que dieron pie o nacimiento a una determinada ley, entonces no hay una razón suficiente para derogarla. Su derogatoria exigiría una justificación por parte del legislador o del tribunal que la declarase inaplicable (por ejemplo un tribunal constitucional). En algunos ordenamientos jurídicos esta exigencia de preservación formal de la ley es sumamente estricta. Las razones afloran al observar la historia: siempre puede pasar que surja algún

dictador con sable que pretenda abolir lo que se ha logrado con siglos de trabajo. Por ejemplo, en Alemania las leyes que declaran algunos derechos fundamentales de los ciudadanos no pueden derogarse si no se cumplen ciertas condiciones especialmente calificadas. Algunas de esas normas, establecidas en la Constitución Política alemana, están cubiertas por lo que, doctrinariamente, se denomina la *Ewigkeitsklauseln* (la Cláusula de Eternidad)¹. Esta cláusula lo que hace es impedir que se deroguen válidamente unos derechos de las personas por razones de mero capricho del legislador o del gobernante de turno. Si bien es cierto en nuestro ordenamiento jurídico costarricense no existe nada similar a una Cláusula de Eternidad, también es verdad que una derogación de las normas, sea por vía expresa o tácita, necesita (en virtud de la existencia formal de una interdicción de la arbitrariedad) una justificación al menos razonablemente plausible. Sostener lo contrario sería caer en la hipótesis de que las normas jurídicas se crean y se derogan por motivos azarosos, coyunturales o de mero antojo.

En definitiva: La derogación del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal no posee una justificación semejante a la descrita. Ni en la discusión legislativa, ni en la exposición de motivos de esa Ley, se observan unos argumentos suficientemente potentes como para respaldar la legitimidad del acto legislativo.

1 El artículo 79, parágrafo 3, de la Constitución Política alemana dice en este respecto: "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig." (Una modificación de esta Ley Fundamental, mediante la cual se desarticule la República en regiones independientes, se suprima la cooperación constitucional de las regiones en el proceso legislativo o se supriman los principios consignados en los artículos 1 al 20 de la Constitución Política, se considera nula".

Segunda razón: La derogación del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal adolece de validez jurídica material, y por consiguiente, es incorrecta normativamente hablando

Una norma despliega sus efectos, una vez que ella rige en el ordenamiento jurídico. Y ella rige una vez que ha sido válidamente emitida por las instancias competentes. El concepto de *validez* es, en primer lugar, un concepto formal de la teoría básica del derecho. Ella implica, esencialmente, unos procedimientos constitucionales que deben seguirse por parte de ciertos órganos (por ejemplo, de la Asamblea Legislativa, en nuestro caso). No obstante, la validez formal no es, contrariamente a lo que se ha sostenido por algunas vertientes radicales del Positivismo formalista (ejemplo, el primer Radbruch), una condición *sine qua non* de la noción de validez general. Es decir, que el conjunto de la validez general contiene al subconjunto de la validez formal, pero no al revés.

De allí que sea necesario estatuir, adicionalmente, un concepto de validez material. Este concepto de validez material está asociado con lo que los romanos denominaban *acceptatio legis*, que no es otra cosa que la aceptación moral o deontológica de las normas. Aceptamos una norma jurídica porque la consideramos buena, correcta o al menos éticamente defendible. Por otro lado, está la denominada validez fáctica de las disposiciones legales. Esta es simplemente el grado de cumplimiento real que tiene o no una disposición normativa. Hay normas que solo existen en el papel (*paper rules*, le llamaban los realistas ius-americanos), pero que no se cumplen, por lo que su validez fáctica u ontológica es simplemente nula (ver al respecto, Llewellyn, K., 1930, pp. 451 y ss).

En resumidas cuentas, pues, tenemos tres conceptos de validez: la validez formal o normativa (que se da con la mera promulgación de la ley por parte de instancias competentes), la validez material o deontológica (que debe cumplir con requisitos morales de aceptación ética) y la validez fáctica u ontológica (que implica el grado de cumplimiento real en el ordenamiento jurídico).

Tradicionalmente, se cree que el objeto de impugnación constitucional recae solo y exclusivamente respecto a la validez formal de las normas. Con otras palabras, los tribunales constitucionales serían los encargados de velar que las normas del ordenamiento jurídico cumplan con los requisitos formales de legitimidad y con los procedimientos que señala la propia Constitución Política; además, de que no exista una contradicción lógica o incoherencia entre esas normas y las consignadas en la carta fundamental. Sin embargo, cabe recalcar que un concepto así entendido de “constitucionalidad” resulta demasiado estrecho y tosco como para ser tenido como una plataforma segura del control de constitucionalidad. Por eso, más modernamente se sostiene (y con razón) que el control de la validez atañe también a la validez material. Una norma puede tener vigencia formal (porque está en un código) o incluso fáctica (porque los tribunales la aplican en los casos de la vida), pero resultar inválida desde el punto de vista material (por ejemplo, porque es una disposición que se percibe, por una gran mayoría, como abiertamente injusta o porque produce consecuencias que a todas luces no son aceptadas en el plano ético o social). En caso de que los límites básicos de la aceptación (*acceptatio legis*) se ignoren palmariamente, entonces el derecho pierde, independientemente de su validez jurídica y desde el punto de vista de la validez moral, su carácter como derecho. De

allí en adelante, solo podrá ser ejecutado forzosamente por la vía de las amenazas de la sanción (*vid.*, Ruthers, B., 2009, p. 191).

Adicionalmente, se cree que solo puede ser impugnada una norma por inconstitucional si ella está vigente legalmente hablando (o sea, si se ratifica su existencia en un cuerpo normativo determinado). No se podría atacar por inconstitucional una norma que no existe o un artículo de una ley que jamás ha sido promulgado. Sin embargo, se requiere efectuar acá una precisión lógica importante. Es cierto, una ley solo puede declararse inconstitucional si ella está vigente en el ordenamiento. No se puede atacar a un fantasma. Ni derribar, como lo intentaba el buen Quijote, un castillo de aire. Pero, cuidado con la conclusión: sí es posible atacar la inconstitucionalidad de una reforma que elimina, sin una razón suficiente, una norma básica del ordenamiento jurídico. Esta tesitura ratifica la afirmación expuesta *supra*, según la cual la validez general de una disposición no se agota en su validez formal. El conjunto de la validez legal es solo un subconjunto de la validez general.

Imaginemos, a título de un ejemplo ilustrativo, la *hipótesis del legislador delirante* (por contraposición a la conocida *hipótesis del legislador racional* que han popularizado autores como Nino o Dworkin): en una sesión de trabajo del Parlamento, los miembros que lo conforman, en nuestro caso los diputados, entran en un estado de insania mental y derogan varios artículos de la Constitución Política (incluidos derechos fundamentales de los consignados en el Título IV: “derechos y garantías individuales”) y, en su lugar, establecen una nuevas normas con menos garantías para los ciudadanos. Desde el punto de vista estrictamente formal, tal derogatoria es válida porque sigue los procedimientos estatuidos en la propia Constitución. Adicionalmente, al

no existir en nuestro sistema jurídico algo similar a la ya citada “Cláusula de Eternidad” del sistema constitucional alemán, entonces una reforma así es teóricamente imaginable, aunque pragmáticamente tan solo un experimento mental. Ella es, empero, formalmente legítima. Una reforma semejante enfrentaría, desde el punto de vista de su validez material, reparos ilevantables y no sobreviviría un ataque crítico que se efectúe contra ella. Esto entre otras razones por el enorme rechazo social que enfrentaría y porque para su ejecución probablemente se requeriría un aparato de coerción física violento y dispuesto a cualquier brutalidad.

Regresemos a nuestro tema central: Es evidente que no se podrían atacar por inconstitucionales unas normas ya inexistentes; lo que se puede ahora formalmente cuestionar son las nuevas normas establecidas por el Legislador. Esas normas podrían considerarse como contrarias a otras disposiciones de la Carta Fundamental o a convenciones internacionales sobre la materia. Pero atención: La implicación lógica no apunta necesariamente a la inexpugnabilidad del Legislador, en este caso, del “legislador delirante”. El objeto del ataque constitucional en este supuesto es la reforma que se ejecutó; así como la invalidez material de dicha reforma. El estado al cual se desea regresar es el estado previo, *ex ante*, a la reforma y al nacimiento de una norma que se considera valorativamente mejor.

Todo lo cual nos conduce a la siguiente *conclusión*: Una reforma legal que derogue una norma o un conjunto de ellas, solo está justificada racionalmente si el estado de cosas nuevo que surge es, valorativamente, mejor que el estado de cosas viejo; pues de lo contrario sería un contrasentido cambiar, por ejemplo, una norma justa por una injusta, o una funcional por otra obsoleta. Recordemos

que en nuestra concepción del derecho actual operaría como ideal, más que la denominada “hipótesis del legislador delirante”, su antítesis que es la “hipótesis del legislador racional”, (singular, imperecedero, omnisciente, coherente, operativo, económico, etc.). Esto es, justamente, lo que ha sucedido en el ordenamiento jurídico costarricense: en el cual un estado mejor de cosas (donde era posible subsanar errores que se cometieran por parte de un tribunal) por vía de un recurso de Revisión, ha sido sustituido por un estado peor de cosas.

Tercera razón: La derogación del inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal violenta el denominado principio de no-regresión en la tutela de derechos básicos de los ciudadanos.

Finalmente, tal y como ya se ha mencionado en el punto anterior de este trabajo, la reforma instaurada en la Ley 8837: Ley de creación del recurso de apelación, instaura un estado de cosas en el ordenamiento jurídico costarricense que es peor, axiológicamente hablando, que el anterior. Con otras palabras, en lugar de progresar en la tutela de un derecho, se retrocede. Hoy día, doctrinariamente, se ha reconocido como de mucha importancia en los ordenamientos jurídicos el “Principio de no-regresión en la tutela de derechos fundamentales”. Este principio, si bien de un alcance general, presupone algo bastante concreto: a saber, el carácter progresivo (al menos idealmente) en la protección de los derechos de los individuos. Se considera contraproducente que se pase de un estado X, que se estima como deseable, a un estado X1 que es peor (menos protector, más injusto, menos funcional, etc.).

De la mano de este ideal normativo de *progresión* de los derechos y garantías individuales, se encuentra también otro ideal que

se mencionó en este mismo artículo: el de la “racionalidad del Legislador”. O sea, que éste no va (*rectius*: no debe) implementar normas contradictorias, incoherentes o absurdas desde todo punto de vista. Si bien es cierto, nos encontramos acá, más o menos, con lo que Max Weber denominaba “ideales regulativos”, eso no le resta fuerza a la hipótesis de que derogar una norma, un tipo penal, un criterio constitucional de acción, para promulgar otros que pueden considerarse muchísimo peores, no debería suceder, pues así toda posible fuente de legitimidad formal del actuar legislativo se viene simplemente por los suelos.

El principio de no-regresión en materia de derechos básicos ha sido, con mucha frecuencia, invocado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en campos como: el derecho a un ambiente sano, o el derecho a la educación (voto 2003-2443) y al trabajo (voto 2004-11882). Debe admitirse la idea de que su alcance es más bien de orden general y no necesariamente circunscrito a esferas o derechos específicos. El principio en cuestión se ha definido de la siguiente manera: “El principio de no regresión o de prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección (...) alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho (...) preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad” (Peña Chacón, M., http://www.academia.edu/5880375/Desarrollo_jurisprudencial_del_principio_de_no_regresion_del_derecho_ambiental_en_Costa_Rica).

Esta situación es la que justamente no se cumple con la reforma introducida por la Ley No. 8837, donde más bien la vía para criticar y corregir errores judiciales (por ejemplo, aquellos que pueda cometer la propia Sala Tercera)

fue eliminada por consideraciones puramente pragmáticas. Se prefirió el dogma a la crítica. El posible error a la verdad.

EXCURSO CONCEPTUAL IMPORTANTE: A PROPÓSITO DEL CONCEPTO DE “DEBIDO PROCESO”

Es cierto. Nadie afirmaría lo contrario. La noción “debido proceso” es uno de esos llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, que pueden ser llenados con prácticamente cualquier sentido semántico. Estos conceptos son, en no raras ocasiones, utilizados retóricamente para proveer al proceso penal de un cierto halo de justicia y racionalidad que muchas veces no tiene. Es probable que esta circunstancia, si la miramos realístamente, sin tratar de ocultarla o maquillarla con alguna parafernalia pseudo-científica, haya jugado un papel fundamental en la derogación del inciso g) del artículo 408 del CPP, que contemplaba justamente el “debido proceso” como causal de revisión. La razón es muy simple: los defensores (no importa si públicos o privados) utilizaban ese motivo muy frecuentemente, se parapetaban en él, se refugiaban allí, para invocar cualesquiera argumentos, para introducir motivos: reales o ficticios, de tal suerte que se pudiera alargar el proceso y dar alguna esperanza al imputado.

Dicho sin ambages: el concepto de “debido proceso” es una excelente trinchera para ocultar la escasez de argumentos, de razonamientos y de evidencias empíricas. Es una *formula vacía o semi-vacía* que acepta muchos significados, en su mayoría emotivos; una *definición persuasiva* en términos de Stevenson. Los tribunales, se puede suponer, han de tener esta circunstancia bastante clara. No se necesita ser un experto en Metodología del Derecho, ni consultar grandes tratados de

epistemología, para tomar consciencia del carácter polisémico y vago de la noción de “debido proceso”. Digámoslo de nuevo sin reparos: ¡El “debido proceso” genera mucho trabajo! Especialmente para los juzgadores, quienes conocen los alegatos de los abogados, invocando las múltiples y variopintas alternativas que pueden caer bajo el manto de “violación al debido proceso”. Es casi seguro que esta fue la razón verdaderamente **de fondo** que incidió en que la causal de Revisión por violación al debido proceso fuera eliminada del artículo 408, inciso g) del Código Procesal Penal.

Sin embargo, señoras y señores, de nuevo se ha arrojado al bebé con el agua de la bañera. Ello es así por dos razones muy simples:

(a) La circunstancia de que la noción de “debido proceso” sea ambigua, vaga, polisémica y todo lo demás, no implica que ella no se pueda precisar en algún grado y para efectos prácticos. Para eso justamente están las denominadas *definiciones estipulativas*: uno puede definir los conceptos de manera más limitada, reduciendo su alcance semántico, y limitando más concretamente el número de entes que éstos abarcan y comprenden. De esa forma, las instancias que deban resolver los asuntos, donde se invoca la violación al debido proceso (por ejemplo, la Sala Tercera), tienen un parámetro para comprobar si efectivamente se ha violado el debido proceso en los términos que ellos previamente han definido en la jurisprudencia o no. Lo que no se debe hacer es cerrar totalmente esa vía de control de las sentencias simplemente para ahorrarse trabajo.

(b) Evidentemente, aun reconociendo como se ha hecho, que el debido proceso es una suerte de fórmula lingüística vacía o semi-vacía, ello no implica lógicamente que NO existan, en la realidad, violaciones al debido

proceso. Claro que las hay. El lenguaje, aunque impreciso, no determina completamente la realidad, ni mucho menos. Por ejemplo, difícilmente se podría negar que una sentencia dictada con desapego total a ciertas reglas elementales de la lógica (principio de no contradicción o de tercero excluido), no sea un caso de violación al debido proceso.

(2) LAS RAZONES COMPLEMENTARIAS: (RÉPLICAS Y CONTRARGUMENTOS)

(III) RAZONES ESGRIMIDAS DURANTE EL PROCESO DE REFORMA Y DEROGACIÓN DEL INCISO G) DEL ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Los principales argumentos que se ofrecieron, durante el proceso de reforma que se dio mediante la ley No. 8837 del 03 de mayo del 2010 y que, a la postre, terminó con la derogación del inciso g) del artículo 408, fueron básicamente los siguientes (la presentación más clara de esos argumentos se encuentra en la exposición de motivos de la Ley indicada):

Primer argumento: “El tribunal y la Sala de Casación se ven saturadas de expedientes y con serios problemas para atender adecuadamente la demanda de justicia con los recursos disponibles” (vid. Llobet Rodríguez, J., 2012, p. 621)².

En realidad esta no es una razón lógicamente válida contra la existencia de la causal de Revisión por violación al debido proceso; es simplemente un obstáculo de orden material: el exceso de trabajo. Lamentablemente, de las razones plausibles para legitimar

² Una aclaración importante: el Prof. Javier Llobet Rodríguez recoge, aquí y en lo sucesivo, los argumentos que presento, no significa, obviamente, que él los secunde o defienda. Más bien, se opone a muchos de esos argumentos.

la derogación que emprendió la ley de multicitada referencia, esta es la peor de todas. Se trata de lo que bien podría denominarse *la estratagema tecnocrática de la escasez*: ¡como intentar hacer justicia genera mucho trabajo y cuesta demasiado, mejor no hagamos nada!

Si bien es cierto, desde el punto de vista de la administración burocrática, una máxima tal puede recibir algún asentimiento, no así desde la perspectiva de la justificación valorativa de las normas del ordenamiento jurídico. Imaginemos, a título de una hipótesis contrafáctica, que dentro de los muchos casos que se presentan para la Revisión y que son rechazados por la Sala de Casación Penal por falta de recursos materiales o de tiempo, **uno** de ellos tiene razón; es decir, que en él se condenó injustamente a una persona por la comisión de un delito que realmente no cometió (pero respecto al cual fue condenado por un error grave en el procedimiento, que no se puede ya atacar mediante la Revisión). Aun ese caso singular, aunque numéricamente sea casi una nada, tiene muchísimo más valor que todos los inconvenientes administrativos que se le puedan causar a un tribunal por el exceso de trabajo. Casi nunca un argumento utilitarista (económico, burocrático, de conveniencia) será más fuerte éticamente que un argumento de principio. Esta es la relación, finalmente, que debe estatuirse entre los *juicios categóricos* (no admiten contraargumentos pragmáticos) y los *juicios instrumentales* (se basan justamente en consideraciones pragmáticas). De aceptarse el valor equivalente de los juicios categóricos y los instrumentales, tendríamos que darle la razón a la guillotina como medio infalible para disminuir el delito.

Sobre el punto concreto, Jorge Luis Arce Viquez, ha mostrado, con excelente claridad, la falacia implícita en el argumento tecnocrático:

“Como nuestra oferta no satisface la demanda, ¿entonces vamos a suprimir un sector de la demanda? Si somos pocos magistrados o jueces para garantizar el derecho al recurso, ¿vamos a excluir recurrentes? Si no estamos dando la talla lo sensato es que revisemos nuestras rutinas de trabajo, que nos esforcemos por trabajar de manera más eficiente, o llegado el caso que tengamos más jueces de Casación. Podemos ser ahorrativos en muchas cosas, pero no en la tutela de las garantías judiciales en materia penal.” (Arce Viquez, 2012, p. 347).

Segundo argumento: “En Costa Rica, la existencia de la causal de revisión por violación al debido proceso ha provocado una verdadera perversión de este instituto jurídico y ha traído consecuencias operativas inmanejables.” (vid. Llobet Rodríguez, J., 2012, p. 621).

Esta razón también es insostenible. Calificar la Revisión como una “patología” o una “perversión” es desconocer del todo el papel histórico tan importante que jugó dicha posibilidad en momentos en que no existía un recurso de apelación en el medio penal y en que la Casación no satisfacía adecuadamente la necesidad de una revisión de las sentencias penales. A este respecto vale citar, por elocuente, la refutación que efectúa Arce Viquez de este alegato:

“Es al revés. El sustantivo disfunción significa ‘desarreglo en el funcionamiento de algo o en un la función que le corresponde’ (DRAE). En realidad fue la causal de Revisión cuestionada la que tuvo su origen en una disfunción de la Sala Tercera, porque en vez de cumplir su función de proveer y satisfacer con amplitud el derecho al recurso, no sólo para el imputado sino para cualquiera de las partes que se sintiera agraviada por un error judicial,

ese despacho, por el contrario, operó con criterios de admisibilidad muy cerrados para la Casación y la Revisión, criterios que no tenían ningún asidero legal, lo que configuraba una verdadera denegación de justicia para todas las partes del proceso.” (Arce Viquez, 2012, p. 343).

Tercer argumento: Se dice que actualmente el recurso de Casación cumple la función de garantía de controlar los errores y arbitrariedades que se puedan cometer en un juicio penal. Por lo que, la revisión de esos errores o arbitrariedades mediante un recurso de Revisión solo sería una suerte de duplicación de funciones.

En realidad, este argumento es falso. Para mostrar su carácter falaz nada más observar lo que ha sucedido en las últimas décadas con el recurso de Casación, así como con su contenido semántico y pragmático; o sea, lo que él significa y cómo se le ha aplicado realmente en la praxis judicial. Se puede decir, de una manera algo enfática, pero indudablemente correcta, que la historia de la Casación en Costa Rica es la historia de un *concepto espectral*. Durante el día ese concepto tiene una forma. En la noche otra. Muta como un licántropo. Nada de esto estaría mal, sino fuera por la circunstancia de que esos cambios espectrales, “licantrópicos”, juegan con la libertad de las personas; de suerte tal que si un día se declara admisible un recurso de Casación y al día siguiente no, a pesar de basarse en los mismos supuestos normativos, entonces se violenta gravemente un criterio de igualdad ante la ley. El ciudadano pierde. El imputado concreto más aún.

La noción jurídica de “Casación penal” pareciera ser, en primera instancia, un concepto estrictamente técnico-jurídico del dere-

cho procesal. Según esta perspectiva, para saber qué es y cómo funciona la Casación en nuestro ordenamiento, bastaría con tomar el Código Procesal Penal (o el de Procedimientos Penales en su momento), revisar lo que allí se dice al respecto, y listo. *Capito bene tutto!* Nada más lejos de la verdad. La historia del derecho procesal penal en Costa Rica demuestra que el concepto de “Casación” ha sido interpretado y entendido de las más diversas formas; una arcilla en manos de los tribunales, y en especial, de la Sala de Casación. No sin razón ha dicho un autor que: “El modo en que se configura y se ejerce el control de las decisiones de Casación, más que de las formulaciones normativas, depende de modelos conceptuales y culturales asumidos como punto de referencia (Pastore, citado por: Arce Viquez, p. 345).

Por su parte, esta situación descrita es igualmente reconocida por la propia doctrina nacional opuesta al recurso de Revisión. En la exposición de motivos de la Ley de creación del recurso de apelación del 2010 se dijo, en su oportunidad, lo siguiente: “Sin embargo, se incluyó en el diseño de este Código de Procedimientos Penales (1973), una característica que a la postre originó literalmente el *via crucis* por el que hemos transitado en los últimos treinta y cinco años: no toda sentencia penal condenatoria podía ser examinada ante un tribunal superior, sino solo aquellas que impusieran penas de relativa gravedad (las superiores a seis meses de prisión). Lo anterior provocó, para el periodo 1980-1990, una serie de quejas contra el Estado de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” (Proyecto de Ley, Expediente No. 17.143, p. 3).

Fue así como durante el mucho tiempo de la vigencia del Código de Procedimientos Penales, la Casación seguía un modelo es-

trictamente formal, en la cual, abundaban las formas sacramentales y las expresiones lingüísticas pre-fabricadas. ¡*Escolástica jurídica!* Su contenido se limitaba esencialmente a las cuestiones de derecho, sin entrarse a examinar verdaderamente cuestiones de fondo o relativas a los hechos y las pruebas. Con el paso del tiempo, y a raíz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional (especialmente a la luz de los votos 282-90 y 719-90), se indicó la aplicación directa e inmediata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la materia de Casación, y se dieron algunos pasos hacia la desformalización. Ya para el año de 1993, con la promulgación de la Ley No. 7333, del 05 de mayo, se creó el Tribunal de Casación Penal y nuevamente el concepto de “Casación” varió en su contenido y alcance; pues ahora dicho tribunal conocería de aquellas sentencias que imponían penas de hasta cinco años de prisión. En esta fase se da una mayor desformalización respecto a la fase anterior. Al respecto se ha dicho que: “Las circunstancias apuntadas propiciaron una verdadera desformalización del recurso de casación, lo cual se percibe, concretamente, en aspectos como la posibilidad de corregir defectos formales (por ejemplo la falta de firma del abogado), la supresión de las distinción estricta entre los motivos de forma y motivos de fondo (y la cita concreta de artículos o frases sacramentales) y la flexibilización de los reclamos de falta de fundamentación y de violación de las reglas de la sana crítica.” (Jiménez González, E., 2009, p. 1). Este proceso ya venía, en buena medida, alimentado por el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica. Ya para el año de 1998, cuando entra en vigencia el Código Procesal Penal, el contenido de la Casación, vuelve nuevamente transformarse, retomándose acá lo que se es-

tablecía en la Ley 8503: Ley de Apertura de la Casación Penal, del 06 de junio de 2006. Sin embargo, la historia sobre la definición, alcance y contenido de la Casación penal en Costa Rica, está lejos de terminar acá. Ya para el 2010, mediante la Ley 8837: Creación del recurso de apelación de la sentencia y otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal (ver al respecto Llobet Rodríguez, J., 2012, p. 618 y ss), el asunto se había transformado radicalmente de nuevo. He aquí un ejemplo *in extremis* de cómo los conceptos jurídicos viven, con decía el gran Ihering, su propia vida.

Al haberse implementado con la Ley No. 8837 un sistema de Casación, al cual eufemísticamente se le ha denominado: “Casación clásica”, lo que se busca es, esencialmente, reducir a su mínima expresión la intervención de la Sala de Casación (llámese la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ahorrándoles así el trabajo de años anteriores) y, además, regresar esa doctrina del recurso de Casación a algo que ya históricamente se había superado; a saber, un *formalismo extremo* (basado justamente en las teorías formalistas y normativistas del derecho), en el cual los aspectos por los que es admisible la Casación son limitadísimos y estrechos en su contenido real (vid., Barrantes Arroyo, K., 2012, p. 247 y ss). Siendo esto así, se establece como un argumento equivocado sostener que la violación al debido proceso es algo que se puede alegar en la Casación de la sentencia y que, por consiguiente, su supresión en el ámbito de la Revisión está justificada. Falso.

Todo este devenir histórico, que se ha sintetizado acá en su máxima expresión, no puede si no llevarnos a una conclusión opuesta a la enunciada: El concepto jurídico-procesal de “Casación penal” (y parcialmente el de

“Revisión”) ha sido en Cosa Rica una veleta que baila al ritmo de los tiempos y de las ideologías, de los intereses profanos y los no tan sagrados. El contenido que posee obedece, básicamente, a disputas en el orden de lo ideológico, de lo político, y muchas veces en el orden de lo puramente utilitario (como es evitar la acumulación de casos y expedientes en las instancias que fungirán como tribunales de Casación). Menudo argumento. Menuda (sin)-razón.

Para los efectos que acá nos ocupa, la *conclusión* es esta: No es cierto que con el recurso de Casación (tal y como éste se ha construido históricamente en las últimas décadas) se cumpla cabalmente con la interdicción de la arbitrariedad que se exigiría de todo proceso penal. En la exposición de motivos de la Ley No. 8837, mediante la cual se eliminó el inciso g) del 408 CPP, se dijo lo siguiente: “Como estamos ante un *sistema garantizador* del derecho al recurso, que de manera integral reexamina la sentencia penal ante un superior y que tiene además naturaleza ordinaria, se vuelve a la Revisión ‘clásica’, eliminándose la causal por violación genérica al debido proceso del actual inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal.” (cursiva agregada).

En realidad, esta afirmación peca, con el debido respeto, de ingenua. Se trata, en buena medida de un ejemplo de “magia verbal” (creer que el cambio en el lenguaje genera siempre y de manera automática un cambio en la realidad) y de “*wishful thinking*” (creer que la sola presencia de nuestros deseos subjetivos genera transformaciones del entorno. (Salas, Minor E. 2012). No se trata solo de que actualmente se diga que contamos con un “sistema garantizador” del derecho al recurso; o que las violaciones al debido proceso están ya cubiertas por la Apelación y la Casación, sino de que *real y efectivamente* ello suceda así en los tri-

bunales de este país. Es, pues, una cuestión empírica; no discursiva.

Cuarto argumento: “Hoy día la cosa juzgada material es prácticamente inexistente en materia penal.”(Vid., Llobet Rodríguez, J., 2012, p. 621).

En realidad, este argumento, defendido en la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 8837, es muy extraño. La cosa juzgada es, en realidad, un instituto que se presupone formalmente cuando una sentencia está firme (y “firme” es un concepto relativo). Se trata, a pesar de lo que se indique con el calificativo (a veces usado de forma retórica): de “cosa juzgada material”, de una forma de establecer un límite a la actuación procesal. La “cosa juzgada” no tiene, por así decirlo, una suerte de “sustancia” empírica que resulte intocable. Defender eso es, básicamente, atribuirle a una figura jurídica un *carácter ontológico* que no posee (una hipótesis propia de las doctrinas ontológicas-formalistas del derecho o, en su defecto, del esencialismo filosófico más rampante).

Lo que realmente pasa con la noción de cosa juzgada es que ella fija un límite (contingente, no esencial); pero que en la realidad cuenta, en situaciones especialmente calificadas, con una serie de *excepciones*. Esas excepciones son incluso reconocidas por el ordenamiento jurídico: se trata, justamente, de las causas de Revisión. Ya con la sentencia penal emitida por un tribunal de juicio, apelada y luego casada se podría hablar de “cosa juzgada”; y sin embargo, existe la excepción, porque existe el error humano. Y el error humano no se puede desterrar *a priori* del mundo. Esa excepción es la que contiene, precisamente, los supuestos del artículo 408 del Código Procesal Penal. Sería una cosa bien extraña que, por la presunta “fuerza ontológica” de la “cosa

juzgada material”, se cometiera una injusticia tal que una persona inocente terminara purgando una pena altísima, cuando existe la evidencia de que ella no cometió el delito o que fue condenada sobre la base de una prueba tan paupérrima y espuria que no soporta el mínimo análisis crítico.

Sobre este argumento se ha dicho, y con mucha razón, lo siguiente:

“Es claro que sí existe la cosa juzgada material (sobre todo evidente en las sentencias absolutorias), lo que pasa es que tratándose de condenatorias penales la cosa juzgada se puede revertir excepcionalmente (y solo a favor del imputado), porque nuestro constituyente tuvo la sabiduría de entender que la libertad de las personas, el principio de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad y el principio de legalidad son valores superiores al de cosas tan abstractas como la cosa juzgada o la seguridad jurídica” (Arce Víquez, 2012, p. 347).

(IV) A TÍTULO DE UNAS CONCLUSIONES GENERALES

En definitiva: Existen al menos varios argumentos *estructurales* que demuestran que la eliminación de la causal de Revisión mediante la Ley No. 8837, basada en la violación al debido proceso, fue racionalmente contraproducente, normativamente inconstitucional y éticamente indefendible.

-- Racionalmente contraproducente porque cierra la posibilidad de corregir un error grave (*principio de falibilidad epistemológica*), que se haya presentado en un proceso penal y que no haya sido alegado en la Casación (por el carácter cada vez más formal y “clásico” de dicho recurso);

-- Normativamente inconstitucional porque la derogatoria violenta, entre otras cosas,

el *principio de no-regresión* en materia de derechos básicos de los individuos. Con esa reforma, la situación de las personas condenadas en Costa Rica empeoró, ya que ahora será imposible alegar un vicio que se haya cometido por un tribunal de juicio o por la propia Sala Tercera en su respuesta al recurso de Casación. En este sentido, las garantías del ordenamiento jurídico (recogidas en el concepto general de “violación al debido proceso”) retrocedieron, más que avanzaron;

-- Y, finalmente, la derogación del inciso g), es éticamente indefendible porque se corre el riesgo de perpetuar una injusticia cometida a la luz de un fallo equivocado. Simplemente, no es correcto clausurar una vía para ejercer la crítica y subsanar posibles errores, solamente porque esa vía está llena de dificultades, su recorrido implica mucho más trabajo y recursos, o está empedrada.

Además de los argumentos estructurales invocados, hay otros argumentos complementarios que tienen ya que ver con el *carácter falaz* de las razones que se esgrimieron para justificar legislativamente la reforma en cuestión. Dentro de esos argumentos falaces están: la presunta saturación de expedientes en la Sala Tercera, la supuesta perversión del instituto de la Revisión, el alegato de que la Casación es suficiente para salvaguardar y proteger una violación al debido proceso (por lo que la Revisión implica una duplicación de funciones), el pretexto de que en Costa Rica no existe la cosa juzgada, entre otros. En este breve trabajo se ha demostrado que cada uno de esos argumentos es equivocado, por lo que no existe una justificación razonable, ni jurídica ni éticamente, para haberse eliminado el inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal de Costa Rica. Así debe concluirse.

(V) BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

- Salas, Minor E. , *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Editorial C.H. Beck, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Editado por Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, tomo 194, Munich, 2005.
- Rüthers, B., *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del Derecho*. Trad. del alemán de Minor E. Salas, Editorial Ubijus, México, 2009.
- Chinchilla Calderón, R. (Coordinadora), *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios legislativos*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2012.
- Llobet Rodríguez, J., *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*, 5. Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012.
- Méndez Zamora, J., (Diputado), Proyecto de Ley: “*Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de las nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*”, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Departamento de Servicios Parlamentarios, Expediente No. 17.143, 2008.
- Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984.
- Arce Víquez, J.L., “*Crítica a la supresión de la causal de revisión por infracción al debido proceso u oportunidad de defensa*”, recogido en: Chinchilla Calderón, R., 2012, pp. 341 y ss.
- Barrantes Arroyo, K.M., “*Jurisprudencia contradictoria e igualdad ante la ley*”, recogido en: Chinchilla Calderón, R., 2012, pp.247 y ss.
- Jiménez González, E., “*Actualidad y futuro del régimen de impugnación penal*”, Memorias de las VII Jornada Universitaria de Derecho, consultado en el sitio web: http://www.ulacit.ac.cr/files/careers/45_jimnezgonzlez.pdf , el día 20 de mayo, 2015.
- Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Studienausgabe, editado por Winckelmann, J., 2. tomo, Tübingen, 1956.
- Llewellyn, K., “*A realistic Jurisprudence – the next Step*”, en: *Columbia Law Review*, Vol. XXX, 1930, pp. 431 y ss.



"Asono". Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez

**CONFRONTACIÓN ENTRE LA ORALIDAD Y LA
ESCRITURA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE:
VENTAJAS Y DESVENTAJAS**

*TRABAJO EN MEMORIA DEL APRECIADO AMIGO
DR. LUIS PAULINO MORA MORA*

Dr. Mario A. Houed Vega

*Prof. del Posgrado en Ciencias Penales de la Escuela Libre de Derecho
y Ex- Magistrado de la Corte Suprema de Justicia*

Resumen: El presente artículo pretende explicar cómo en un Estado de Derecho los conceptos de eficiencia y garantía, entendida esta última como la protección y el respeto de los derechos humanos, deben complementarse para encontrar un necesario equilibrio entre los intereses individuales y sociales. Un proceso penal moderno debe ajustar sus límites al contenido del debido proceso, concebido bajo la salvaguarda de los principios constitucionales y de los tratados y convenios internacionales relativos a la tutela de los derechos humanos. Bajo este marco, se plantea en este trabajo el tema de la confrontación entre la escritura y la oralidad en el proceso penal, y la tendencia moderna hacia la oralidad y sus ventajas; esto, sin dejar de lado las desventajas o dificultades de que se la han atribuido a la oralidad.

Palabras clave: Proceso Penal, oralidad, proceso escrito, proceso oral, Estado de Derecho, debido proceso.

Abstract: This article aims to explain how in a Rule of Law, the concepts of efficiency and guarantee, the latter being understood as the protection and respect of human rights, should be supplemented to find a necessary balance between individual and social interests. A modern criminal process must set limits to the guarantees of due process, conceived under the protection of the constitutional principles and international treaties and conventions for the protection of human rights. Under this framework, this paper raises the issue of confrontation between writing and orality in criminal proceedings, and the modern trend toward oral proceedings and its advantages; this, without neglecting the disadvantages or difficulties attributed to it.

Keywords: Criminal Procedure, orality, writing process, oral process, rule of law, due process.

INTRODUCCIÓN

El Dr. Luis Paulino Mora Mora, destacado jurista y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, tristemente fallecido en el mes de febrero del año 2013, se distinguió por ser uno de los grandes abanderados en llevar adelante la oralidad como fórmula para agilizar los trámites procesales (no sólo del proceso penal) y garantizar una mejor justicia (“pronta y cumplida” según señala nuestra Constitución Política en su artículo 41). Su sueño, válido y constante, pretendía – entre otros aspectos - eliminar los “formalismos”, el exceso de gestiones y resoluciones, así como la tardanza en el dictado de los pronunciamientos definitivos de los tribunales, a los que presuntamente conducía la “escritura”, compilando papeles y documentos en gruesos expedientes que todavía atiborran no pocos Despachos. Sin embargo también reconocía, en un tono de prudencia, que igualmente tienen razón quienes afirman que la aceptación o rechazo de la oralidad no debería ser el problema inicial a plantearse cuando se desea definir una determinada política legislativa en materia procesal (en particular en lo que atañe a la penal), sino que primeramente deben aclararse y formularse cuáles son las garantías y los objetivos básicos que se buscan con el proceso, para luego examinar el modo (oral o escrito) que constituye el instrumento más adecuado para conseguir dichos fines y cómo se garantizan de mejor manera los derechos fundamentales de los individuos.¹

En efecto, muchas veces la discusión pierde la perspectiva en una confrontación extrema sobre la escritura y la oralidad, cuando

1 Ver -entre otros- de González Álvarez, Daniel, su artículo: “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal”, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 11, julio de 1996, p. 60.

aún no se ha establecido la esencia y contenidos de lo que se ha dado en llamar con toda propiedad el “debido proceso”.

Debemos observar, entonces, como punto de partida, el panorama que se deriva de los presupuestos de carácter constitucional y de Convenios y Tratados Internacionales suscritos por cada nación, y hacer un examen comparativo de las características en general que suelen señalarse para calificar los llamados sistemas procesales (especialmente los conocidos como inquisitivo, acusatorio, o mixto),- pese a que un sector de la doctrina manifiesta que “... la misma idea de principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales diferentes descansa en un grave error...”², lo que no compartimos, pues resulta evidente que no se trata de examinarlos como si existiesen de modo “puro” o absoluto en los diferentes ordenamientos jurídicos (de hecho sería inconcebible hoy día pensar en un sistema inquisitorial “puro”), sino considerados de tal o cual manera – con sus propias particularidades - por la orientación seguida en uno u otro sentido por cada uno de ellos. Una vez efectuado el anterior análisis, debe destacarse lo que más se ajusta a un proceso penal que cumpla con la aspiración referida, esto es, un proceso penal que respete las garantías y derechos fundamentales de los individuos, configurado dentro de un determinado sistema.

2 Montero, Aroca, Juan. “El Derecho Procesal en el siglo XX”; Edit. tirant lo blanch alternativa, Valencia, España, 2000, p. 103. El citado autor afirma más adelante en la misma obra, que se da en todo esto una “confusión conceptual” (p. 105), que “no hay verdaderos procesos inquisitivos” (p. 106 y siguientes), y que - de acuerdo con la particular visión que al respecto expone – “los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual” (p. 107).

I.- LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con nuestro planteamiento, un sistema punitivo que pretenda combatir la delincuencia (sea ésta la tradicional, o la no convencional) con base en un Derecho y un proceso penal reestructurados para “endurecerlo” y reducir las garantías de los imputados, convertido en un instrumento de “direccionismo estatal”, obviamente perdería su credibilidad ³(o lo que queda de ella), su fuerza de convicción, y haría que los cuestionamientos del pasado sigan manteniendo vigencia. ⁴

La observación mencionada no puede pasar inadvertida, especialmente en los países de habla hispana de nuestra región, área que aún se encuentra en transición del autoritarismo a la democracia⁵, pues durante los años en que se estuvo bajo regímenes alta-

mente represivos, fue frecuente la utilización del Derecho y del proceso penal como mecanismos para el sometimiento de los grupos opositores, además de servir para la manipulación de intereses, tanto sociales como económicos e inclusive ideológicos.

Por eso, en la construcción de un Estado de Derecho y de una sociedad democrática, debe trabajarse bajo los contenidos de lo que se conoce - según decíamos- como el “Debito Proceso”, concepto que abarca principios y garantías constitucionales, así como de Derecho Internacional (tratados y convenios), en respeto del ser humano.

Esa es la filosofía que impera – en principio - en el actual Código Procesal Penal costarricense (aprobado por Ley 7594 de 10 de abril de 1996 y puesto en vigencia a partir del mes de enero de 1998), que se orientó en el Código modelo para iberoamérica y en el Proyecto de las denominadas “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal o Reglas de Mallorca”, que por encargo de la Subdivisión de Prevención del delito y justicia penal de las Naciones Unidas fueron redactadas oportunamente ⁶, entre otros instrumentos cuyas consideraciones han sido seguidas por el movimiento de reforma procesal de América Latina, incluida la República de Costa Rica según explicamos.

Desde luego cabe advertir que en algunos sectores se sigue entendiendo como Derecho Penal “eficaz” aquél que otorga un mayor rigor o severidad a las normas sustantivas y procesales (por ejemplo campañas de “tolerancia cero” con procedimientos que permitan una rápida condena del criminal, con fuertes

3 HASSEMER (Winfried) “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho Penal ‘eficaz’”, *Revista de Ciencias Penales*: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica, N°8, marzo de 1994, p. 9.

4 No en vano la corriente abolicionista ha incursionado en el campo del derecho Penal impulsando nuevos modelos de convivencia y justicia comunitaria, entre otros aspectos de importancia que ha generado la profunda crisis del sistema punitivo. (cfr. al respecto la obra de SANCHEZ (Cecilia) y HOUED (Mario) *La abolición del Sistema Penal*: San José, Costa Rica, EDITEC Editores, 1992)

5 Esta transición no está completa, ni siquiera en los países con una “tradición democrática”. Ejemplo de ello es Costa Rica, país en el que durante los últimos treinta años se han introducido instituciones que permitan afianzar el Estado Democrático de Derecho, a la vez que faciliten una mayor participación del pueblo en la toma de decisiones, pero igualmente de modo paradójico se han aumentado penas y endurecido otras sanciones y reglas procesales. Dentro de las primeras destaca la creación en 1989 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, especializada en el control de constitucionalidad de las leyes y encargada exclusiva para conocer los recursos de habeas corpus y de amparo. Por otro lado, la Defensoría de los Habitantes de la República fue creada en 1992; a ese órgano del Poder Legislativo le compete defender los derechos e intereses de los habitantes y velar por el buen funcionamiento del sector público.

6 Para ello se formó una Comisión de expertos de diversas nacionalidades que se reunió por primera vez en noviembre de 1990 en Palma de Mallorca, España, para luego seguir trabajando en la preparación del documento en mayo y setiembre de 1991, y culminarlo en febrero de 1992.

sanciones para evitar que siga “dañando” a la sociedad, etc.), pero debemos tener presente que este discurso se apoya con relativa frecuencia, en cuestionables afirmaciones que, en mayor o menor medida, explotan algunos medios de comunicación de masas creando alarma en la población ante lo que suele calificarse – con razón o sin ella – como aumento incontrolable de la criminalidad y la crisis de la “seguridad ciudadana”.

Sobre el problema del relativo incremento del fenómeno criminal, connotadas investigaciones llevadas a cabo por organismos internacionales nos permiten establecer que, por lo menos en el caso de Costa Rica, el nivel de violencia social y delictiva es relativamente moderado⁷, lo que no debe ser motivo de alegría pero tampoco de excesiva dramatización y búsqueda de “endurecimiento” de los mecanismos requeridos para enfrentar la delincuencia. Pese a ello y a serias objeciones formuladas por reconocidos tratadistas de la materia⁸, el legislador costarricense optó hace poco más de una década por aumentar el límite máximo de las penas de prisión a cincuenta años⁹ para los casos de concurso material de delitos, y ha seguido manteniendo esa línea de agravar las sanciones hasta hoy.

7 CARRANZA (Elías) *Criminalidad. ¿Prevención o promoción?*. San José, Costa Rica, ILANUD-Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1ª edición, 1994, p. 69.

8 En su artículo “El aumento de las penas en Costa Rica”, el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni advierte sobre las consecuencias negativas que importa aumentar las penas. Textualmente señala: “En resumen, es mi parecer que el proyecto que se me ha hecho el honor de remitirme [se refiere al entonces proyecto de ley para aumentar el límite de la pena de prisión] no resolvería ninguno de los problemas que preocupan a sus autores y terminaría acarreado más problemas que ventajas”. Ver: ZAFFARONI (Eugenio Raúl) “El aumento de las penas en Costa Rica”, *Revista de Ciencias Penales*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica, N° 5, marzo-junio de 1992, p.72.

9 Ley N° 7389 del 22 de abril de 1994, publicada en La Gaceta N° 83 del 2 de mayo de 1994.

Esto nos trae de nuevo a la dificultad sobre lo que debemos considerar como un Derecho Penal y Procesal Penal eficaz. Es de apuntar en primer término que si lo que se busca es un instrumento jurídico eficiente, aplicable y acorde con una sociedad democrática, debe renunciarse a la “seguridad ciudadana” – o por lo menos a lo que algunos entienden por tal concepto - como ideología por cuanto “caídos muchos totalitarismos y autoritarismos en el mundo, el principal peligro que amenaza a las democracias modernas es la ‘dictadura de la seguridad ciudadana’: El reclamo constante y progresivamente creciente de mayor seguridad no puede conducir a otra cosa que a la pérdida total de seguridad. Al final de ese reclamo se halla la terrible perspectiva de la sociedad misma convertida en cárcel, sin contar con que ni siquiera estaría seguro quien apoye al carcelero de turno, pues la posición de carcelero la disputarán violentamente quienes hoy lideran las campañas de alarma social.”¹⁰

También es importante destacar que aunque el sistema penal es uno de los medios de control social, no es “la” solución absoluta de los conflictos sociales. Ciertamente es un mecanismo represivo de la conducta ofensiva al convivio en comunidad, pero no es “medicina preventiva”; ésta debe ser suministrada por otros contralores. Por supuesto lo anterior no es obstáculo para afirmar que el sistema penal es parte del control social punitivo institucionalizado - que en la práctica se desarrolla desde que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena -, lo cual presupone una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y

10 Ver el artículo ya citado en la nota N° 3 del profesor ZAFFARONI, p. 72.

señala los casos y condiciones para actuar: “Esta es la idea general de ‘sistema penal’ en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal.”¹¹

Sin embargo se ha demostrado que si se endurece el sistema penal no se logra “per se” el descenso de la delincuencia, sino, por el contrario, puede incurrirse en arbitrariedad e incrementarse la espiral de violencia, pudiendo ésta alcanzar niveles insostenibles para el mantenimiento del Estado democrático de Derecho.

Por tales razones debemos considerar la eficacia y el garantismo de los instrumentos penales (no sólo dentro del proceso penal moderno sino también en lo que respecta al derecho penal de fondo) no como conceptos contrapuestos sino complementarios, en la medida que permitan la pronta indagación y represión de las conductas consideradas delictivas (lo cual implica a su vez la rápida puesta en libertad de aquellos individuos cuya culpabilidad no ha podido ser demostrada judicialmente), observando siempre el respeto y tutela de los derechos humanos, los cuales no pueden ser dejados de lado para seguir criterios de dudosa naturaleza (v.g. una “seguridad ciudadana” no bien entendida u otros).

II.- ESCRITURA VS. ORALIDAD. LA TENDENCIA MODERNA HACIA LA ORALIDAD Y SUS VENTAJAS

Es un hecho notorio que en reuniones, Congresos, Seminarios, y en los Tratados y Convenios internacionales, la oralidad ha sido el aspecto que más se discute y favorece puesto que permite una mayor posi-

bilidad (claridad y transparencia) para proteger y tutelar los derechos esenciales, antes que la escritura. Y éste es un dato cierto, sin dejar de admitir que no se trata del único sistema que así lo determine, sino que facilita de mejor manera la realización de los fines que hemos venido comentando, ya que permite – entre otras cosas - la intermediación y contacto directo de los sujetos del proceso con los elementos probatorios, bajo las reglas de concentración y continuidad; hace realidad el principio del “contradictorio”, es decir, que los sujetos intervengan controlando, discutiendo o “contradiendo” las pruebas y argumentos de unos y otros. Garantiza asimismo la publicidad y el control ciudadano sobre el juzgamiento de los individuos, bajo un régimen de libre apreciación probatoria (sana crítica) y con la exigencia (para los jueces de derecho) de justificar debidamente sus decisiones (deber de fundamentación). Por el contrario, la escritura llevó al proceso penal al extremo de la ritualización (abuso en los trámites, lentitud de los procedimientos, excesos en la aplicación de la prisión preventiva, etc.), a la pérdida de la intermediación de la prueba (ésta no se recibe directamente por el juez sino por intermediarios), entre otras dificultades que la doctrina mayoritaria y la práctica judicial han señalado reiteradamente.

Tampoco debe pensarse que la oralidad por sí sola está libre de cualquier problema y que no admite cuestionamiento alguno, como luego veremos.

Entre los instrumentos internacionales donde se confirma la tendencia referida, encontramos, además de los ya citados, el Proyecto de Reglas de Mallorca y del Código Procesal Penal Modelo, los siguientes:

- 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto

¹¹ ZAFFARONI (Eugenio Raúl) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. México D.F., México, Cárdenas Editores, 2ª edición, 1988, p. 30.

de San José”, aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (arts. 8.2.f. y 8.5).

- 2) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 23 de marzo de 1976) (arts. 14.1, y 14.3).
- 3) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948) (Art. XXVI, párrafo segundo).
- 4) La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa) (Arts. 6.1 y 6.3d).
- 5) En las Reglas de Mallorca son expresas sobre el derecho a un juicio oral, las recomendaciones 25.1, 25.2, y 29.1.
- 6) Igualmente el Código Procesal Modelo para Iberoamérica contiene normas relativas a la oralidad en los artículos 291, 293, 299, entre otras.

III.- DESVENTAJAS O DIFICULTADES QUE SE LE ATRIBUYEN A LA ORALIDAD

A pesar de que siempre se reconocen parámetros similares a favor de la oralidad en detrimento de la escritura, resulta interesante examinar ciertas desventajas y críticas o algunos inconvenientes que se le apuntan (En el “Manual de oralidad para jueces y juezas” de la Dra. Jenny Quirós publicado por el Poder Judicial se hace un cuadro comparativo bastante detallado sobre las ventajas y desventajas de la escritura y de la oralidad).

1.- El aspecto económico.

Una de las principales desventajas que más se discuten es la que indica que un sistema oral es mucho más costoso que uno escrito, pues requiere de salas o locales adecuados para la celebración de los juicios (con espacio suficiente para el público y para separar los testigos), de más jueces (pues normalmente los tribunales son colegiados), más fiscales y defensores, etc.; en fin, suele decirse que la oralidad supone un gasto excesivo para la economía de los sistemas judiciales latinoamericanos, tan necesitados de recursos, mientras que un sistema escrito es mucho más barato. Pero lo anterior sólo podría ser relativamente cierto si el costo del procedimiento se compara con los niveles de respeto y protección de las garantías y derechos individuales que presentan los diferentes sistemas. Si las bondades del juicio oral superan en alto grado las deficiencias de la escritura, el costo económico debería pasar a un segundo plano.¹²

2.- La dificultad del ejercicio de una segunda instancia, o la limitación de los recursos (en especial de la apelación) contra la sentencia.

Este ha sido uno de los aspectos con el que se ha combatido más fuertemente el sistema oral. La mayoría de nuestros ordenamientos constitucionales y procesales contempla el derecho de recurrir la sentencia condenatoria del juez o tribunal inferior (ad quo) ante un tribunal superior (ad quem). Incluso los instrumentos internacionales le han dado valor normativo supremo, como garantía judicial de primer orden. Así por ejemplo lo dispone el ar-

¹² Véase al respecto la correcta defensa de la oralidad que hace en este aspecto el autor González, Daniel, en su ob. cit., p. 74.

título 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Suelen decir los partidarios de la escritura que el sistema oral no permite una adecuada posibilidad de recurrir porque las constancias o actas del juicio (entre otras la prueba testimonial) no se reproducen integralmente (de modo literal), lo que sí ocurre con el expediente escrito. También este cuestionamiento es muy relativo. Es cierto que ante un debate oral los juzgadores deben resolver con los elementos probatorios recibidos y analizados directamente ahí, pero ello no los exime de fundamentar su decisión debidamente, señalando con base en la sana crítica los puntos de aquéllos que los llevan a justificar el fallo, otorgando o no, credibilidad racionalmente expuesta sobre su contenido. Igualmente esta decisión puede ser recurrida mediante los mecanismos de impugnación correspondientes (cuya visión y apertura sigue siendo tema de discusión aún en la actualidad). Incluso cabe recordar que no hace mucho se estableció en nuestra legislación el recurso de apelación contra las sentencias de juicio, estructurado sobre nuevas bases que permitan un mejor ejercicio de control de dichas resoluciones (así se señala en la reforma de los artículos 459 y siguientes del Código Procesal Penal aprobada por Ley número 8837 de 3 de mayo de 2010 para permitir la apelación contra las sentencias de juicio y otros aspectos, ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución del 2 de julio de 2004 en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, ya que antes sólo se permitía el recurso de casación).

Asimismo deben tenerse presentes las posibilidades de grabación (o incluso de filmación) de los juicios orales que hoy día se realizan como obligación de los tribunales para garantía de sus actos ante los sujetos involu-

crados. Lo que sí debe advertirse es que las sentencias orales (que en principio reconocen no son de mi agrado) también tienen que cumplir todos los requisitos- especialmente la fundamentación- que exige nuestro Código para esas importantes decisiones. Ya la Sala Constitucional dispuso mediante resolución de las 15:03 hrs. del 25 de febrero de 2009 "... de que la práctica judicial de omitir la redacción de una sentencia documento, sustituyendo éste por una resolución emitida en forma oral, no es contraria al principio de legalidad, siempre y cuando se suministre a la parte el registro que le permita en ejercicio del principio de autonomía del ser humano, conocer de lo resuelto y se le provea en las instalaciones del Poder Judicial de los medios necesarios para accederla, en caso de que no cuente con los recursos propios para ello".

3.- El llamado "mito de la oralidad".

No se trata éste realmente de una desventaja o inconveniente, sino de un tema que debe manejarse con cuidado. Según decíamos en páginas anteriores, no debe pensarse que con un sistema oral resolvimos todos nuestros problemas y logramos por fin una justicia absolutamente ideal. Nuestra afirmación es que "facilita" la realización de los fines, garantías y principios esenciales del proceso penal de mejor manera que la escritura.

El Prof. Montero Aroca señala que "a lo largo del siglo la oralidad en el sentido chiovendiano ha sido el mito perseguido y nunca alcanzado, y con él la finalidad de acortar la duración del proceso. En torno a aquélla han proliferado las obras, los congresos e incluso los Códigos... el "apóstol" de la oralidad ha convencido a los teóricos, pero no ha logrado convencer a los prácticos..."¹³, sin embargo

¹³ Montero Aroca, Juan; ob. cit. P. 82.

creemos que su crítica sigue la misma dirección que hemos venido analizando, pues no se trata de establecer un sistema oral porque creemos que con él resolvemos todos los problemas del proceso penal, sino porque pensamos que es un buen mecanismo de control y de garantía en la meta de cumplir un “debido proceso”.

IV- CONSIDERACIONES FINALES. A MODO DE CONCLUSIÓN

Bien dice el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁴ que cuando se analizan las legislaciones de los países de nuestro continente, causa sorpresa el número de derechos y garantías que en ellas se consignan, incluso desde el siglo XIX, los que sin embargo no se han manifestado en la práctica, la que durante mucho tiempo ha estado contrapuesta a la teoría.

En razón de ello deben buscarse los mecanismos idóneos para que los procesos penales estén acordes con tales principios, inspirados en el derecho republicano y en las corrientes de pensamiento democrático, que de nuevo han retornado a América Latina en los últimos tiempos. Es así como el contenido de un “proceso debido” o “debido proceso”, donde la orientación es la tutela y protección de los derechos fundamentales del ser humano, ha venido surgiendo cada vez con mayor fuerza, impulsado por el garantismo penal. En esa lucha se ha planteado como un problema particular el tema de la oralidad y de la escritura, apuntando cada sistema a obtener lo mejor de sí. La doctrina mayoritaria claramente se ha inclinado por el juicio oral (sin que la oralidad sea observada como un fin en sí misma), por presentar, según hemos visto, las mayores fa-

cilidades para hacer efectivos tales derechos y garantías. Pero el problema no debe agotarse ahí, ya que las ventajas, desventajas o inconvenientes sólo pueden ser valoradas de modo correcto dentro de un margen de sana discusión y análisis.

Con este trabajo hemos pretendido explicar cómo en un Estado de Derecho los conceptos de eficiencia y garantía (entendida como protección y respeto de los derechos humanos) deben complementarse para encontrar un necesario equilibrio entre los intereses individuales y sociales.

Un proceso penal moderno debe ajustar – según decíamos - sus límites al contenido del denominado “debido proceso”, concebido bajo la salvaguarda de los principios constitucionales y de los tratados y convenios internacionales relativos a la tutela de los derechos prioritarios de todo ser humano. Puede decirse entonces, al igual que lo hizo la Sala Constitucional de Costa Rica¹⁵, que un proceso penal debido es aquél que se realiza con apego a las condiciones de constitucionalidad y legalidad que garantizan una justa tramitación o procedimiento judicial donde se hagan valer de modo efectivo los derechos de defensa, audiencia y sus derivados (intimación, imputación, etc.) así como sus correlativos de inocencia (nadie puede ser considerado como culpable ni tratado como tal mientras una sentencia conclusiva firme no lo declare así, después de un juicio regular y ajustado a derecho), de respeto al principio de “in dubio pro reo” y con acceso a procedimientos legítimos y debidamente establecidos (principios de amplitud, legitimidad, comunidad e intermediación de las pruebas; identidad física del juzgador, publicidad del proceso, valoración probatoria sometida a criterios de sana crítica, etc.).

14 Zaffaroni, Eugenio Raúl; coordinador de la obra “El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos”, editorial Porrúa, México, 2000, ps. 3 y 4.

15 Ver sentencia 1739-92 del 1º de julio de 1992.

Los anteriores contenidos son igualmente desarrollados por el proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal, conocidas como reglas de Mallorca. Los lineamientos que han sido examinados y que fueron parte del esfuerzo que desplegó en su apoyo el Dr. Luis Paulino Mora, ponen de manifiesto que la persecución penal en un Estado de Derecho o democrático debe, pues, ajustarse a los cánones de ese llamado proceso debido y justo, donde al individuo se le respeta y atiende en sus garantías esenciales,

otorgándole toda posibilidad para su defensa, de recurrir contra el fallo que le es adverso, de impugnar y reclamar por otras vías o medios la violación de sus derechos, etc.

Se trata, en fin, de una visión humanista y civilizada del proceso y del mismo Sistema Jurídico, para evitar el regreso a épocas de arbitrariedad deplorables que la misma historia se ha encargado de reprocharnos. Sigamos, pues, en defensa de ese camino recorrido y procuremos fortalecerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Carranza, Elías. "Criminalidad. ¿Prevención o promoción?". Editorial Uned, Ilanud, San José, Costa Rica, 1994.
- González A., Daniel. "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", artículo publicado en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales nº 11 de julio de 1996. San José, CR.
- Hassemer, Winfried. "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz", artículo publicado en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales nº 8, 1994. San José, CR.
- Montero Aroca, Juan. "El derecho procesal en el siglo XX". Edit. Tirant-lo Blanch, Valencia, España, 2000.
- Quirós Jenny. "Manual de oralidad para jueces y juezas". Publicación del Poder Judicial-BID (Conamaj), San José, Costa Rica, 2006.
- Zaffaroni, E.R. "El proceso penal. Sistema Penal y Derechos Humanos". Editorial Porrúa, México, 2000.
- Zaffaroni, E.R. "Manual de Derecho Penal. Parte General", edit. Ediar, ediciones del año 1986 y del año 2008 (con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar). Argentina.



"Los niños felices". Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez

**EL FUNCIONALISMO SISTEMICO
Y SU IMPACTO EN LA TEORÍA DE
LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL**

Msc. Diana Montero Montero

Defensora Pública, Poder Judicial

Resumen: La corriente del funcionalismo sistémico ha planteado propuestas de cambio en el Derecho Penal, con fundamento en aportes diversos de la sociología entre los cuales destaca la Teoría de Sistemas de Luhmann, los cuales modifican desde todo punto de vista a esta disciplina, incluso en sus conceptos básicos. Entre ellos, uno de los más afectados es el del Bien Jurídico, pues al variar su contenido original, ha provocado que las funciones del Derecho Penal sean modificadas con vista en el concepto de vigencia de la norma de manera que se convierta en un sistema que asuma la dirección de la sociedad. Otros aspectos que alcanza es el concepto de persona, despojándola de su individualidad y dignidad, a partir de una exigida “fidelidad al derecho” y un sistema de roles.

Palabras clave: Funcionalismo. Teoría de Sistemas. Expectativas Normativas. Comunicación. Autopoiésis. Autoreferencia. Bien Jurídico. Vigencia de la Norma. Estabilidad del Sistema. Imputación Objetiva.

Abstract: The current of Systemic Functionalism has posed proposals for change in criminal law, based on various contributions of sociology among which Systems Theory of Luhmann stands out, which change from every point of view this discipline, even in its basic concepts. Among them, one of the most affected is the Legal Asset, because the change of its original content, causes a modification of the functions of criminal law with view on the concept of enforcement of the rule so that it becomes a system that assumes control of society.

Keywords: Functionalism. Systems Theory. Regulations expectations. Communication. Autopoiesis. Self-reference. Legal Asset. Validity of the Standard. System stability. Objective imputation.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es una disciplina que se ha ido construyendo con el aporte de múltiples juristas, académicos y prácticos que han discutido a través de muchas décadas acerca de esta rama del derecho que pretende la solución de los conflictos jurídicos de mayor gravedad en una sociedad, cuya definición se realizaba a través de dos teorías básicas: la teoría del delito¹ y la noción de bien jurídico.² Ambas pretendían limitar el poder e intervención del Estado al momento de verificar la comisión de un hecho delictivo y la determinación del responsable.

Esto se debe al hecho, que el derecho penal se caracteriza por la violencia que se plantea en todas sus etapas, sea desde el

hecho mismo que le da origen (delito), como la reacción de la sociedad y en particular del Estado, ante ese hecho (procedimiento), así como ante la fijación de consecuencias por la responsabilidad del sujeto que lo haya cometido (sanción).

Por lo tanto, para evitar arbitrariedad y abusos en la reacción estatal se fue creando lentamente un sistema de pensamiento jurídico-penal, cuyas principales características se mantuvieron duramente muchos años, en esencia, incólumes y que pretendía la limitación del poder punitivo del Estado. Ciertamente, se dieron discusiones sobre aspectos de carácter ontológico³, pero en principio, los aspectos básicos de la disciplina gozaban de consenso. Sin embargo, el cambio de perspectiva en la visión de lo que debe hacer el derecho penal, ha ido minando esa visión del derecho penal ilustrado, para dar lugar a una perspectiva en que el derecho penal cumpla funciones que realmente no le competen. Al respecto ha señalado Binder que: *“Las normas penales cumplen una función limitadora, y ello debe ser integrado y desarrollado. Todas las categorías y conceptos que utilice la dogmática penal deben estar al servicio de esta función limitadora y reductora. El desarrollo y perfeccionamiento de un nuevo instrumento del poder punitivo le corresponde al análisis político-criminal no a la dogmática penal. Si existen dos posibilidades de interpretación, la dogmática penal debe siempre optar por aquella con mayor capacidad de limitar el poder punitivo. Su racionalización es siempre*

1 La Teoría del Delito opera como garantía en la medida que define el análisis estratificado que se debe hacer de una conducta para verificar si ésta constituye un delito, entendido como una acción típica, antijurídica y culpable: *“Es de destacar que para los operadores jurídicos que se desempeñan en el área penal en distintas posiciones (...), el análisis de la teoría del delito resulta básico pues permite garantizar la justicia de la resolución que se dicte en un proceso penal. Esta aseveración se hace partiendo de que no sólo las garantías procesales como el debido proceso, la oralidad, el contradictorio, etc., le brinda seguridad jurídica al sujeto sometido a un proceso penal, sino que también el manejo de los aspectos sustantivos, permiten que los procesos penales se resuelvan con respeto a los principios de legalidad e igualdad, en estricto derecho, partiendo de los parámetros normativos que el legislador ha considerado correctos y que han sido desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente.”* Camacho, Jorge y otras. (2007) *La Culpabilidad*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., p. 34.

2 Para un análisis detallado del tema del bien jurídico lo encontramos desarrollado en Fernández Gonzalo (2004). *Bien Jurídico y sistema del Delito*. Montevideo, Editorial B de F Ltda. quien señala (p. XX) que *“Desde un punto de vista dogmático, no obstante, el bien jurídico posee una neta proyección garantista, aun cuando no hay sido ése el designio que inspiró originariamente el surgimiento de la teoría. Aun así, constituye un elemento político criminal de gran valor para la adecuada interpretación del tipo penal y simultáneamente, para promover una restricción ponderada del derecho estatal de penar”*.

3 Para un breve análisis de las tesis del causalismo y finalismo, sobre las cuales se dieron múltiples discusiones durante algunas décadas del Siglo XX, ver Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). *Derecho Penal (Parte General)*. Buenos Aires, Ediar S.A. Sociedad Editora, pp. 441-444.

*y exclusivamente una racionalización limitadora y reductora, ni siquiera estabilizadora del poder punitivo. Esta posición no es compartida por la doctrina mayoritaria que pretender construir una dogmática penal que asegure que el derecho penal cumpla adecuadamente sus funciones.*⁴

Así, dentro de las nuevas corrientes del derecho penal surgió la propuesta del alemán Günther Jakobs, el funcionalismo normativo sistémico que plantea, -independientemente de que se la comparta o no- una construcción relativamente novedosa del Derecho Penal en la que se dejan de lado los paradigmas que anteriormente se consideraban como indiscutibles.⁵

Para la elaboración de su propuesta Jakobs incorpora la teoría de los sistemas de Luhmann con especial énfasis en el tema de la comunicación y el carácter autopoietico, y a partir de esta teoría defiende un cambio radical en uno de los principales aspectos que definían el derecho penal liberal: la función principal del derecho penal no es la verificación de la lesión a los bienes jurídicos y su protección

como se había sostenido de manera general, sino que plantea como función del Derecho Penal, asegurar la vigencia de la norma para lograr el mantenimiento del sistema. Además redefine el concepto de persona analizando el tema de los roles en una sociedad.

Esta es la posición que Jakobs propugna, y que cuenta con seguidores que ubican esta perspectiva y a su propulsor como una especie de personaje mitológico que brinda un nuevo camino a seguir.⁶ A continuación, se analizan en detalle los que, consideramos, son los principales aportes del funcionalismo normativo sistémico.

1- APORTES DE LA SOCIOLOGIA PARA EL CONCEPTO DE FUNCIONALISMO SISTEMICO

El impacto de la Sociología en las diversas ciencias sociales es innegable. Ha sido una disciplina que ha brindado, y continúa brindando elementos importantes para el Derecho. Muchísimos de sus conceptos han sido

4 Binder, Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, p. 61

5 La posición de Jakobs lleva incluso al punto de cambiar la perspectiva desde la cual se construye el conocimiento propio del Derecho Penal: "Jakobs procede a una radicalización mucho más profunda que Roxin en cuanto a la tendencia constructiva funcional sistémica. Invierte exactamente la premisa de Welzel al afirmar que ningún concepto jurídico penal – y no sólo la acción y la culpabilidad- está vinculado a datos prejurídicos sino que todos se construyen en función de la tarea del derecho penal. Cualquier concepto del sistema sufrirá la inseguridad de depender del entendimiento que se tenga de la función del derecho penal. Incluso el concepto mismo del sujeto al que se dirige el derecho se construye en función de la tarea asignada al derecho penal. No solo niega la teoría de las estructuras lógico-reales, sino que propone exactamente lo contrario, es decir, una radical normativización de toda la dogmática". Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora, pp. 367-368

6 Al respecto véase la posición de Parma, Carlos (2004). El Pensamiento de Günther Jakobs. Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 23-25 En este caso el autor asimila la posición de Roxin con la figura de Adán, en el sentido de que aunque cuestionó algunos conceptos de la dogmática, "*prefirió unir la dogmática actual, ser una bisagra entre distintas corrientes, un «re-fundador» que persigue dar luz entre tanta oscuridad, es decir, fue Adán*". Respecto a Jakobs, (pp. 24-25) lo compara con Prometeo explicando que este personaje mitológico "*...le «robo» el fuego a los dioses, allí estaba el conocimiento, y al darle alcance los Dioses y recriminarle ese obrar, Prometeo no se arrepintió, señalando posteriormente (p. 25) que «Con cabalgadura de acero y paso firme Günther Jakobs, desde la década del 90 ilumina como un meteoro el firmamento de la dogmática, aquella que enriquece con una nueva concepción que habla de «competencias», «roles», «expectativas sociales», «significado», «comunicación defectuosa», «quebrantamiento de normas», «infidelidad al derecho», «prevención general» etc. Esto quiere decir que insiste en su tesis, no renuncia, no se arrepiente... es Prometeo.*"

trasladados y adaptados al campo del derecho, y el impacto que han tenido resulta evidente en el caso que nos ocupa. Para el desarrollo de este trabajo es necesario referirnos a dos de estos aportes: el funcionalismo sociológico y la teoría de sistemas de Luhmann.

1.1 EL FUNCIONALISMO

El concepto de funcionalismo se originó a partir de los estudios de la Sociología y la Antropología, y hace referencia al estudio de la sociedad tal y como se encuentra. Pretende "... comprender como cada elemento de la sociedad se articula con los demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad".⁷

Dentro de la sociología han existido diferentes corrientes de funcionalismo, las cuales Montero Cruz explica.⁸ Resumiendo su exposición podemos decir que el funcionalismo absoluto sustentado por Malinowski sostiene que cada elemento desempeña una función vital y que la unidad de la cultura es la que integra la sociedad, por lo que todas las partes son necesarias. En cuanto al funcionalismo relativo de Merton, considera que algunos elementos no prestan la función que manifiestan por lo que hay funciones latentes y también existen disfunciones cuando más bien los elementos operan en contra del sistema. Finalmente, menciona el funcionalismo estructural de Par-

son en el cual a partir de la idea de la disposición de las partes de un todo (estructura), se analiza su manera de ser, por ello "*Estudia la sociedad misma, considerada en su globalidad, para buscar las funciones esenciales que deben ser desempeñadas por individuos, grupos o instituciones, para que la sociedad se configure y perdure*".⁹ Pero en relación con el funcionalismo clásico se dice que:

*"...enfoque funcionalista clásico de la sociedad considera que ésta es –análogamente a lo que sucede con un cuerpo humano– como un organismo vivo que se encuentra, a su vez, dotado de diversos órganos –estructuras– que se complementan entre sí. El buen funcionamiento de la sociedad, y la perdurabilidad de la misma, se determina por la cohesión, sincronización y correcto funcionamiento entre sus estructuras u órganos. En este sentido, en el estudio y análisis de cualquier sociedad y con la vista puesta en la perdurabilidad de la misma, es preciso determinar de qué forma o modo se interrelacionan y combinan sus partes o instituciones. En realidad, desde el nacimiento de la Sociología como ciencia a principios el siglo XIX, y como no, durante la época del funcionalismo clásico, ha sido una constante la consideración de la sociedad como un sistema social, la formulación de una estereotipada comparación de los sistemas naturales con los sistemas sociales –por medio de la analogía–, y la concepción de las categorías funcionales precisas para el mantenimiento y la perdurabilidad de los sistemas sociales."*¹⁰

7 Señala Montero Cruz que el funcionalismo es una corriente del estudio de las ciencias sociales que surgió en Inglaterra en los años 1930, la cual plantea un enfoque empirista por los que privilegia el trabajo de campo Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

8 Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [

9 Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

10 Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

Como vemos este enfoque pretende asimilar las condiciones de los organismos vivos a la organización social, pero además, enfatiza las interrelaciones entre los elementos que los conforman.

El funcionalismo clásico entró en crisis en los años 70, y Montero Cruz señala que uno de los motivos de esta crisis fue el hecho de invisibilizar los conflictos y cambios sociales, privilegiando la idea de los consensos y el orden social.¹¹

1.2 LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE LUHMANN: AUTOREFERENCIA Y COMUNICACIÓN

La Teoría de los sistemas tiene su punto de partida en la llamada Teoría General de los Sistemas desarrollada por el biólogo Ludwig von Bertalanffy, la cual pretendía que tanto la biología como las otras ciencias de la vida, se apartaran de la influencia de la física, además que buscaba evitar la dicotomía entre sistemas abiertos y cerrados. Se caracteriza por que analiza la interacción entre las partes de un sistema; considera que se pueden generar principios generales en relación con los distintos sistemas; y tanto el concepto de teoría como el de sistemas se abordan con una visión amplia.¹²

Además, en la Teoría General de Sistemas existen dos conceptos fundamentales:¹³

-Homeostasis conforme al cual *“la vida se desarrolla en el intercambio externo/inter-*

no gracias a un flujo constante de materia y energía”.

-La ley de la *“requisite variety”*, conforme a la cual las formas biológicas reaccionan a los estímulos del exterior con procesos internos de creciente diferenciación funcional y especialización.

La teoría de los sistemas es retomada por el sociólogo Niklas Luhmann,¹⁴ Desde la perspectiva de Luhmann el concepto de sistemas trasciende de ser construcciones de objetos individuales que gracias a esfuerzos intelectuales son agrupadas, hasta llegar a hacer referencia a realidades.¹⁵ Según señala Luhmann, un sistema es lo que diferencia al sistema del entorno, y por ello, la posición del observador influye en la distinción entre ambos.¹⁶

Otro concepto fundamental para la teoría de sistemas de Luhmann es el de autopoiesis el cual Rivero explica como *“...el fenómeno de la auto-referencia, la cual se da cuando el sis-*

11 Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

12 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 241

13 Giménez Alcover citada por Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 242

14 Montero Cruz refiere una semblanza del profesor Niklas LUHMANN, indicando que nació en Alemania en la ciudad de Lüneburg, Baja Sajonia en 1927. Durante la Segunda Guerra Mundial formó parte de la Luftwaffe y fue detenido por los aliados. Ya en libertad, estudio Derecho en Friburgo de Brisgovia, terminando en 1949. En 1961 viajó a Estados Unidos y estudio en la Universidad de Harvard, sociología con Talcott PARSONS quien influyó en su pensamiento. En 1964 publicó la primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: “Funktionen und Folgen formaler Organisation” (Duncker & Humblot, Berlín, 1964). Posteriormente estudió en la Universidad de Münster sociología política. A partir de 1968 se establece en Bielefeld, como catedrático universitario hasta 1993, cuando es nombrado emérito. Falleció en 1998. Su pretensión era generar una teoría social universal. Así Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

15 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 243

16 Luhmann citado por Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 243

tema alcanza la facultad de auto-observación, auto-organización, auto-reflexión, auto-reproducción y autocontrol."¹⁷

Este concepto se encuentra desarrollado por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela. Citando a Maturana, Rivero señala que "...*todo sistema vivo, sean éstos células u organismos constituye un sistema operativo cerrado en la medida en que reproduce los elementos de que se compone con ayuda de aquellos elementos de los que se compone.*"¹⁸ Destaca en particular el concepto de circularidad basal que más allá de la réplica genética en generaciones futuras, se refiere a la "... *actual y continua auto-producción del propio sistema.*"¹⁹, la cual permite que los sistemas no dependan de su entorno para su reproducción, aunque sí para recibir información y energía.

Por lo tanto, según estas tesis, el sistema no solo se repite a futuro, sino que cuando sufre una lesión se regenera a lo interno. Respecto al concepto de autopoiesis Montero Cruz, lo explica detalladamente:

"...debemos entender por "sistemas autopoietico", un sistema que se produce a sí mismo (poiesis-producción). Por ello se dice que si los sistemas sociales son sistemas autopoieticos debía encontrarse una unidad que produjera dicho tipo de sistemas y a partir de la cual se reprodujera. Dicha unidad es la comunicación. Por lo tanto, los sistemas sociales autopoieticos son sistemas comunicativos o de comunicación y en consecuencia, se entiende que la comunicación es la única operación genuinamente social. Entonces, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es fun-

damentalmente una teoría de la comunicación."²⁰ (La negrita no es del original)

Aparece aquí ya la mención a otro elemento definidor y fundamental para la teoría de sistemas desarrollada por Luhmann y es el elemento de la comunicación, la cual caracteriza a la teoría de los sistemas sociales. Así lo indica Luhmann quien señala que la teoría sociológica de la acción ha fracasado "...*pues el concepto de acción remite al hombre como ser viviente y como conciencia, es decir no se refiere a un estado de cosas socialmente constituido. La teoría de los sistemas sociales, por ello, debe transformarse de teoría de la acción en teoría de la comunicación si quiere aplicar el concepto de sistema (...)* y hablar de sistemas sociales operativamente cerrados, autopoieticos. Además, habría que renunciar a la concepción usual de comunicación como acción de comunicación o como transferencia de información de un sistema a otro, ***pues de ese modo se desplazaría de nuevo el punto esencial de la teoría hacia los seres vivientes, los sujetos, los sistemas que participan en la comunicación, es decir, un desplazamiento hacia algo que no ha sido producido por la comunicación.***"²¹ (La negrita no es del original)

Nótese del párrafo transcrito, y en particular de lo destacado, que aquí la comunicación no es hacia "seres vivientes", sino que la comunicación es hacia algo que haya sido producido por la comunicación. Y eso ocurre así, pues para Luhmann el hombre no es parte del sistema sino que es un elemento del entorno.

17 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 243

18 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 244

19 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 244

20 Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

21 Luhmann citado por Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 245

Respecto a este concepto, Salas explica que el entorno es “...*el correlativo negativo del sistema, como el ambiente exterior al sistema en cuestión, que puede consistir en otros sistemas o en material no estructurados, desde el cual pueden provenir impulsos hacia el primero, que este leerá de conformidad con su capacidad de diferenciación, es decir les atribuirá su propio sentido ya que es autoreferente.*”²² Por ello, según explica este autor, el sistema se autodetermina y define qué “impulsos” del entorno le interesan, pues el resto es mero ruido.

El mismo Luhmann considera necesario aclarar que el hecho de que el ser humano se ubique en el entorno, a su criterio no lo desvaloriza porque precisamente si este se considera como “*una unidad concreta y empírica formada física y química, orgánica y psicológicamente, no puede concebir al individuo como parte del sistema social.*”²³

Un aspecto más de interés en la teoría propuesta por Luhmann, es el hecho de que el sistema social macro, se pone a su vez de subsistemas, y entre estos se ocupan entre otros, la religión, la economía, y el derecho entre otros.

Respecto a la teoría de sistemas propuesta por Luhmann se han hecho diversas aseveraciones, como la que plantea Rivero quien considera que el tratar de aplicarla al Derecho Penal implica consecuencias fundamentales en el plano epistemológico, en el plano operativo y en el plano axiológico. En particular, llama la atención que desde el aspecto axiológico considera Rivero que la tesis de Luhmann obliga a cambiar la visión del

derecho penal como objeto de conocimiento para convertir al sistema penal en un sujeto de conocimiento.²⁴

Una visión radicalmente diferente la encontramos en la posición de Haba Müller para quien la perspectiva de Luhmann consiste en “...*autoconfinarse al cielo de su propio metalenguaje teórico, esencialmente autista, pues este consiste sobre todo en unos círculos viciosos de definiciones apriorísticas y básicamente tautológicas.*”²⁵

2. LA PERSPECTIVA DE JAKOBS: EL FUNCIONALISMO NORMATIVO SISTEMICO

En relación con el conocimiento científico en materia jurídica,²⁶ la posición de Jakobs se caracteriza por considerar que “*lo que distingue el trabajo científico de la elaboración erudita de la materia jurídica es que aquel comienza por la cuestión de la legitimidad del ordenamiento jurídico respectivo. Todo lo demás, especialmente la ordenación de la materia en un sistema, se sitúa en un nivel posterior.*”²⁷ Es decir, que a su criterio para que una propuesta dogmática tenga carácter científico, se debe comenzar examinando el tema de las condiciones que brindan legitimidad al ordenamiento jurídico. Al respecto de esta perspectiva señala que:

“... *la actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la legitimación del*

22 Salas, Ricardo (2004). Derecho Penal, funcionalismo y relojería social. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental p. 129

23 Luhmann citado Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 245

24 Rivero, Juan Marcos. (2004) Episteme y Derecho. Granada, Editorial Comares, p. 250.

25 Haba Müller, Pedro. (2012). Metodología (realista) del Derecho. Tomo II. San José, Editorial UCR, p. 674

26 Para una interesante y detallada discusión sobre el carácter científico del Derecho en que se hace un análisis de los métodos con los cuales se genera el conocimiento ver; Haba Müller, Pedro. (2012). Metodología (realista) del Derecho. Tomo I San José, Editorial UCR, pp. 249-305

27 Jakobs, Günther (2008). El Derecho Penal como disciplina científica. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 13

*Derecho penal: la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en un época determinada y cuál no lo es. Con otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso verdadero, la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad. Corresponde a la ciencia elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad.*²⁸

Ahora bien, cual es el Derecho Penal legítimo para la época en que vivimos según Jakobs? La respuesta a esta pregunta resulta bastante compleja, pero trataremos de esbozar algunos elementos que consideramos importantes para vislumbrar la posición de este autor.

2.1 APLICACIÓN DE LOS APORTES DE LA SOCIOLOGIA AL DERECHO PENAL: FUNCIONALISMO SISTEMICO

Señala Polaino-Orts que para Jakobs la relación entre delito y pena no se explica en base a criterios ontologicistas, y más bien parte de *“...un sistema caracterizado por un progresivo e integral proceso de desontologización, funcionalización y normativización de los conceptos e instituciones jurídico-penales, sobre la base del entendimiento del sistema del derecho penal con sistema normativo parcial, con subsistema del sistema social, y en el que los influjos de la filosofía idealista hegeliana y de la moderna teoría Luhmanniana de los sistemas sociales son más que evidentes.*²⁹

Es decir que se reconocen los aportes tanto de Hegel como de Luhmann, quienes brindaron elementos que Jakobs aprovechó e incorporó en su propuesta. En particular en este trabajo nos interesa la vinculación que haya hecho de la propuesta de Luhmann, al punto de vista de las funciones del derecho penal.

Según explica Polaino-Orts, la definición de Luhmann sobre función, señala que este consiste en *“las prestaciones que desde el punto de vista de su aportación (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social”*³⁰ Ahora bien, como vimos anteriormente, el concepto de autopoiesis refleja que el sistema tiene la capacidad de autocorregirse, cuando se da un problema que amenaza su estabilidad.

Por lo tanto, partiendo de los aspectos recién esbozados, la llamada *“estabilización de la norma lesionada”*³¹ que ocurre cuando se aplica una pena, según indica Jakobs en la parte general de su Derecho Penal, viene a ser un ejemplo de un sistema que se autorepara con base en sus propios parámetros. La aplicación de la pena, comunica a la sociedad que la norma sigue estando vigente, la reafirma. Valga resaltar que en doctrina también se hace referencia a la autoreferencia³², del sistema, entendido este concepto como la comunicación que el sistema tiene consigo mismo. Al respecto se indica que *“Con la pena la sociedad reacciona frente a esta provocación y confirma su estructura normativa desautorizando el comportamiento del delin-*

28 Jakobs, Günther (2008). El Derecho Penal como disciplina científica. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 22

29 Polaino-Orts, Manuel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. Colombia, Universidad de Externado, pp. 80-81

30 Luhmann citado por Polaino-Ort Manuel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. Colombia, Universidad de Externado, p. 82

31 Jakobs, Günther (1997). Derecho Penal. Parte General. Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, p.9

32 Polaino-Orts, Manuel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. Colombia, Universidad de Externado, p. 85

*cuente como un modelo de orientación válido. De esta manera, la pena expresa la restitución de la plena vigencia del derecho y, en principio, está justificada sólo ante el fracaso de la pretensión disuasiva contenida en las mismas leyes, es decir, post factum y no ex ante. Así, el marco teórico funcionalista le sirve a Jakobs para elaborar una teoría de la pena en la que mediante la comunicación se restituye al derecho como tal.*³³

Y es que al momento de exponer la Teoría de la Prevención General Positiva, Jakobs hace referencia a la idea de “...necesidad de vigencia segura de la norma” explicando que en las relaciones sociales, que son las que interesan al derecho, la previsibilidad del comportamiento de las personas resulta necesaria, pues de lo contrario se estaría permanentemente expuesto a riesgos imprevisibles. Ahora bien, en ocasiones pueden ocurrir situaciones imprevisibles que no son achacables a los sujetos pues obedecen a hechos propios de la naturaleza. Pero según señala Jakobs, pueden ocurrir también otro tipo de situaciones que provocan lo que él llama “decepción” en quien ve como las normas vigentes son irrespetadas:

“Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir el juicio cognitivo. Ejemplo: Tampoco quien ve como el conductor bebe renuncia a su pretensión a un viaje seguro. A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que esta puede mantenerse (contrafácticamente)

*si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejemplo: Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta.*³⁴

Vemos aquí como, a fin de respetar los criterios de un sistema autoreferencial, más allá del sufrimiento de quien soportó la “decepción”, lo que interesa conforme a la propuesta de Jakobs, es el tema de la infracción de la norma.

Otro aspecto que evidencia la incorporación de las tesis de Luhmann a Jakobs, lo encontramos en la afirmación de que las personas viven en un mundo ya conformado donde las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales se refieren a:³⁵

- Primera expectativa: Se refiere a la necesidad de que “...*todos mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros...*”. De manera que cada círculo debe permanecer separado del resto. Según señala Jakobs si la primera expectativa se defrauda, se incurre en delitos de dominio o delitos por la responsabilidad de la organización.

- Segunda expectativa: Implica que “...*las instituciones elementales funcionen ordenadamente...*” de manera que estén en armonía con los individuos singulares. Cuando esto no ocurre, se está ante delitos de infracción de un deber o de responsabilidad institucional.

Respecto a este tema Montealegre Lynett señala que en la propuesta de Jakobs, para la imputación de una conducta o un resultado en derecho penal depende del ámbito de

33 Mizrahi, Esteban. (2012) Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza, p. 29

34 Jakobs, Günther (1997). Derecho Penal. Parte General. Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, p. 10

35 Jakobs, Günther (1997). Derecho Penal. Parte General. Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, p. 11

competencia del sujeto, el cual se delimita a partir de si la obligación de garante surge de la creación de riesgos (competencia por organización) o más bien surge de roles institucionales (competencia institucional).³⁶

En el primer caso, competencia por organización, menciona que dentro de una sociedad se permite al sujeto un margen de actuación en que puede poner en peligro bienes jurídicos ajenos, pero como contraparte de ello surgen los *deberes de seguridad en el tráfico* que son “...medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido...”. En caso de que estas medidas no den resultado y se produce la amenaza o el daño, se da origen a los *deberes de salvamento* con los que el sujeto que creó el riesgo debe revocarlo mediante conductas. En igual sentido ocurre con quienes por su particular labor tienen un deber de garante particular (*asunción*).³⁷

En el segundo caso, los deberes proceden de las propias instituciones que conforman la estructura social, de manera que el garante institucional tiene la obligación de proteger a otro contra los peligros y ayudarlo en caso necesario. El origen de estos deberes institucionales se encuentra en la solidaridad.³⁸ En cuanto al tema de la solidaridad Perdomo Torres ha dicho “...se trata de aquella solidaridad como reflejo de una verdadera vinculación so-

*cial y que corresponde con las expectativas de un grupo determinado, es decir, una solidaridad institucionalizada. Sólo en cuanto se trate de instituciones sociales, significativa, y por ende con carácter normativo, se podrá afirmar que existe un deber de solidaridad, que existe una obligación especial, que en la terminología hegeliana, “manda tributarle al otro algo positivo.”*³⁹ Este tema lo retomaremos posteriormente.

Nótese que en la propuesta de prevención general de Jakobs, está entonces evidenciado todo un sistema que privilegia los mecanismos para su estabilización. Otro ejemplo se evidencia en el hecho de que el mismo sistema penal busque generar la confianza de las personas en la medida que se reconoce la necesidad de conservar el sistema.

Un aspecto más que evidencia la absoluta incorporación de las Teorías de sistemas de Luhmann, es la perspectiva de Jakobs sobre la acción, Al respecto se han referido Montealegre Lynett y Perdomo Torres indicando que “...la vida en sociedad con todas sus interacciones se desarrolla con base en expectativas, y las normas son «estructuras sociales transmitidas por comunicación». La comunicación, entonces, es un instrumento básico de la interacción, en el cual cuenta no solamente la perspectiva de quien actúa, sino de los demás miembros de la sociedad. Este concepto juega un papel importante en el sistema de GÜNTHER JAKOBS, porque concibe la acción como un acto comunicativamente relevante. Ello significa que el suceso no puede interpretarse como una relación individual entre el sujeto y el quebranto de la norma (...).

36 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, p. 30

37 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, pp- 31-32

38 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, p.33

39 Perdomo Torres, Jorge (2003) Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, pp- 264

El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras prejurídicas. La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella". (La negrita no es del original).⁴⁰

Desde esta perspectiva, es relevante el esquema social de interpretación del suceso, porque el contexto es importante en la comunicación. De manera que si un acto que un sujeto realiza, se lo representa como ilícito, no interesa hasta el momento en que la sociedad misma defina si procede la imputación objetiva del mismo, conforme a la concepción racional de la sociedad.

2.2 EN CUANTO A LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL: DE LA VERIFICACIÓN DE LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO A LA VIGENCIA DE LA NORMA

Tradicionalmente se ha comprendido que para determinar la comisión de un delito, se debe analizar si la conducta realizada es constitutiva de una acción típica, antijurídica y culpable. Ahora bien, en ese análisis estratificado se incorpora el concepto de lesión al bien jurídico, el cual puede analizarse desde el nivel de la tipicidad con fundamento en el principio de insignificancia, o bien, desde el nivel de la antijuridicidad siendo la verificación a la lesión del bien jurídico correspondiente a la antijuridicidad material de conformidad con el principio de lesividad.⁴¹

Esta incorporación del tema del bien jurídico en estos análisis, más allá de la concep-

ción tradicional conforme a la cual la función de la norma penal era la protección de bienes jurídicos, refleja que actualmente la Teoría del Bien Jurídico lo ubica como un mecanismo para limitar la intervención del Sistema Penal en las conductas de los sujetos, limitando el abuso de poder estatal en este campo.

En este sentido lo entiende por ejemplo el profesor Juárez Tavares quien incluso llega a señalar que pretender que la norma penal protege bienes jurídicos responde a una visión sistémica de la política criminal, contraria a una perspectiva democrática y por el contrario destaca el aporte de Feuerbach, para quien *"...el Estado no podía incriminar cualquier tipo de conducta, sino solamente aquellas que implicasen una violación a un derecho subjetivo, y por ende, un daño social."* Conforme a esta postura, el fin de determinar si efectivamente ocurrió una lesión de gravedad a un bien jurídico con la conducta realiza, es determinar si cabe intervención del Estado.⁴² Ciertamente se hace una referencia al tema de daño social, al cual Jakobs también le brinda gran importancia, pero sin embargo el acento en Tavares, se encuentra en la violación al derecho subjetivo de otro sujeto.

En sentido nos parece similar, la posición de Chirino Sánchez quien señala que en un momento histórico determinado (la década de los 80 del siglo XX), operó un cambio en la forma de *"...entender el bien jurídico no como un mero concepto dogmático, sino como una herramienta de análisis constitucional. Es decir, no sólo como una idea construida para darle coherencia interna a la dogmática penal, sino también como un fundamento básico de la legitimidad del ius puniendi del Estado..."*⁴³

40 Montealegre Lynett, Eduardo y Perdomo Torres, Jorge. (2006). Bogotá, Universidad de Externado, pp. 46-47

41 Fernández, Gonzalo (2004). Bien Jurídico y sistema del Delito. Montevideo, Editorial B de F Ltda., pp. 163 y ss, y 173 y ss.

42 Tavares, Juárez (2010). Teoría del Injusto Penal, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., p. 178.

43 Chirino Sánchez, Alfredo (2004). Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un

Incluso, este cambio, señala el mencionado autor, permitió detectar tipos penales sin bien jurídico, por lo que este tipo de incriminación podría ser inconstitucional. En conclusión, desde esta posición la teoría del Bien jurídico *“...puede servir para limitar racionalmente la arbitrariedad y violencia del sistema penal.”*⁴⁴

Pero desde la perspectiva de Jakobs, la función del derecho penal conforme a la cual la verificación de la lesión al bien jurídico tenía particular trascendencia, es totalmente disminuida, para dar cabida a la perspectiva en que la función del derecho penal tiene relación directa con asegurar la vigencia de la norma, y de este modo brindar estabilidad al sistema. Ciertamente el tema de la vigencia de la norma, y la estabilidad del sistema tiene relación directa con la teoría de sistemas de Luhmann como vimos en el apartado anterior, pero en este apartado lo que pretendemos evidenciar es que la propuesta de Jakobs hace que el tema del bien jurídico y su lesión sea totalmente desvalorizado, llegando a perder la función que tiene de legitimación del derecho penal, tal y como lo señala Chirino Sánchez:

“En la teorización de Jakobs, el bien jurídico tiene un nivel de significación de las conductas delictuales, y ese es el papel que le corresponde en la interacción, pero de seguido se le elimina cualquier posibilidad de legitimación del derecho penal por su medio, haciendo el traslado de esta significación del bien jurídico a un mero reforzamiento del mantenimiento y significación de la norma. Se tra-

aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental pp. 33-34.

44 Chirino Sánchez, Alfredo (2004). Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental pp. 37

*ta, en última instancia, de alcanzar por vía de los bienes jurídicos una vigencia del contenido de la norma. La pena no es más que un medio de reforzar el mantenimiento de la significación de la norma.”*⁴⁵

Polaino-Orts también se refiere al tema, indicando que la función del Derecho Penal de tutela de bienes o valores jurídicos del individuo o de la sociedad, la cual era una dogma indiscutible, la cual le daba un carácter preventivo a esta función, pero que también cumplía *“...una función legitimadora para el empleo del poder coactivo y represor del Estado mediante el ejercicio de su ius puniendi”*⁴⁶, el cual implicaba el tema del ontologismo penal, al referirse a estructura ontológicas, lógico-objetivas o lógico materiales que antecedían a los conceptos jurídicos y que vinculaba al legislador, fue quebrado gracias a la crítica funcionalista al concepto de bien jurídico. Este autor concluye que conforme a la perspectiva de Jakobs los bienes jurídicos no son categorías ontológicas ni prejurídicas aunque pueden tener un carácter naturalista, pero que al poder ser afectados de diferentes maneras incluso por motivos que escapan a las conductas de personas responsables de ahí que concluye que: *“...el objeto de tutela penal no*

45 Chirino Sánchez, Alfredo (2004). Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental p. 50

46 Polaino Orts, Miguel (2003) Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, pp. 74. Llama la atención la perspectiva que refleja este autor al hablar de “una función legitimadora del poder del Estado, pues como explicamos anteriormente, se brindaba a la teoría del bien jurídico más que una función legitimadora del ius puniendi estatal, la condición de garantía para verificar si cabe la actuación del estado en un caso dado, además de limitar con ello la intervención de este.

*puede ser la lesión o puesta en peligro empíricamente constatable a un bien jurídico, sino la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas con independencia de su eventual lesión.*⁴⁷

Jakobs indica que la existencia de la sociedad depende de que sus normas tengan vigencia, pero que esta aseveración no implica que la violación a una norma convierta a la sociedad en un imaginario. Por el contrario, a su criterio, cuando se habla del quebrantamiento de la norma, se pone en evidencia su vigencia, ya que las normas rigen en la medida que pueda continuar siendo válidas, y por el contrario, su quebrantamiento no sea válido. Señala entonces:

*“De acuerdo con el entendimiento de la teoría de los sistemas, al que sigo en este punto, la sociedad es comunicación. Desde esta perspectiva, por ejemplo, lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no deber respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder tratarlos como un entorno indiferente. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma, es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelto a referir a la persona delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada.”*⁴⁸

Otro ejemplo que evidencia como la vigencia de la norma ha impregnado los diferen-

tes puntos relacionados con la Teoría del Delito es la forma en que se define el concepto de acción, pues más allá de lo que se ha entendido siempre por acción, la propuesta de Jakobs incorpora un aspecto diferente al usual:

*“Acción es convertirse en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción –y solo este– es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena”*⁴⁹

Es decir, que de una posición en que se protegían los bienes que se consideraban más valiosos por la importancia que la persona humana les confería, se pasa a una perspectiva nueva, en la cual se busca que la norma jurídica que regula el comportamiento de las personas se cumpla, pues de esta manera el sistema socio-jurídico logra estabilidad. Para Jakobs la función del Derecho Penal es garantizar la identidad normativa de la sociedad, en tanto considera que está compuesta de comunicación, y no de individuos y que el derecho penal es parte del subsistema que es el Derecho: *“La expresión «identidad normativa» no hace referencia aquí a ningún tipo de sustancia metafísica ni entidad inmutable sino a la unidad dinámica de expectativas de comportamiento asentadas como normas en la constitución de un Estado y en los demás códigos jurídicos. El derecho penal se constituye así en un mecanismo de defensa necesario puesto que, al decir de Jakobs, «la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así no se trataría de*

47 Polaino Orts, Miguel (2003) Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, p. 76.

48 Jakobs, Günther. (2004) ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª. Reimpresión, p. 57

49 Jakobs, Gunther. (1996). El concepto jurídico penal de Acción. Universidad de Externado de Colombia. 1ª. Reimpresión de 1998, p. 48.

una construcción)» *Las normas son las reglas de configuración de este contexto de comunicación, que debe contar con algún mecanismo de estabilización para evitar que cualquier divergencia sea el comienzo de una evolución hacia una configuración alternativa.*⁵⁰

Por lo tanto, la persona - que en un sistema democrático es el eje en torno al cual gira toda el engranaje social, económico, político, en fin toda la estructura del Estado creado para organizar la convivencia social y satisfacer las necesidades de la persona-, fue cosificada e instrumentalizada, para ser usada como un medio para que el sistema permanezca estable.

Valga destacar, que en doctrina Chirino Sánchez aclara como el planteamiento de Jakobs no desaparece del todo el concepto de bien jurídico, sino que lo que hace es cambiar su contenido material: *“...el bien jurídico ve reemplazado su sustrato material por un nuevo contenido; el bien jurídico se identificará, de ahora en adelante, con la vigencia de la norma, subsumiendo el carácter obligatorio de esta, sin embargo, el trasfondo del análisis es lo que lleva a reflexionar, sobre todo cuando nos dice que no es posible continuar sin un análisis de la «dañosidad social», sobre todo en la punibilidad...”*⁵¹

Es interesante destacar que aunque Jakobs sigue en gran medida las tesis de Luhmann a diferencia de este, no reconoce la perspectiva de Luhmann sobre los bienes jurídicos conforme a la cual:

50 Mizrahi, Esteban. (2012) Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad de la Matanza, p. 26

51 Chirino Sánchez, Alfredo (2004). Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental pp. 52

*“...los conceptos de interés en el Derecho Civil y de Bien Jurídico en el Derecho Penal tienen, frente a instrumentos dogmáticos más antiguos, la ventaja de ser más compatibles con una amplia regulación político-legislativa del derecho, y con la correspondiente responsabilidad global del legislador.”*⁵²

Como vemos, Luhmann reconoce al Bien Jurídico posibilidades que la posición de Jakobs invisibiliza en detrimento de su función garantizadora tradicional.

2.3 EL CONCEPTO DE PERSONA PROPUESTO POR JAKOBS Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Un aspecto medular en la posición de Jakobs, consiste en la definición de persona que sigue, a partir de las condiciones sociales actuales, definición esta que impacta por la desaparición de la auténtica persona, para convertirse en una especie de autómeta:

“En una compleja sociedad de masas, en la cual los contactos anónimos son la regla general, no es posible constituir a la persona mediante la suma de la «individualidad» y «dignidad», sino que la persona es un centro de derechos y obligaciones construido por la sociedad. La ciencia penal moderna muestra que las condiciones de existencia de la sociedad han modelado la imputación, y legitima ese modelamiento en cuanto que es ineludible, y ha sido siempre –en mayor o menor medida, en forma velada y dirigente- parte de la realidad. Aquello que se acostumbra a considerar como justo se legitima por medio de su necesidad social”.⁵³ (La negrita no es del original)

52 Luhmann, 1983 citado por Pérez Barberá, Gabriel. El dolo eventual hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires, 2011, Hammurabi, p. 113

53 Jakobs, Günther (2008). El Derecho Penal como disciplina científica. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 96

A partir de esta cita, queda clara la posición de Jakobs en cuanto al tratamiento que le brinda su teoría al ser humano, donde como él mismo dice, la dignidad de la persona no interesa, ni tampoco su particularidad. Al respecto indica Mizhair

“La persona no requiere necesariamente de un cuerpo o de una conciencia, si bien se le puede atribuir ambas cosas, sino que, como explica Jakobs, «la persona se determina [...] mediante su relación con otras personas, es decir, a través de su rol. Una sola persona es una contradicción en sí misma».”⁵⁴

Por lo tanto, para Jakobs, la persona es, solo en relación con otras personas. De ahí que, lo que importa a su criterio son las definiciones de la “sociedad” y la “fidelidad al derecho”, todo con el fin de lograr la estabilidad de un sistema. Este último aspecto queda evidenciado en la siguiente cita:

“...el Derecho entrega a las personas la tarea de procurarse una voluntad suficiente de seguimiento al Derecho, y denomina «culpabilidad» al fracaso en la ejecución de esta tarea. El rol de persona fiel al Derecho es por consiguiente, un rol construido socialmente con el fin de hacer posible la estabilidad de una estructura normativa, y ello es tan evidente, que en todas partes se considera «justo».”⁵⁵

Es decir, que Jakobs exige a esa construcción social que denomina persona, no solo que ajuste su comportamiento a la norma, sino que también lo haga totalmente convencido de su bondad.

Vemos aquí ya introducido el tema del rol, ya que además de los conceptos recién expuestos, para este autor, persona es la que es competente en una situación dada, y por ello tiene la obligación de no lesionar el bien.. Ahora bien a fin de ubicar quien es el sujeto o sujetos responsables de una situación, Jakobs parte de la teoría de los roles respecto a la cual indica:

*“Quien no hace nada que contradiga su rol (legal), tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien”.*⁵⁶

Es importante entonces señalar que el tema del rol es básico, pues para que una persona realice una conducta dentro del riesgo permitido, ésta debe adecuarse a los límites de su rol: no es responsable de lo que ocurra mientras que actuó dentro de ese rol, mientras que la persona cumpla ese rol:

“...quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una actuación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol de ciudadano fiel al Derecho quien por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza.”⁵⁷

54 Mizrahi, Esteban. (2012) Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad de la Matanza, p. 28

55 Jakobs, Günther (2008). El Derecho Penal como disciplina científica. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 92

56 Jakobs, Günther. (2004) ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª. Reimpresión, p. 27-28

57 Jakobs, Günther. (2004) ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª. Reimpresión, p. 28

Esta perspectiva obedece a la existencia de ámbitos de responsabilidad de manera que no se pretende que cada persona evite las lesiones a los bienes, sino que evite la lesión del bien que le corresponde y para ello basta el cuidado suficiente para aquello que le compete:

“Si se formula la conclusión alcanzada de modo tradicional conforme a una teoría de los imperativos, el mandato no puede rezar «no causes la lesión de un bien», sino que debe decir «no quebrantes tu rol como «ciudadano fiel al Derecho» y esto, en el caso de los deberes que corresponden a todos, «no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona».”⁵⁸

La atribución de responsabilidad obedece a la teoría de la imputación objetiva e implica el reconocimiento del orden que ese ha generado en razón de las función de los roles con motivo de las relaciones entre personas, y esto en razón de determinadas expectativas normativas. Por lo tanto, este aspecto se ha definido conforme a las normas y su función, y no por bienes de personas determinadas.

En la imputación objetiva, cuya aplicación resulta de importancia más que todo en los delitos imprudentes, se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador del rol, por ello indica Jakobs *“No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de un rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata por tanto, de una institución que se orienta con base en las personas.”⁵⁹*

58 Jakobs, Günther. (2004) ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª. Reimpresión, p. 29
59 Jakobs, Günther (1997). La imputación objetiva en Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1ª reimpresión, p. 22.

Para que las acciones individuales adquieran un significado socialmente relevante, deben tomarse en cuenta las expectativas en relación con el rol, así por ejemplo el conducir con exceso de velocidad aumenta del riesgo y constituye un peligro para los demás sujetos.

Jakobs señala que los fundamentos de la imputación objetiva son:⁶⁰

- Los seres humanos en el mundo social son portadores de roles de manera que administran un segmento social conforme al estándar correspondiente.
 - Entre las personas que participaron del hecho, ha de definirse quien por administrar de modo deficiente su rol es responsable jurídico-penalmente. Si ninguno incurrió en esas deficiencias el hecho es resultado de una desgracia.
 - Esto aplica para hechos dolosos y culposos, pero en el ámbito de los imprudentes es donde se ocupan mayormente estas tesis pues los hechos dolosos son evidentes.
- Por otra parte, el tema de los roles también admite límites, los cuales son reconocidos por el propio Jakobs quien los describe analizándolos en detalle:⁶¹
- Existencia de un **riesgo permitido** de manera que no es parte del rol de todo ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Ahora bien, el riesgo permitido se define no conforme a lo habitual, sino más bien las normas que conforman la práctica.
 - Existencia de un **principio de confianza** conforme al cual, no es parte del rol de cada ciudadano controlar los que los otros hacen, pues existe una división del trabajo

60 Jakobs, Günther (1997). La imputación objetiva en Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1ª reimpresión, p. 25

61 Jakobs, Günther (1997). La imputación objetiva en Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1ª reimpresión, pp. 28-37

y se supone que las demás personas son igualmente sujetos responsables. Se puede manifestar en relación con el autor, en cuanto a que este realiza el comportamiento de modo correcto, y en relación con la situación en que se encuentre, de manera que esta haya sido preparada de modo correcto por el tercero a quien corresponde.

- Existencia de la **prohibición de regreso** conforme a la cual, quien realiza comportamiento que es inocuo, no puede ser tenido como participe en una organización no permitida, aun teniendo conocimiento de lo que va a suceder.
- Existe **competencia de la víctima**: pues puede ocurrir que sea su propia conducta la que genere el resultado como ocurre en el caso del consentimiento.

Estos cuatro aspectos constituyen la imputación objetiva del comportamiento, según señalan Peñaranda, Suarez y Cancio, quienes destacan la prohibición de regreso como el aporte más original de Jakobs en este tema, indicando:

*“... fue el ámbito en el que comenzó a plantear la necesidad de limitar el ámbito del comportamiento punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivos-normativos, necesidad resumida en su conocida frase «no todo es asunto de todos». De modo sintetizado cabría decir que lo que esta institución pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. (...) Jakobs llega a postular en la actualidad el engarce de la teoría de la participación en la imputación objetiva del comportamiento, presentando a la prohibición de regreso como el revés de la participación punible.”*⁶²

62 Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González,

Estos mismos autores aclaran como también Jakobs plantea la imputación objetiva del resultado entendido como *“...la constatación -en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable”*⁶³ Señalan estos autores que en el caso de la imputación objetiva del resultado Jakobs ha sido más bien parco, lo cual a su criterio obedece a la visión de la imputación objetiva como lado externo del injusto, lo cierto es que *“...hay que preguntarse por el papel que cumple la imputación de resultados en el planteamiento global de la imputación objetiva. Parece necesario un mayor esfuerzo de explicación desde la perspectiva de Jakobs (...) ya que aparte de alguna genérica referencia al resultado como «aumento cualitativo» de la objetivación del quebrantamiento de la norma, no queda claro cuál es la relación entre este quebrantamiento externo de la norma que es concebido por Jakobs como «resultado» específico del injusto penal (= objetivamente imputable) y el «resultado» en sentido material”*⁶⁴

2.4 LA TEORÍA NORMATIVA SISTÉMICA DE JAKOBS Y SUS REPERCUSIONES EN LA TEORÍA DEL DELITO TRADICIONAL

Desde la teoría del delito tradicional, el delito es analizado como una acción típica, antijurídica y culpable. Específicamente los

Carlos y Cancio Melia, Manuel. (1999). Un nuevo sistema en el Derecho Penal. Colombia, Universidad de Externado, pp. 96-97

63 Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel. (1999). Un nuevo sistema en el Derecho Penal. Colombia, Universidad de Externado, p. 92

64 Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel. (1999). Un nuevo sistema en el Derecho Penal. Colombia, Universidad de Externado, pp. 102-103

elementos tipicidad y antijuridicidad conformaban el injusto penal. Ahora bien, partiendo de los cambios propuestos por Jakobs, analizaremos que ocurre con estas categorías del delito en el funcionalismo normativo sistémico.

2.4.1 ACCION

La acción desde la perspectiva de Jakobs cambia radicalmente pues se aleja de las perspectivas tradicionales⁶⁵, pues como hemos visto su propuesta parte de supuestos totalmente diferentes. Al respecto, Montealegre Lynett señala como aspectos básicos de la acción según la perspectiva del funcionalismo normativo sistémico los siguientes:⁶⁶

- Acción como acto comunicativo: Para Jakobs la acción es “...un acto comunicativamente relevante”. Por lo tanto no es solo la

65 Existen diversas teorías sobre la acción como elemento del delito, entre ellas explica Zaffaroni y otros, se encuentran la Hegeliana que respondía a una acción libre por ser una forma de negar el derecho; la causal naturalista de von Liszt entendida como “la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación la llamamos resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuanto resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo arbitrario. De este modo el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación de causa y efecto.”; la teoría finalista de la acción de Welzel conforme a la cual se da “...la construcción de un concepto de acción que respetase los datos de la realidad, o sea, un concepto óntico-ontológico de la acción, lo que implicaba el frontal rechazo del concepto jurídico penal que no tomaba en cuenta los contenidos de la representación que regía la conducta conforme a un sentido y que por ende, destruía conceptualmente su esencia de ejercicio de actividad final”. En el finalismo el desvalor recae sobre la acción y esta no prescinde de su finalidad. Así en Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora, pp. 383, 384, 385 y 387.

66 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado, pp. 28-29

relación entre el sujeto que la realiza y el consecuente quebranto de la norma, sino que debe valorarse dentro de la sociedad en que se realiza, de donde deriva el concepto de “*esquema social de interpretación del suceso*” conforme al cual es el contexto el que define si la acción realizada será objeto de imputación objetiva:

“...si la representación del sujeto que considera ilícita una conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, esta no es objeto de imputación objetiva...”

- La imputación objetiva es el instrumento para la interpretación del suceso, brindando un esquema que reúne aspectos tales como el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso. De manera que “...la imputación objetiva complementa y realiza la acción...”.
- La acción es una acción culpable, pues es un acto comunicativamente relevante en que evidencia “...que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, y por ende manifiesta un esbozo del mundo en el cual desautoriza la vigencia de la norma como modelo del contacto social...”. Por este motivo la acción que se enmarca en un error de prohibición no es un acto comunicativamente relevante, pues no se desconoce la vigencia de la norma.

Vemos a partir de estos detalles como el enfoque basado en la teoría de sistemas y en particular el aspecto de la comunicación, modifican una noción tan básica en la categoría del delito como la acción. Al respecto valga resaltar la siguiente cita sobre el tema de la acción:

“Acción es convertirse en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asun-

*ción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción –y solo este- es más que un concepto auxiliar jurídico- penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena*⁶⁷

Valga destacar en esta definición el tema de la competencia, que como vimos anteriormente y como detallaremos también en el siguiente apartado tiene relación directa con la competencia o responsabilidad por organización, y la competencia o responsabilidad institucional, de los cuales derivan deberes de garante sea porque se crearon riesgos permitidos o bien, porque las instituciones de la sociedad así lo requieren.⁶⁸

2.4.2 TIPO

La tipicidad, conforme a la teoría del tipo complejo,⁶⁹ contiene aspectos objetivos y los aspectos subjetivos. En los primeros se encuentra la descripción de la conducta típica incluyendo entre otros, elementos descriptivos, normativos y personales. En cuanto al aspecto subjetivo, hace referencia al tema del dolo o la culpa que tuvo el sujeto al momento de realizar el tipo objetivo, el cual se compone de elementos cognitivos y volitivos.

67 Jakobs, Gunther. (1996). El concepto jurídico penal de Acción. Universidad de Externado de Colombia. 1ª. Reimpresión de 1998, p. 48.

68 Sobre el tema de competencias o responsabilidad por organización o institucional véase infra pp. 12-13, citas, 36, 37 y 38, y supra p. 28, cita 75.

69 En Costa Rica, a partir del voto de Sala III 131-F-94 de las 9:00 hrs del 13 de mayo de 1994, se ha considerado que la teoría del tipo complejo es la que se ajustan al ordenamiento jurídico vigente. En igual sentido se ha pronunciado la doctrina, como puede verse en Dall' Anese Ruiz, Francisco (1998). El Dolo. San José, Investigaciones Jurídicas. Recordemos que aun cuando son teorías que se refieren a aspectos diversos, la teoría del tipo complejo tiene aspectos de afinidad de perspectiva con la teoría finalista de la acción, en contraste con la teoría del tipo simple, que resulta más coincidente con la teoría causalista.

Por lo tanto, para que una conducta sea típica no solo debe adecuarse a la descripción que la norma hace de ella, sino que también debe reunir la condición de haber sido realizada con dolo, o al menos con culpa, en los tipos penales que prevean esta posibilidad.

Además, se distingue tradicionalmente entre delitos de acción y omisión, entendidos los primeros como aquellos en que el sujeto realiza una conducta voluntaria: “...tipos activos individualizan directamente las acciones a las que asocia el poder punitivo”⁷⁰. Es decir que implican un hacer por parte del sujeto.

En contraste, en los delitos de omisión el individuo no realizaba una acción, y a partir de este “no hacer” o más bien de “otro hacer”, se producía la lesión al bien jurídico: “en los tipos omisivos las acciones se individualizan porque son dispares respecto de un modelo de acción debida...”⁷¹. Respecto a esta distinción en la forma de realizar la conducta típica, la doctrina se ocupó, y se distinguieron los tipos omisivos propios e impropios, dependiendo de si la omisión se refería o no a una conducta en que la persona estaba especialmente obligada por su labor o posición (condición de garante) o era una conducta de carácter general. La diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión, y en relación con estos último la diferencia entre omisión propia e impropia resulta un tema complejo.

El propio Jakobs señala que el tema de la acción y la omisión es un tema que ha tenido múltiples discusiones:

“...se problematiza hasta la actualidad en un doble sentido. En primer lugar, se trata de saber, con qué amplitud se encuentra el

70 Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora, p. 424

71 Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora, p. 424

Estado legitimado para estatuir mandatos que favorezcan el bienestar de otro o la utilidad común, por ejemplo, obligar a alguien bajo pena –aunque ésta no sea igual a la de la comisión- a denunciar un delito que conoce o a ayudar en caso de necesidad; se trata, pues, de los límites del poder legítimo del Estado. En segundo término -y esta cuestión la pongo en un primer plano sin querer dejar de lado la primera- hay que decidir cuándo exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción, esta cuestión es denominada habitualmente -con una inexactitud, sin duda, criticable- la cuestión de la equivalencia de la omisión con la comisión”⁷²

Señala Jakobs, que la respuesta a estas interrogantes brindadas por Feuerbach, ha marcado el tema, de manera que existen “*obligaciones originarias del ciudadano*” que se refieren a la no violación activa del derecho. En cuanto a la realización de actividades que eviten daños, exige más allá de la “*obligación originaria del ciudadano*”, un “*fundamento jurídico especial*” que para Feuerbach puede ser la ley o el contrato.

Además, Jakobs destaca también el aporte de Hegel sobre el tema quien lo analiza señalando que en definitiva lo que existen son prohibiciones jurídicas y que aun en el caso de mandatos jurídicos, su contenido último es la prohibición⁷³ de modo que no existen “*fundamentos jurídicos especiales*”. Jakobs realiza un análisis de lo que ha dicho la doctrina para determinar “*...la cuestión de qué tienen*

*en común relevante socialmente ambas formas de comportamiento, es decir, cuándo y por qué omisiones han de ser punibles como comisiones. Dicho de forma más breve, a las estructuras lógico-materiales les falta el contexto social.”*⁷⁴ Es decir que concluye que al no tomarse en cuenta el contexto social, las respuestas brindadas desde la doctrina son insatisfactorias.

Jakobs ofrece una solución al problema, partiendo de la visión Hegeliana ya mencionada de que los mandatos se fundamentan en definitiva en una prohibición.⁷⁵ Desarrolla el ejemplo de una persona que va a caer sobre un niño señalando que en caso de que lo vaya a arrollar, el imperativo es: “deja ese movimiento” y en el supuesto de que va a caer por infortunio, es: “sostente”, pero en definitiva tienen su fundamento en: “tu cuerpo no debe aplastar al niño”. De manera que hay mandatos y prohibiciones para no dañar al otro, mediante el manejo libre del propio cuerpo. Pero también señala Jakobs, las personas deben administrar sus “*ámbitos de organización propios*”:

“En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas forman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. Tales ámbitos de organización incluyen objetos materiales, v. gr. un terreno, una casa, un automóvil, o también el uso de derechos, por ejemplo, el derecho de desplazarse en automóvil por las vías públicas en el

72 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, p 17-18

73 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, p 21

74 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, p. 30

75 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, p 31

marco del uso común. En sinalagma por esta libertad existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular -siguiendo una prohibición-a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido -esto es, siguiendo un mandato-.*⁷⁶

Jakobs analiza entonces el tema de la competencia por organización a partir del cual distingue entre institutos generadores de responsabilidad (como son los deberes del tráfico, injerencia y asunción) y excluyentes de responsabilidad (riesgo permitido, responsabilidad de otro, infortunio), los cuales considera denominadores de formas jurídicas que se ajustan a la Sociedad actual (con mayúscula)⁷⁷

A partir de esta perspectiva desarrolla su construcción a partir del concepto de “competencia”, la cual el sujeto tenga en razón de su status positivo o negativo, de manera que el tema de la acción y la omisión es un tema secundario, una forma de manifestación, pero no goza del carácter fundamental que en la teoría del delito tradicional, tenía:

“En consecuencia, el trabajo, la actividad, ha perdido su lugar como criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal, de igual modo que el perceptible corpus delicti retrocedió desde hace tiempo ante la ejecución típica abstracta; y el corte que separa las normas liberales de las no liberales divide, no

acción y omisión, sino que transcurre tanto a través de la acción como de la omisión. Bien es cierto que la preferencia de la prohibición por parte de Kant, Fries, Feuerbach y Hegel (en el derecho abstracto) sigue teniendo repercusiones en la actualidad, como muestra la afanosa búsqueda por no pocos autores de una similitud naturalista de la omisión con la acción, pero soluciones sistemáticas no pueden ser obtenidas así. El criterio clave es la “competencia”⁷⁸, el “ser-competente”, ya sea competencia a consecuencia de un status negativo -el deber de no dañar a los demás-, ya sea a consecuencia de un status positivo -el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común-. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del -casual- statu quo existente. La configuración de la Sociedad⁷⁹ sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/status positivo).⁷⁸

Este tema se complementa con la perspectiva de Jakobs acerca del origen de la obligación jurídica, el cual difiere de la perspectiva tradicional, pues para este autor, es un concepto de espíritu objetivo en el tanto “... sólo se genera cuando a una persona -que precisamente por ello es persona- se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción.”⁷⁹ Por lo tanto a su criterio actualmente el mecanismo generador de obligacio-

76 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, pp. 33-34

77 Jakobs, Günther (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado, p. 49 Sobre la perspectiva de Montealegre Lynett respecto al tema véase pp. 12-13, citas, 36, 37 y 38.

78 Jakobs (1996), pp. 69-70

79 Jakobs, Gunther. (2000). Sobre la génesis de la obligación jurídica. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 48

nes es la economía, aunque no se desprende la obligación de los contratos que tienen carácter subjetivo.

Montealegre Lynett señala que la teoría del tipo desde la perspectiva de Jakobs es una teoría unitaria que se construye mediante las posiciones de garante y el riesgo jurídicamente desaprobado: *“...lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.”*⁸⁰

Entre las consecuencias que Montealegre menciona en razón de una teoría unitaria del tipo se encuentran:

“a. Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riesgo desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar esos elementos, b. Como el riesgo permitido es un elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento de riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo. Las diferencias no están en la imputación objetiva. C. El autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa. D. En la tentativa, el injusto del hecho

80 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I. Colombia, Universidad de Externado, pp. 32-33

*solo se diferencia de la consumación cuantitativamente por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo.”*⁸¹

Como vemos de esta cita, la teoría unitaria del tipo que propugna Jakobs, impacta diferentes aspectos incluyendo la diferencia entre participación y autoría, o el tema del dolo y la imprudencia, o la diferencia entre delito consumado y la tentativa.

2.4.2 ANTIJURIDICIDAD

En cuanto al tema de la Antijuridicidad, este se ha entendido tradicionalmente como la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico como un todo lo cual implica que para la verificación o descarte de las antijuridicidad de una conducta se toman en cuenta tanto las causas de justificación que la normativa penal contempla, como los permisos que el ordenamiento jurídico brinda a las persona: *“...el criterio de antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta presupone considerar el orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita (...) En este sentido cuando se considera una conducta lícita en un ámbito del derecho no puede considerársela ilícita en otro.”*⁸²

Ahora bien, en el caso de Jakobs aun cuando en su tratado de Derecho Penal de 1991 menciona la antijuridicidad, e incluso hace referencia al concepto de “unidad del

81 Montealegre Lynett. (2003) Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I. Colombia, Universidad de Externado, pp. 33-34

82 Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora, p. 567

ordenamiento jurídico”, en su teoría actual lo que opera es la antinormatividad, pues como ya hemos visto, lo que propone es la protección de la vigencia de la norma y con ello la estabilidad de la sociedad:

“La prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho Penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción la pena no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya es ese mantenimiento mismo. (...) el derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma.”⁸³

Por lo tanto, reiteramos una vez más, para esta autor lo que interesa lo que interesa es la vigencia de la norma, y si la norma se respeta, los sujetos actuarán ajustados a esta y no se dará la antinormatividad, sino que por el contrario operará la normatividad, con la cual se brinda estabilidad a la sociedad.

2.4.3 LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL: LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Tal y como vimos anteriormente,⁸⁴ Jakobs señala cuatro supuestos que se deben analizar en el momento de aplicar la imputación

objetiva:⁸⁵ *el riesgo permitido* que responde a la práctica normal en que nos desenvolvemos; *el principio de confianza*, conforme al cual se determina cuando hay que tomar en cuenta los errores cometidos por las otras personas y cuando se puede confiar en la responsabilidad de otros sujetos; y la competencia de la víctima, es decir, las circunstancias en que el propio sujeto ofendido ha actuado en la situación de la cual después resultó siendo víctima. El cuarto elemento a tomar en cuenta, es la prohibición de regreso.

Sobre este último, indica Parma, que Jakobs ha dicho “no todo es asunto de todos” es decir, “...no todas las personas somos responsables de cuanto delito llegue a nuestro conocimiento”.⁸⁶ Con base en la prohibición de regreso se define cuando una persona que actuó es responsable penalmente.

Para ello Jakobs parte del fin concreto de la pena o del Derecho Penal, al que corresponde vigencia general e incorpora la perspectiva de Welp que relaciona prohibición de regreso e ingerencia, conforme al cual “*así, a causa de la autoresponsabilidad, todo intento de motivación desde afuera solo es una tentación a la libertad, que de iure debe estrellarse en la fidelidad al derecho. Sin embargo, lo que de iure carece de efecto, de iure no existe y de este modo, quien actúa directamente cierra a quien le ha tentado en cierto sentido el acceso a la responsabilidad por el resultado*”⁸⁷

Señala Parma que para Jakobs “quien asume con otro sujeto un vínculo de forma

83 Jakobs, Günther. Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, No 9, pp. 20-21
84 Véase infra, p. 22-23

85 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 15-17

86 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 19.

87 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 19

estereotipada, e inocua, no quebrante su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir.”⁸⁸ Esto pues el sujeto que participa brinda un aporte inocuo y cotidiano de manera que la imputación no le puede alcanzar. Para lograr esta definición se propone *distanciar* el comportamiento del sujeto del que realiza la persona que sí se favorece con la actuación.⁸⁹

En cuanto a este tema señala Jakobs: *“Que pueda producirse un distanciamiento frente al contexto delictivo tiene como presupuesto que concurren condiciones más o menos habituales para el propio contexto de actuación, dicho de otro modo, que exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo. Si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas.”*⁹⁰

Este análisis se facilita, al partir de la teoría del rol, conforme a la cual delinque quien incumple su rol, lo cual resulta fácil de entender cuando se trata de roles especiales (el médico con su paciente, los padres con los hijos, etc.), pero se gun señala Parma la situación se dificulta cuando se trata de roles comunes que implica portarse como normalmente se hace como ciudadano, es decir, respetar a los demás y no lesionarlos, cuando coincidan.⁹¹

En el supuesto de un trabajo común se excluyen quien no realiza conductas previas al mismo así como lo posterior al hecho, de manera que quien idea el plan solo participa

ría en calidad de instigador. En cambio quien realiza actos ejecutivos materializa su hecho y el de todos, su injusto y el de todos.⁹²

Se señala que *“la responsabilidad del colectivo se forma con aquellas personas que han organizado colectivamente la obra y como tal tengan sentido para todos. De este círculo forman parte, aparte del ejecutor, el inductor y el cómplice.”*⁹³

Es importante destacar que al autor se le imputa un resultado si siendo evitable este, no lo evitó, desde su posición de garante, cuando esto corresponde según su rol, el cual se define normativamente.⁹⁴ La persona que realiza una conducta dentro de su rol, dentro del “riesgo permitido”, actúa del modo socialmente adecuado y no defrauda ninguna expectativa:

*“Ha de partirse del principio configurador de toda sociedad de libertades, de autoresponsabilidad, en el sentido de exclusiva autorresponsabilidad, lo que significa que todos responden de las consecuencias de su comportamiento, pero sólo, en cada caso, el sujeto que lo realiza. Para esta determinación, como antes se ha expuesto respecto de la comisión propia, no todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables, sino sólo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre; con ello quedan excluidas, por ejemplo, todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero.”*⁹⁵

88 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p 20

89 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 21

90 Jakobs, Günther. El ocaso del Dominio del Hecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 97

91 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 22-23

92 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 24

93 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 24-25

94 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 25.

95 Jakobs, Günther. El ocaso del Dominio del Hecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 94

Ahora bien, partiendo que según la perspectiva de Jakobs, el derecho garantiza la vigencia de la norma, el sujeto que abandona su rol, lesiona expectativas que existían en relación con él precisamente por ese rol.⁹⁶ Por lo tanto, en este concepto el punto medular es la “infracción del rol”, pues también puede ocurrir que la propia víctima tenga culpa o bien que un tercero la tenga, o que todo haya sido resultado de una desgracia.

A partir de este concepto, se limita la responsabilidad, pues quien realiza su acción conforme a lo que le corresponde, no participa de las lesiones al derecho que otros puedan generar al desvirtuar el proceso mediante un hecho delictivo.⁹⁷ Por otra parte, nadie es responsable de la actuación de otra persona bajo su propio riesgo.

En cuanto al principio de confianza, que tradicionalmente se entendía como el hecho de que como regla cada persona puede confiar en que los demás harán lo que les corresponde pues también tienen exigencia en cuanto al ordenamiento, lo cierto es que Jakobs “...*insiste en que hay que buscar un equilibrio entre el permiso de confiar (que pasa de lo fáctico a la jurisprudencia) y la confianza de origen normativo (hipotética)...La solución estará en delimitar ámbitos de responsabilidad*”.⁹⁸

Entre los casos que se citan como casos para análisis de procedencia o no de la imputación objetiva se encuentran:⁹⁹

96 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 29.

97 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 33.

98 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 36-37

99 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 37-43

- El supuesto de la realización de un comportamiento natural e inocuo, donde no procede.

- El supuesto en que entre el autor y la otra persona tienen “algo en común” pero este corresponde a una prestación natural, sin riesgo especial, por lo que no procede.

- El supuesto en que se brinda una prestación peligrosa per se, en cuyo caso sí opera un hecho delictivo, ya que se dio la puesta en peligro abstracto. Jakobs incluso incluye en este caso, el tema de infracciones culposas.

- El supuesto de la persona que induce o actúa como cómplice, de manera que su actuación no es neutra, pues determina la comisión del hecho.

En resumen, Jakobs parte de la idea de que no responde quien realiza un comportamiento estereotipado socialmente como adecuado. Por supuesto, para determinar este aspecto habrá que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar y las condiciones subjetivas del caso.¹⁰⁰

A partir de estas propuestas, Jakobs considera que la teoría del dominio del hecho que hacía referencia a la autoría del hecho, que se podía manifestar fuera por dominio de la acción (quien comete directamente), dominio de la voluntad (autor mediato) o dominio funcional (coautor),¹⁰¹ se encuentra en su ocaso, pues a fin de cuentas lo que importa es el tema de la competencia y los roles que normativamente le han sido asignados a los sujetos. El señala que a su criterio la tesis de dominio del hecho “... *no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención (...)* solo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los in-

100 Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 45.

101 Jakobs, Günther. El ocaso del Dominio del Hecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 87-88

tervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño-, un jirón del todo, en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de ejecución y con ello ésta misma – y de lo contrario no existe codelinquencia, sino sólo una tentativa de esta-.”¹⁰²

Indica Jakobs, que la diferencia entre autoría, la inducción y complicidad no se refiere a tipos de codelinquencia, sino más bien es una forma de ordenar la cantidad de intervención del sujeto, y por ello de dominio del hecho. Incluso, al referirse al tema de los delitos generados por infracciones en los deberes de competencia por organización, señala que ciertamente se podrán encontrar “*señores del hecho y hombrecillos del hecho, pero dudo que eso sea algo mara que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor y de menor rango solo conduce a una diferencia cuantitativa en el deber.*”¹⁰³

De manera que nuevamente, vemos como las perspectivas de Jakobs modifican un tema básico en el derecho penal, la autoría y participación, de manera que desde esta perspectiva, la gran mayoría de involucrados en el hecho devienen autores.

CONCLUSION

El planteamiento de Jakobs preocupa. Preocupa por diversos motivos, pero hay uno medular y es la definición misma de persona

que maneja. Las personas *reales*, más allá de una entidad biológica que como un autómatas se ajustan a lineamientos brindados normativamente y que deben cumplir las expectativas de la Sociedad (con mayúscula, porque desde la perspectiva de Jakobs es este el eje central del sistema), somos seres que tenemos capacidad de razonar y decidir, y también poseemos gustos y emociones que definen nuestras preferencias, así como valores o ideales que nos inspiran y motivan, y debilidades que nos pueden hacer incurrir en errores. No somos perfectos, pero tenemos libertad, y también dignidad, y estas no dependen de un ente abstracto en cuyo beneficio debemos organizar nuestras vidas. Somos responsables por nuestras decisiones y acciones.

Por ello, no puedo compartir bajo ninguna circunstancias, esa visión del autor alemán en que indica que la dignidad y la individualidad del sujeto no son de recibo en una sociedad de masas, y que el sujeto debe “fidelidad” al Derecho. Con una visión así, un sujeto que ve peligrar su vida por que la corriente de un río en el cual acostumbra ubicar su alimento lo arrastra, no debería luchar, sino que debe aceptar que el río acabe con él. De la misma manera, según la perspectiva del Jakobs, el sujeto entrega su libertad, individualidad y dignidad, para que el sistema tenga estabilidad a través del respeto a la norma, que se convierte en un fin en sí mismo pues lo que interesa es la vigencia de esa norma.

Por el contrario, precisamente por tratarse de una sociedad de masas en la que el ser humano se encuentra inmerso, se debe luchar por rescatar su autonomía y valor individual, respetar su dignidad y darle a la persona el lugar central que le corresponde, y no un lugar dependiente y referencial con relación a esa “Sociedad” que propugna Jakobs.

102 Jakobs, Günther. El ocaso del Dominio del Hecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp.102-103

103 Jakobs, Günther. El ocaso del Dominio del Hecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 120

Un aspecto preocupante es la perspectiva que se tiene sobre la acción como acto comunicativo y la visión del tipo y del injusto, en el cual, al fin de cuentas lo único que interesa es si la norma, por sí misma, ha sido violada o no. Una perspectiva como esta reduce toda la visión garantista de la teoría del delito, a la mera constatación de la realización del tipo objetivo. Por otra parte, aspectos como el tipo subjetivo, son invisibilizados, y prácticamente desaparecen, pues todo gira alrededor de la vigencia de la norma, la fidelidad al derecho, el cumplimiento de expectativas y roles. También el análisis de la culpabilidad se totalmente minimizado, pues lo que interesa es que la pena reafirme la vigencia de la norma.

Además, la perspectiva sobre la autoría y participación que según Jakobs es solo un tema cuantitativo, generaría una ampliación de la figura del autor que debe llamar la atención.

Otro motivo por el cual preocupa el funcionalismo normativo sistémico, es por lo que implica a nivel de la intervención estatal en la vida de las personas, pues al minimizar y desvalorizar la teoría del bien jurídico como mecanismo para limitar la intervención arbitraria del Estado (no legitimar su intervención), se abren los portillos que tanto se ha luchado por siglos para mantener cerrados, desde la Ilustración, para evitar el abuso del poder estatal. A partir de la perspectiva de Jakobs, el ejercicio del poder estatal irrumpe en la vida de las personas, y la función limitadora del bien jurídico se ve seriamente dañada, sino es que desaparece totalmente. Esto, pues el cambio del concepto de bien jurídico como se ha usado tradicionalmente (vida, propiedad, integridad física, etc.), por el concepto de validez de la norma, implica que con la mera transgresión de la norma ya se violentó el bien jurídico independientemente de que no haya dado una

lesión real a un bien jurídico. De esta forma, el Derecho Penal se convierte “...en un instrumento de control del delito y en un sistema general de dirección social”¹⁰⁴, asumiendo funciones que no le corresponden y que son las propias de un Estado autoritario.

Estos aspectos deberían bastar para que su propuesta y los conceptos que ella reúne fueran desechados. Pero preocupa que en algunos sectores los conceptos del funcionalismo normativo sistémico no sólo son estudiados, sino que incluso son incorporados ya no solo a la discusión doctrinal, sino a la jurisprudencia, lo cual implica que se están llevando a la práctica. Y eso quiere decir, que efectivamente hay quien considera que la norma en sí misma debe ser respetada, independientemente de que su contenido no traiga ningún beneficio a los seres humanos. Es decir, se ha dado una inversión impropia de una sociedad democrática, pues ya no interesan las verdaderas personas, lo que interesa es un sistema que exige fidelidad absoluta a quienes tienen la desgracia de estar en su poder.

Pero preocupa también que pueda haber un doble discurso, en que por un lado se ensalcen las garantías del Derecho Penal Liberal, pero que en la realidad práctica, se apliquen los preceptos del funcionalismo sistémico, lo cual puede ser aún más peligroso pues dificulta la discusión frontal sobre estos aspectos. Ante esta situación no queda más que permanecer atentos a los avances de estas corrientes, discutirlos y alertar sobre los daños que puedan provocar y estén provocando, esperando generar la conciencia en los interlocutores acerca de sus peligros y consecuencias.

104 Chirino Sánchez, Alfredo (2004). Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental p. 51

BIBLIOGRAFÍA**1. LIBROS**

- Binder, Alberto (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc.
- Camacho, Jorge y otras. (2007) *La Culpabilidad*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Chirino Sánchez, Alfredo (2004). *Perspectiva para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica*. En. *Democracia, justicia y dignidad humana*. Libro Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental.
- Dall' Anese Ruiz, Francisco (1998). *El Dolo*. San José, Investigaciones Jurídicas.
- Fernández, Gonzalo (2004). *Bien Jurídico y sistema del Delito*. Montevideo, Editorial B de F Ltda.
- Haba Müller, Pedro. (2012). *Metodología (realista) del Derecho*. Tomo II. San José, Editorial UCR.
- Jakobs, Günther (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons.
- Jakobs, Günther (1997). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1ª reimpresión.
- Jakobs, Günther. *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, No 9.
- Jakobs, Günther (2008). *El Derecho Penal como disciplina científica*. Navarra, Editorial Aranzadi.
- Jakobs, Günther. (2000) *El ocaso del Dominio del Hecho*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores,
- Jakobs, Günther (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Externado.
- Jakobs, Gunther. (2000). *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores
- Jakobs, Gunther. (1996). *El concepto jurídico penal de Acción*. Universidad de Externado de Colombia. 1ª. Reimpresión de 1998, p. 48.. Traducido por Cancio Melia,
- Jakobs, Günther. (2004) *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª. Reimpresión,
- Mizrahi, Esteban. (2012) *Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo*. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza.
- Montealegre Lynett. (2003) *Estudio Introductorio a la Obra de Günther Jakobs*. En: *El funcionalismo en Derecho Penal*. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I.Colombia, Universidad de Externado,

- Montealegre Lynett, Eduardo y Perdomo Torres, Jorge. (2006). Bogotá, Universidad de Externado.
- Parma, Carlos (2004). El Pensamiento de Günther Jakobs. Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Parma, Carlos (2004). La participación criminal. Günther Jakobs y la participación criminal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo
- Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel. (1999). Un nuevo sistema en el Derecho Penal. Colombia, Universidad de Externado.
- Pérez Barberá, Gabriel. (2011) El dolo eventual hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires, Hammurabi.
- Polaino Orts, Miguel (2003) Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En: El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Colombia, Universidad de Externado.
- Salas, Ricardo (2004). Derecho Penal, funcionalismo y relojería social. En. Democracia, justicia y dignidad humana. Libro Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Compilado por Rivero Sánchez y Llobet Rodríguez, San José, Editorial Jurídico Continental
- Tavares, Juárez (2010). Teoría del Injusto Penal, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L.
- Zaffaroni, Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2001). Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires, Ediar S.A Sociedad Editora

ARTICULOS EN SITIOS WEB

- Montero Cruz, Estuardo, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

**LA TEORÍA POST-FINALISTA DEL INJUSTO PENAL
ROXIN y JAKOBS
DOS SISTEMAS DE PENSAMIENTO DIVERGENTES**

LL.M. Alonso Salazar

Profesor de la Universidad de Costa Rica

La teoría post-finalista del injusto penal, más parece una “amathía”¹ que una herramienta útil para la solución del fenómeno jurídico-penal. (AS).

“La fureur des systèmes s’étant emparée d’eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s’accordent avec son système”².

Lo mejor en la actividad intelectual no es pensar por sistemas, sino por ideas para tener en cuenta (Vaz Ferreira³).

En un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es un instrumento imprescindible para mantener el Derecho Penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. (Gimbernat Ordeig⁴).

No debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano⁵.

1 La amathía era caracterizada por Sócrates como un estado de incultura. No sólo una carencia de información sino más bien un “no querer averiguar el sentido de la realidad”.

2 Citado en: HABA (2006: 231). También en SALAS, “Ni ROXIN ni JAKOBS”, p. 13. [En adelante citado como SALAS (En prensa)]. Este es un texto que aun no ha sido publicado, pues al decir de su autor ha sido rechazado en dos oportunidades, la primera y para la que fue escrito, Libro Homenaje a Claus ROXIN por su cumpleaños número 80 y ante el primer rechazo, intentó publicarlo en el Libro Homenaje al profesor Dr. Juárez Tavarez. Según el propio SALAS, en su opinión por ser un artículo muy “crítico”. En mi caso, considero que la verdadera razón por la que no se publica es por ser “irreverente”, en sentido literal. Se considera en el “foro” que a ciertos señores hay que rendirles pleitesía y admiración por lo que significan o han significado como referentes “científicos”, eso no es aceptado por SALAS y por lo tanto, está pagando el precio de su “insolencia académica”. Aun y cuando no comparto en un todo las críticas del autor en su obra, no puedo dejar de reconocer la fuerza y precisión de su crítica, en todo caso, quien no esté de acuerdo, allí tiene una oportunidad de oro para discutir con él, lo que no puedo aceptar de ningún modo es esa “censura previa” de la que ha sido víctima. Espero que como el mismo SALAS lo indica, DOXA acepte publicarlo y veamos cuál será la reacción de los seguidores de ROXIN y JAKOBS en defensa de sus maestros. Esto podría desatar una muy fructífera discusión académica.

3 Tomado de SALAS (En prensa). Así VAZ FERREIRA (1963:154): “Vamos a encontrar ahora otra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades, al estudiar, como vamos a hacerlo, la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta”. Al respecto apunta SALAS: A mí me parece que adherirse incondicionalmente a un sistema de pensamiento –no importa cuál sea éste o cuál sea su naturaleza teórica–, significa limitarse innecesariamente en el horizonte que se tenga y en la amplitud y profundidad de miras. SALAS (En prensa: 12).

4 Tomado de LASCANO (2010: 4).

5 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969, p. 136. Tomado de ROXIN (2002:37).

Resumen: Este artículo pretende hacer una presentación de algunas de las principales ideas esbozadas como base del funcionalismo alemán del último cuarto del siglo XX y principios del siglo XI. El análisis del funcionalismo normativo de ROXIN y del funcionalismo normativo-sistémico de JAKOBS, se hace a partir de “algunos” de los textos que sobre el tema se han publicado, pues un estudio completo de sus obras, así como la recepción de las mismas en el ámbito internacional, y especialmente en el caso de JAKOBS en el ámbito hispanoamericano, por su amplitud se torna imposible.

Palabras clave: Funcionalismo. Normativismo. Política Criminal. Teoría de los sistemas. Imputación objetiva. Vigencia de la norma. Teoría del rol. Expectativa normativa. Injusto penal.

Abstract: This article aims to make a presentation of some of the main ideas outlined as the basis of German functionalism at the last quarter century XX and early eleventh century. The analysis of functionalism-normative of ROXIN and functionalism normative-systemic of JAKOBS, is made from “some” of the texts on the subject that have been published, because a complete study of his works, as well as receiving of these internationally, and especially in the case of JAKOBS at the Hispanoamerican region, by its amplitude becomes impossible.

Keywords: Functionalism. Normativism. Criminal Policy. Systems Theory. Causation. Validity of the norm. Role theory. Normative expectation. Unjust penalty.

a) INTRODUCCIÓN

Al hablar de CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS, cualquier dogmático del derecho penal sabe inmediatamente a quiénes nos referimos. Qué se sepa exactamente cuáles son los planteamientos teóricos estos autores por parte de esa colectividad, eso no lo sabemos y desde ya y a manera de provocación diría, que me atrevo a afirmar que muchos de quienes admiran la obra de ROXIN y JAKOBS, poco o nada saben al respecto y se ubican dentro de lo que podríamos llamar, “modismos intelectuales” o parafraseando a HABA “imposturas intelectuales”.

De lo expuesto dan cuenta, no solo “ejercicios estudiantiles”, como denomina HABA a muchos trabajos que se hacen en las Universidades sin la debida rigurosidad académica, sino que incluso, en muchas sentencias se suelen citar pasajes de la obra de ambos autores, de manera aislada, de forma asistemática, a veces, en la misma sentencia, como para dar una especie de “reforzamiento dogmático” a las afirmaciones que se hacen en ellas, sin reparar en las profundas diferencias que entre ambos “sistemas de pensamiento” existen y dudo mucho, que quienes así obren, lo hagan con la consciencia de este apunte.

En este pequeño ensayo, trataré, de manera sucinta de presentar al lector algunos rasgos diferenciadores del pensamiento de ambos autores en torno a la teoría del injusto penal. Con ello pretendo al menos llamar la atención acerca de como dicen en el campo: “el azúcar no es amargo”.

b) PRECISIONES METODOLÓGICAS

Un primer punto que debe de aclararse, es que tanto ROXIN como JAKOBS han

construido sistemas de pensamiento jurídico-penal. No se trata de autores que hayan simplemente dedicado su esfuerzo a escribir sobre temas del derecho penal de forma aislada, sino que han procurado la creación de un sistema completo.

Por lo expuesto, un trabajo como el presente, NO PUEDE, ocuparse de la obra de estos autores. Resulta imposible un análisis completo de estos sistemas de pensamiento, sobre ello se han escrito una cantidad increíble de trabajos, libros, artículos, tesis, en muchísimos idiomas. Simplemente resulta imposible.

Teniendo claro lo dicho, tampoco pretendo decir la última palabra al respecto, incluso si quisiera no podría [creo que eso está claro], intento únicamente realizar algunos apostillamientos, señalar algunas cuestiones clave, dejar ciertas críticas plasmadas y desde luego, corresponderá al lector, continuar con la labor investigativa, aquí únicamente pretendo darle alguna orientación de hacia dónde debe mirar en caso de que se interese por el tema.

c) REFERENCIAS BIOGRÁFICAS

Desde la perspectiva ut supra indicada he de presentar algunos datos biográficos que nos permitan hacer una breve ubicación de dichas autores dentro del pensamiento jurídico penal-alemán.

c.1) CLAUS ROXIN

Nació en Hamburgo, Alemania, en 1931. Estudio en la Universidad de Hamburgo, luego fue profesor en la Universidad de Hamburgo, pasó a la Universidad de Göttingen, luego a la

Universidad de Bochum y finalmente se ubicó en la Universidad de München. Es discípulo del profesor Henkel.

c.2) GÜNTHER JAKOBS

Nació en Mönchengladbach, Alemania, en 1937. Estudió en Köln, Kiel y Bonn donde se graduó. Luego fue profesor en Kiel. Actualmente labora en la Universidad de Bonn. Es discípulo de Hans Welzel.

Me parece importante hacer en este punto un par de señalamientos, que podrían no ser significativos para quien no conoce el desarrollo del derecho penal alemán pero que sin embargo, considero oportunos.

La diferencia de edad existente entre ROXIN y JAKOBS, posibilitó dos cosas. Una, que ROXIN participara de una manera muy activa en la elaboración del denominado Proyecto Alternativo del Código Penal alemán, del año 1962 (*Alternativentwurf eines Strafgesetzbuch*) durante los movimientos de reforma de la Parte General del Código Penal alemán, que culminó en el año 1975. Dos, que en un principio, el sistema de pensamiento de JAKOBS iniciara como una revisión y corrección de la obra de su maestro Hans Welzel pero que terminara siendo un proyecto propio y muy distinto del de su mentor⁶.

6 El interés inicial de JAKOBS era elaborar un sistema que constituya una evolución de la obra de su maestro Hans Welzel, empero, dicha intención no pudo concretarse, pues lo que debía ser una nueva edición del Tratado de Welzel terminó siendo una obra completamente distinta, como advierten PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, se convirtió en "el Tratado de JAKOBS"; PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M. Un nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de GÜNTHER JAKOBS, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1998, p. 12. En la misma línea, ROXIN precisa "JAKOBS elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel"; ROXIN, CLAUS. "Problemas Fundamentales del Sistema del Derecho Penal", en: ROXIN, CLAUS & MUÑOZ

A manera de ejemplo, cuando ROXIN a sus 39 años, en una conferencia pronunciada en la Academia de Ciencias de Berlín el 13 de mayo de 1970⁷, publicada en castellano⁸ bajo el título "*Política criminal y sistema del derecho penal*"⁹, postuló un Derecho Penal abierto y orientado a las consecuencias mediante su vinculación a las valoraciones de carácter político-criminal¹⁰, que hicieran posible su per-

CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio, primera edición, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 57; también: SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Sobre la evolución de la Dogmática del Derecho Penal en Alemania", en: el mismo. Estudios de Derecho Penal, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 2000, p. 265. Así REYNA ALFARO (s.f.:197). A la altura de la nota al pie 28.

7 Cfr. LASCANO (2010:1).

8 Se recomienda la lectura de la obra completa. El relato histórico del origen de la traducción y las razones de la misma parecen desde mi punto de vista muy interesantes, por lo que se recomiendan las notas que a dicha obra hace su traductor el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde, como un referente histórico, puesto que la obra fue inmediatamente traducida al castellano y de allí su pronta difusión en nuestra lengua, cosa que no suele suceder con las obras alemanas. Ver ROXIN (2002:11 ss.), palabras previas del traductor a la segunda edición en lengua española.

9 Señala MUÑOZ CONDE: Las bases metodológicas de este programa son ya de sobra conocidas: la vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones político-criminales, y la necesidad de elaborar las distintas categorías de la Teoría del Delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal. Palabras previas del traductor a la segunda edición en castellano, ROXIN (2002:12).

10 Al referirse sin embargo a esta idea que ha sido considerada como uno de los grandes aportes de ROXIN a la dogmática jurídica, SALAS apunta: Es *absurda* porque no puede existir un derecho penal que no esté, directa o indirectamente, arraigado a las estructuras morales y a las preconcepciones ideológicas, éticas y políticas de una comunidad. La idea de que la dogmática jurídico-penal debe ocuparse exclusivamente del tratamiento intra-sistemático de determinados postulados, deducibles axiomáticamente a partir de otros postulados

manente remodelación, que ha sido señalado como uno de sus más destacados aportes a la ciencia jurídico penal¹¹, y había participado activamente en la revisión más grande que se ha hecho de la Parte General del Código Penal alemán, JAKOBS apenas estaba graduándose en la Universidad de Bonn.

Por este motivo, ha de tenerse presente que la obra de ROXIN¹² es históricamente la primera en aparecer, y fue objeto de análisis y estudio antes que la de JAKOBS, quien la tuvo presente en el momento de desarrollar su sistema. ROXIN por el contrario, se ha ocupado de analizar y criticar a JAKOBS, pero nunca lo tuvo como objeto de estudio en sus planteamientos iniciales.

neutrales más básicos de la teoría del delito, sigue siendo un proyecto utópico del saber jurídico normativista. Esta idea, que ha sido criticada con mucha razón por Hans Albert, como un *platonismo de las normas* es el subterfugio de aquellos que ven en el derecho un mero *law in books*, o sea, una concepción profesoral, académica y falsamente aséptica, y no una realidad contradictoria y en constante cambio (*law in action*). Así SALAS (En prensa:7).

11 Aunque como vemos más, el más destacado de sus discípulos en nuestro medio el Prof. Dr. Minor Salas, critica seriamente esta afirmación. Ver SALAS (En prensa:) *in toto*.

12 Treinta años después de la publicación de su obra, en el epílogo a la segunda edición en lengua castellana de ese texto, escribe ROXIN: Finalmente he planteado algunos problemas sobre la relación entre la concepción sistemática, basada en la Política criminal, por mi propuesta, y la teoría conceptual teleológica del Derecho penal que nos legó el neokantismo. No se me ha escapado en absoluto que esta dirección metódica ha desarrollado “valiosos planteamientos para la penetración de las finalidades político-criminales en el trabajo dogmático”. ROXIN (2002:116) Epílogo. No obstante, aun treinta años después de la aparición de ese primer texto, la categoría “política criminal” sigue siendo en ROXIN un término abierto, polisémico y ambiguo. Tal vez a ello debamos precisamente el éxito que ha tenido. Si quiere ampliarse sobre el tema puede consultarse la obra conjunta: Política Criminal y Reforma del Derecho penal. Aparece en la bibliografía como MIR PUIG Santiago et al, (1982).

d) IDEAS BÁSICAS EN EL PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL INJUSTO PENAL

d.1) EL FUNCIONALISMO¹³ NORMATIVO

Para hacer un análisis de las principales ideas y en su caso diferencias del planteamiento de ROXIN y JAKOBS, utilizaré como texto base un trabajo del mismo ROXIN en donde él, hace una presentación del tema¹⁴. Dicho texto y sus planteamientos básicos, procuraré ampliarlos y reforzarlos con otras referencias bibliográficas con el propósito de dar al lector una versión más completa de lo que se pretende exponer.

13 SALAS (En prensa), se muestra radicalmente crítico con respecto al funcionalismo [lo hace en referencia a ROXIN, pero entiendo que su planteamiento sería igualmente válido dentro de su perspectiva para JAKOBS], no admite su “novedad” y por el contrario rechaza por completo su utilidad práctica. Al respecto indica: La tesis principal que voy a aventurar respecto a esas ideas es que ellas NO constituyen un aporte original al saber jurídico-penal y que, más bien, su difusión y fama internacionales, dentro del marco de lo que en la esfera académica se llama funcionalismo penal, obedecen a otros factores, en especial al hecho de que esas ideas se amparan en unas categorías suficientemente vagas, imprecisas e inofensivas como para que se genere consenso (aunque sea superficial) entre los penalistas. Recordemos: todo el mundo quiere escuchar aquello que le gusta y le hace feliz. *Dios ama a quienes nos hacen reír*. (Postman). Para ampliar en cuanto al funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales” en torno al derecho penal, vid. por todos LÜDERSSEN (1999:60 ss.).

14 ROXIN Claus, (2012), El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, España. El artículo se corresponde con el discurso pronunciado por el Prof. Claus ROXIN el 30.5.2009 con motivo del 60 aniversario de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal en Tokio, a invitación de su miembro permanente, el Prof. Makoto Ida. En el mismo, el Prof. ROXIN presenta de forma crítica los rasgos fundamentales de los dos desarrollos del sistema jurídico-penal post-finalistas que mayor repercusión internacional han alcanzado. El primero es el sistema por él mismo desarrollado y fundamentado político-criminalmente, el segundo, el elaborado por el Prof. JAKOBS, basado en la teoría de sistemas. Así expuesto en el resumen del citado artículo.

Las concepciones post-finalistas, dentro de las que se enmarcan las tesis de ROXIN y JAKOBS, comparten ambas la característica de ser tesis funcionalistas normativas, ello constituye un giro hacia la configuración del sistema sobre la base de orientaciones normativo-teleológicas.

Al respecto nos indica ROXIN: "...por consiguiente, las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. Sin embargo, a partir de aquí, toman caminos muy distintos que con el transcurso de los años se han alejado todavía más"¹⁵.

Es allí, en los caminos disyuntivos tejidos por estas dos conceptualizaciones desde la perspectiva dogmática, donde se hayan las principales diferencias en el planteamiento de los autores estudiados. Las consecuencias en el plano pragmático entre la asunción de una u otra posición, son radicalmente opuestos como veremos y de enorme trascendencia en la resolución de conflictos.

Al presentar su trabajo en Japón, en el año 2009, el Prof. ROXIN procura centrar la discusión en la presentación de su sistema, pero hace un señalamiento que a mi juicio resulta ilustrativo del porqué del fracaso de la teoría de la acción final¹⁶. Recordemos que

precisamente fue Hans Welzel (maestro de JAKOBS) quien desarrolló dicha teoría y que como ya se indicó, en un inicio, los trabajos de JAKOBS se creía irían orientados a una revisión del manual de Welzel.

Al respecto señala ROXIN:

"No pretendo ahora retomar nuevamente la larga discusión acerca de la teoría final de la acción, pues la Ciencia japonesa ha participado de forma activa en esta discusión y los argumentos que se han intercambiado en Alemania son también ya conocidos en Japón. Simplemente quiero señalar de forma resumida los que a mi parecer son los tres motivos fundamentales por los que la teoría de la acción final, pese a sus éxitos y ventajas en conjunto, no se ha impuesto. En primer lugar, los delitos imprudentes no pueden ser explicados a partir de la finalidad del actuar del autor, puesto que el resultado típico precisamente no está sujeto al control final del autor. En segundo lugar, la teoría de la acción final fracasa también en los delitos omisivos, dado que el omitente no controla ningún curso causal, sino que precisamente lo que se le reprocha es el no intervenir en un curso causal que tiene lugar con independencia de él. Y en tercer lugar, cabe objetar frente a la teoría de la acción final que, como es sabido, de circunstancias ontológicas, esto es, del mero ser (Sein), ya sea la causalidad o la finalidad, no cabe

15 ROXIN (2012:4).

16 No debe creerse eso sí, que ROXIN siempre ha estado alejado de las concepciones de Welzel. La teoría del dominio del hecho, esbozada por Welzel y desarrollada por Claus ROXIN en 1963, es una teoría objetiva subjetiva; pues parte de un concepto restrictivo del autor

al señalar que no toda contribución causal puede fundamentar autoría, sino sólo la realización de una acción típica. Esa es probablemente la obra más significativa de ROXIN, incluso lleva ya ocho ediciones en alemán al año 2006 y ha sido traducida a muchos idiomas, en castellano ha sido traducida hasta la séptima edición. Diría yo, que esa fue la obra que lo catapultó al reconocimiento que se tiene de él en el plano internacional, pero bueno, esa es únicamente una opinión.

*derivar ningún deber (Sollen). Así las cosas, el cómo debe tratarse, por ejemplo, el problema del error en Derecho penal no puede fundamentarse a partir de la finalidad, sino solo a partir de valoraciones jurídico- penales, que dicho sea de paso, han conducido al rechazo general de la teoría de la culpabilidad defendida por los finalistas, la así llamada teoría estricta de la culpabilidad*¹⁷.

Teniendo presente lo dicho, hemos de llegar a una primera conclusión preliminar. Los trabajos de ROXIN de corte funcionalista normativo, pretendían contraponer al sistema de Welzel de la teoría del injusto y la acción final, el cual había surgido como respuesta al sistema basado en la acción causal (causalismo), ambos de base ontológica; un sistema de base funcionalista-normativo de orientación teleológica el cual gira en torno a la idea de la integración dual de la Dogmática jurídico-penal y la Política Criminal¹⁸.

No obstante, como apunta SALAS¹⁹ (¿qué significa política criminal?) debe indicarse que es, precisamente, en este punto donde los análisis, incluidos los del propio ROXIN, pecan mayormente por inexactos, incurrién-

dose con frecuencia en una suerte de *Mito del Significado Único* (Stevenson) o en otros sofismas e imprecisiones de similar naturaleza.²⁰

Por su parte, JAKOBS, intentaba en una revisión y actualización del sistema ideado por Welzel, de reestructurar sus bases metodológicas y sobreponerse a la crítica de ROXIN *et. al.* y terminó, sobre la base del funcionalismo-normativo, de diseñar un sistema totalmente distinto, bajo la influencia de las ideas de Hegel²¹ y la influencia de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann²², destacándose

20 Cfr. SALAS (2001) *in toto*. SALAS Minor, (2011), Yo me engaño, tú te engañas, él se...Un repertorio de sofismas comunes en las ciencias sociales, Isolma, San José, Costa Rica.

21 No obstante que el referente a LUHMANN ha sido aceptado por el propio JAKOBS, su influencia en realidad no ha sido tan marcada como ha venido sosteniendo la doctrina crítica al pensamiento de JAKOBS, pues como afirman PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, sus seguidores en España: "la sociología del derecho de LUHMANN es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor" Los otros "materiales" con los cuales se ha edificado el pensamiento de JAKOBS son el pensamiento hegeliano y la llamada doctrina del "daño intelectual del delito".

En cuanto a la influencia dada por HEGEL, parece que no existen inconvenientes en apreciar la similitud entre la prevención general positiva de GÜNTHER JAKOBS y el retribucionismo de HEGEL, sintetizada en la conocida frase: "la pena es la negación de la negación del derecho". Así REYNAALFARO (s.f.: 199) con referencias adicionales.

22 En fin,...es indudable que las bases del funcionalismo penal de JAKOBS se construyen con elementos perfectamente identificables con la teoría de sistemas de LUHMANN, si bien hay que decir que dicha teoría se recoge de modo muy fragmentario, ello no quita que aquella sólo pueda comprenderse cabalmente desde sus presupuestos luhmannianos. Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:12). REYNAALFARO al respecto apunta: Dentro del pensamiento de JAKOBS resulta bastante evidente la influencia de la teoría de los sistemas propuesta por NIKLAS LUHMANN, según la cual la sociedad no es sino un complejo de sistemas y subsistemas, dentro de los cuales se encuentra el sistema jurídico-penal, el mismo que aparece regido por una serie de reglas, los sistemas están además integrados por elementos. En el esquema de LUHMANN, el hombre aparece tan sólo como un elemento del entorno del sistema, dejando así de ser "el centro y fin de la sociedad y del derecho, sino tan sólo,

17 Así, ROXIN (2012:3).

18 Ello se traducía en la exigencia de elaborar las distintas categorías de la estructura del delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena -tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial- que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal; de tal modo, la culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad, pero la culpabilidad del autor tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena sin necesidades preventivas que la justifiquen. Así LASCANO (2010:1) con referencias adicionales. Cfr. ROXIN (2007:257), Cfr. con BORJA (2007:533).

19 Así SALAS (En prensa: 8).

en él, el papel de los roles del sujeto y la vigencia de la norma.

Según el propio ROXIN, se trata las propuestas sistemáticas, que, tanto en Alemania como a nivel internacional han encontrado una especial resonancia: “el primero es el sistema fundamentado político-criminalmente que yo [ROXIN] mismo he desarrollado, el otro, es el elaborado por mi colega de Bonn, JAKOBS, el concepto del Derecho penal orientado a la teoría de sistemas”²³.

SALAS se manifiesta particularmente crítico con respecto a la “supuesta novedad de esta concepción”, como gran aporte a la ciencia jurídica producto del funcionalismo normativo y refiriéndose a ROXIN señala “... la verdadera cuestión NO es lo que él [ROXIN] propone de manera muy vaga: construir el derecho penal y la teoría del delito atendiendo a ciertas finalidades valorativas abstractas de tipo político-criminal, sino más bien *definir concretamente* cuáles sean esas finalidades valorativas y mediante cuáles mecanismos específicos realmente se pueden implementar en la práctica judicial. Esa es la verdadera cuestión de fondo, respecto a la cual la dogmática funcional mejor hace *mutis* por el foro. O sea, la cuestión decisiva, y muy difícil por cierto, está en definir, desde una perspectiva tecnológica (para hablar con Hans Albert) con cuáles *medios* racionales e intersubjetivamente controlables se alcanzan los *finés* valorativos establecidos consensualmente *a priori* por un ordenamiento jurídico”²⁴.

Ya tendré oportunidad de referirme al tema en el apartado de crítica y toma de posición, por ahora he de adelantar, que cier-

tamente el apunte de SALAS es fácilmente constatable pues tanto ROXIN como JAKOBS dicen mucho sin decir prácticamente nada, pues al igual que en otro momento lo intentara Kelsen en su teoría pura, nunca logró explicar el fundamento de la norma hipotética fundamental, así parece que como tesis de principio se nos presenta el funcionalismo en su dos más reconocidas versiones.

d.2) ROXIN.

d.2.1) SISTEMA POLÍTICO-CRIMINAL-FUNCIONALISTA

ROXIN denomina a su sistema como “político-criminal funcionalista”, y que él mismo sitúa sus orígenes en el año 1963.

La base fundamental de este concepto, es que el injusto penal debe derivarse de la función del sistema penal y que la culpabilidad como categoría debe derivarse del concreto fin que se persiga con la pena que se impone (teleológico). Señala ROXIN “con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt”²⁵. En síntesis y dicho de una manera llana, la idea es que el sistema penal sirva para algo [podría haberse dicho de una manera simple].

Así indica ROXIN: “la función del Derecho penal y el fin de la pena”²⁶ a imponer no son lo mismo, puesto que el Derecho penal se dirige con sus preceptos interpelando y ofreciendo protección a todos los ciudadanos. La pena

un subsistema físico-psíquico, que resulta importante en la medida de su rol funcional”. Ver REYNAALFARO (s.f.: 199) con referencias adicionales.

23 Así ROXIN (2012:4).

24 Así SALAS (En prensa:5).

25 Así ROXIN (2002:49).

26 Para ampliar en cuanto a los fines de la pena ver ROXIN (1993:15 ss.).

concreta, por el contrario, afecta primariamente solo al delincuente y frente a la comunidad únicamente tiene efectos mediatos²⁷.

En palabras del propio ROXIN “tal procedimiento supera la separación de Liszt entre Derecho penal y Política criminal en tanto que da entrada en la parte general del Derecho penal a las valoraciones político-criminales; pero continúa manteniendo la separación, en tanto que ambas esferas siguen recíprocamente desvinculadas²⁸. Recordemos aquí, que cuando ROXIN empieza a esbozar su sistema, la dogmática alemana se encontraba dentro del gran proyecto de reforma de la parte general del *Strafgesetzbuch*²⁹ de allí el énfasis de incorporar la política criminal como parte de la teoría del delito y no como la planteó Liszt.

Con este planteamiento de ROXIN y quizás esto no se ha destacado como debiera “se produce de este modo un doble criterio de enjuiciamiento, de tal manera que puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa³⁰. Esto es, que puede existir una disonancia entre el discurso dogmático penal y los fines del derecho, y viceversa, es decir, que la dogmática no sirva para alcanzar los fines propuestos por el sistema, aquí debemos tener presente la frase de Jescheck expuesta en el moto de este artículo.

27 Así ROXIN (2012:4).

28 La unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal, que, en mi opinión también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito, es, por tanto, sólo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores. Pero un intento totalizador de esta clase no se ha entendido hasta ahora en la dogmática de la parte general. Más bien el edificio del delito, que hoy vemos ante nosotros con variadas divergencias en los concretos autores, pero en su totalidad como el modelo estándar de la praxis y la teoría, es un extraño conglomerado de diferentes épocas estilísticas. Así ROXIN (2002:51).

29 Cfr. Sobre los procesos de reforma del Código Penal alemán. SALAZAR (set.-dic. 2000), *in toto*.

30 Así ROXIN (2002:46).

d.2.2) PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

En lo que respecta a la protección de bienes jurídicos el mismo ROXIN se pregunta: ¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia. Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de Contrato social que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por ejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad³¹.

Nótese como en el fondo, se trata de la incorporación de dos categorías para ROXIN determinantes: el fin de la pena y la protección de bienes jurídicos. Téngase presente que el concepto de bien jurídico, así como el de política criminal, es ambiguo, poco claro, ambivalente, de textura muy abierta, absolutamente relativo y ha servido para abrigar cualquier cosa.

31 Así ROXIN (2012:4).

Al respecto SALAS nos señala: "...[una] idea fundamental expuesta por ROXIN [es] en cuanto al derecho penal ... su concepto de *bien jurídico*. De casi todos los juristas es conocida la gran ambigüedad que caracteriza esta noción y el largo debate que se ha dado, a lo largo de muchos años, en torno a su alcance y contenido³². ROXIN sostiene al respecto la siguiente doctrina básica: el concepto de bien jurídico solo se puede definir y, eventualmente derivar, de los principios de la Constitución Política. La definición que ofrece el autor es ésta:

*"Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"*³³.

Adicionalmente a lo expuesto, ROXIN intenta dar legitimación a su planteamiento a través del empleo a nivel epistemológico de una característica prístina del sistema penal,

como lo es su carácter fragmentario, para tal efecto, ROXIN utiliza la denominación "protección subsidiaria de bienes jurídicos". Así nos señala:

Siguiendo esta idea, la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el Derecho penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta³⁴. El Derecho penal, como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico-civiles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos³⁵.

d.2.3) EL RIESGO PERMITIDO

La categoría de riesgo no permitido en ROXIN encuentra especial relevancia, a la luz de lo expuesto con respecto a lo que él denomina como protección subsidiaria de bienes jurídicos³⁶. Esto por cuanto, considera nuestro

32 Téngase presente la relatividad del concepto como "fórmula vacía" apuntada por HEFENDEHL (2002). *Passim*. Al respecto apunta ESER: "El surgimiento del concepto de bien jurídico en XIX y su posterior marcha victoriosa en el siglo XX –junto con sus repercusiones, consistentes en desplazar a la víctima de la concepción del delito y de su sanción- no puede comprenderse si no se tiene en cuenta lo que había antes del paradigma del bien jurídico y aquello en contra de lo que éste se dirigía. Sin que ahora sea posible retroceder demasiado en la evolución dogmática del concepto de bien jurídico y de sus contenidos esenciales, las líneas maestras de una consideración retrospectiva vienen delineadas por el hecho de que el "bien jurídico" se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la "lesión del Derecho", como la había defendido sobre todo, Feuerbach, quien a su vez se basaba en la doctrina de Kant, doctrina que debe considerarse en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la ilustración. Así ESER (1997:23). Como puede colegirse, el concepto de bien jurídico es una categoría jurídica instrumental.

33 ROXIN, C., *Strafrecht*, p. 15 y s.

34 El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas. Así ROXIN (2002:101).

35 Así ROXIN (2012:5).

36 Se apresura eso sí ROXIN en aclarar que "por supuesto que la teoría de la imputación objetiva no se agota en el resumen esquemático según el cual la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido. Al contrario, ésta ha sido desarro-

autor, que es la única forma de alcanzar dicho fin. Lo anterior significa, que un elemento de vital importancia para este constructo teórico consiste en introducir una categoría que posibilite de manera precisa situar cuál o cuáles son los ataques al bien jurídico que son objeto de reacción y cuáles no. Esto no es ni más ni menos que determinar qué se considere un injusto penal y que no.

Así nos señala ROXIN: “Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución³⁷ y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico pue-

llada extensivamente por la ciencia alemana hacia un sistema de imputación general, en el que criterios como creación del riesgo, disminución del riesgo, riesgo permitido, fin de la protección de la prohibición de creación de riesgos y realización del riesgo, se conforman a su vez como elementos teóricos independientes. El hecho de que la contribución a la autolesión responsable o a la auto- puesta en peligro responsable no sea imputable también se sigue de los fundamentos de esta teoría, pues la contribución a una autolesión no supone lesión alguna de bienes jurídicos ajenos. Así ROXIN (2012:6). Cfr. JAKOBS (1999:41 ss), JAKOBS (1997) Pasim; ver ROXIN (1999:299 ss.).

37 Nuevamente el ojo agudo del discípulo sale al paso de su maestro. Con respecto a este concepto SALAS apunta: Adicionalmente, hay que tomar muy en cuenta lo siguiente: ¿Qué significa acá la “Constitución Política”? ¿Cuál “Constitución Política”? Al parecer ROXIN pasa por alto, con la inocencia digna de un *bon homme*, que de la Constitución Política se puede derivar prácticamente cualquier cosa: monstruo, fantasma o quimera. ¿No ha aprendido él esto de la historia alemana del siglo XX? ¿Acaso habrá que repetir lo expuesto por Bernd Rütters, de que los alemanes han vivido bajo cinco regímenes políticos radicalmente diferentes sin tener que modificar, en muchos casos, ni una jota de sus textos legales? ¡No, profesor ROXIN! La Constitución Política dice lo que los jueces dicen que ella dice. El resto es *storytelling*, al decir de Salmon. Mientras que las finalidades de una Constitución Política no sean interpretadas de manera instrumental, sino retórica, no empírico-descriptivamente, sino normativa y funcionalmente, entonces la mentada Constitución seguirá siendo una Caja de Pandora, de la cual se extrae lo que a uno le plazca o poco menos, según las circunstancias ideológicas, morales y políticas del momento. Así SALAS con amplias referencias adicionales (En prensa: 10-11).

de garantizar dicha protección, solo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídicos penalmente protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico. Por ejemplo, quien como conductor no observa las reglas jurídicamente preestablecidas del tráfico crea un riesgo no permitido para la vida y la integridad física de los otros participantes en el tráfico. Si de ese modo se produce un accidente mortal dicho riesgo se ha realizado y lo sucedido se le imputa al conductor como una acción homicida³⁸.

d.2.4) CULPABILIDAD

En cuanto al planteamiento básico de las tesis de ROXIN, importa en este punto un breve análisis de la categoría de la culpabilidad. Como se verá, pareciera ser la categoría más confusa de ROXIN, pues en mi opinión y lo veremos con la crítica, pierde claridad en su planteamiento, veamos primero lo que nos dice.

Al respecto señala ROXIN: “Al injusto se vincula... en la concepción germana..., la categoría de la culpabilidad. Según mi concepción, ésta se deriva de los fines de la imposición individual de la pena y precisa, en mi opinión, de una ampliación en aras a acoger puntos de vista preventivos, puesto que la sanción depende no únicamente de la culpabilidad, sino también de las necesidades preventivas”.

Continúa afirmando ROXIN: “... mi punto de partida es que el fin de la pena solo puede ser preventivo, esto es, la pena solo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos. Dado que el Derecho penal es un instrumento de ordenación y control social, éste

38 Así ROXIN (2012:6).

puede únicamente perseguir fines sociales. Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de la pena fueran independientes de las necesidades sociales no encontraría legitimación alguna". Así pues, la pena debe perseguir fines preventivos, tanto especiales como generales. Debe estar configurada de la mejor forma posible con vistas a que el reo no vuelva a delinquir, lo que se consigue más fácilmente mediante una ejecución penal que se esmere en la reinserción jurídico-penal del autor, esto es, en su resocialización. No obstante, la pena debe influir también sobre la colectividad, fomentando su conciencia jurídica y mostrándole las consecuencias de las conductas punibles³⁹.

ROXIN nos propone entonces a la vez dos funciones de la penal. Antes de la comisión del hecho punible, a la pena se le asigna una función preventivo-general, es decir, la afirmación de los valores [llámesele bienes jurídicos] que encuentran protección dentro del ordenamiento jurídico. En esto su posición lejos de diferenciarse de la de JAKOBS –como veremos infra- no se diferencia prácticamente en nada.

Acto seguido ROXIN nos señala que una vez cometido el injusto penal, la pena debe tener un fin resocializador y que el contenido de la pena se determina por el grado de culpabilidad [más bien utiliza ROXIN el concepto de responsabilidad]. De la misma manera, la pena debe ser necesaria para alcanzar los fines propuestos [incorporación de lo que él denomina, fin teleológico de la pena (política criminal)], así incluso llega ROXIN a afirmar que cuando los fines de la pena, desde esta perspectiva teleológica no resulten alcanzables, la pena se torna en innecesaria.

Desde un punto de vista "retórico" la justificación y el planteamiento se tornan emotivos, calan profundo en la mente y dan la sensación de ser la piedra filosofal del discurso jurídico-penal pero ¿Y qué le contestamos a los abolicionistas quienes nos han demostrado de manera contundente que la pena privativa de libertad no alcanza los fines que dice proponerse sino todo lo contrario?

d.2.5) NECESIDAD PREVENTIVA DE LA SANCIÓN

Como ya se insinuó infra en el último apartado, este otro aspecto novedoso y desde mi óptica trascendente en el planteamiento de ROXIN, es precisamente el que al asignarle a la pena fines preventivos, de esa función preventiva hace derivar la necesidad lógica de la pena, negándose esta última cuando aquellos fines no puedan alcanzarse. Aquí se ubica ROXIN dentro de las corrientes relativas de la pena –prevención general y especial al mismo tiempo-, dentro de las denominadas teorías de la unión⁴⁰.

Dicho de otra manera, si la pena no cumple ningún fin, no tiene razón de ser. Se trata aquí de eliminar el carácter retributivo de la pena propio de las tesis kantianas y hegelianas (teorías absolutas), sustituyéndolo por un criterio funcional. En síntesis, el derecho penal tiene que servir para algo y ese algo es lo que le da validez⁴¹.

40 Para ampliar sobre el tema cfr. ROXIN (1993:15 ss), cfr. JAKOBS (1998:35), ELI este último es el artículo de JAKOBS que aparece en Cuadernos, AI IV, N 8 A, no está en la bibliografía.

41 Una segunda idea por la cual ROXIN adquirió fama internacional, como fundador del funcionalismo penal, es por haber, presuntamente, introducido las consideraciones político-criminales dentro de la dogmática penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito. La idea central ...la expresa el autor de Munich en estos términos: "El derecho penal es más bien la forma en la cual las finalidades político criminales son introducidas

39 Así ROXIN (2012:9).

No debe perderse de vista que las críticas más severas que desde el abolicionismo se han expuesto (Hulsman, Mathiesen, Foucault, por citar algunos) acerca del sistema penal, han centrado su ataque precisamente en el hecho de que la cárcel como tal y la pena privativa de libertad no alcanzan ningún fin, o peor aún, no alcanzan los fines propuestos en sus discursos, razón por la cual han abogado por su abolición.

El mismo ROXIN lo indica: "...lo novedoso de mi concepción es que la categoría del delito posterior al injusto, llamada "culpabilidad", en realidad no se compone solo de la culpabilidad, sino de un segundo requisito adicional: la necesidad preventiva de sanción. Por ello, denomino a la categoría "responsabilidad" y la hago dependiente de la misma manera de los dos elementos, de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción"⁴².

Sintetiza ROXIN su posición señalando: "En resumen, puede afirmarse que: mi teoría del delito se diferencia de las anteriores épocas del desarrollo del sistema, especialmente en que la sistematización no se sigue de criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino de los fines político-criminalmente determinados y que desde esta perspectiva, el injusto se amplía mediante la teoría de la imputación objetiva, como la culpabilidad lo hace mediante la introducción de necesidades preventivas de castigo hasta derivar en una teoría de responsabilidad. Todo lo anterior no constituyen meras construcciones teórico-abstractas, sino que –como he intentado poner de relieve mediante algunos ejemplos-

en el modo de vigencia jurídica." Derecho penal y política criminal caminan, pues, de la mano, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal. Así SALAS (En prensa: 6). Cfr. ROXIN (1973:Rd 7).

42 Así ROXIN (2012:11).

gracias a estas se explican, y en algunos casos incluso se ofrecen, una multitud de soluciones razonables a concretos problemas jurídicos⁴³.

d.3) JAKOBS

d.3.1) FUNCIONALISMO SISTÉMICO⁴⁴-NORMATIVO

El sistema de JAKOBS recibe el nombre de funcionalismo sistémico-normativo. Señala JAKOBS que "lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos – esto también sucede con las catástrofes naturales, animales, etc. -, sino su significado... *el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por el contexto... se trata de delimitar comportamiento socialmente adecuado o inadecuado...*"⁴⁵.

Con esa denominación se pone especial énfasis en las bases epistemológicas de su teoría.

Por una parte, se hace hincapié en el abandono de las concepciones de base ontológica (causalismo y finalismo), para centrar la atención en el funcionalismo, es decir, que

43 Así ROXIN (2012:12-13).

44 En castellano existe una obra que recoge los distintos puntos de vista de diversos autores hispanohablantes en torno a las principales ideas de JAKOBS, para quien desee ampliar sobre el tema se recomienda su lectura, es la publicación del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia: Funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. Aparece en la bibliografía como MONTEALEGRE (2003) por ser el coordinador. En particular sobre JAKOBS puede consultarse igualmente entre otras HEGGLIN (1997:119 ss.) con amplias referencias adicionales.

45 Extraído del prólogo de JAKOBS (1996 b): 11-12).

el fin de la pena determina el basamento del sistema en cuanto tal.

Por otra parte, se le denomina sistémico por la adopción con carácter explicativo-justificativo de su entarimado teórico, de la teoría de los sistemas⁴⁶ de NIKLAS LUHMANN, tal y como se indicó ut supra.

Este autor pretende fundamentar la dogmática penal de acuerdo con la función del Derecho penal, que en su construcción es la llamada prevención-integración, consistente en asegurar la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social. El Derecho penal es un subsistema, enmarcado en el más amplio del Derecho, al que JAKOBS concibe como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. De este modo, las categorías dogmáticas se someten a un profundo cambio de sentido. El fundamento de la intervención penal no es la lesión de bienes jurídicos, sino el cuestionamiento de la confianza social en el sistema, provocado por la amenaza para la estabilidad social que representa el delito; por lo tanto la culpabilidad no es un juicio de reproche dirigido al sujeto que actúa antijurídicamente, a pesar de poder y deber comportarse conforme a la norma, en atención a sus características psíquicas y circunstanciales, sino la imputación al sujeto frustratorio (centro de imputación psíquico-fi-

sico), como fallo suyo, de la frustración de la confianza en la norma jurídica que implica el acto antijurídico⁴⁷.

d.3.2) ESTABILIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LA NORMA

JAKOBS al igual que ROXIN parte de un principio normativo pero ve en el derecho penal como única finalidad la función de estabilización del contenido de la norma (*Wie eine äusserliche Verletzung die Erscheinungsform der Normverletzung ist, so ist die Strafe die Erscheinungsform, in die seine Normstabilisierung stattfindet*⁴⁸). De acuerdo con JAKOBS “el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad⁴⁹.

JAKOBS señala desde el prólogo de su Lehrbuch su separación de criterios ontológicos propios de las teorías causalistas y finalistas para construir un sistema basado en la función de normalización de la norma. Para tales propósitos, amén de su clara influencia hegeliana, echa mano, en parte, a la teoría del los sistemas de NIKLAS LUHMANN, abandona igualmente los fundamentos de tipo ontológico de las concepciones causalistas y finalistas (*Die ontologisierende Strafrecht dogmatik zerbricht, und zwar gründlicher, als sie überhaupt je bewusst etabliert worden ist. [La dogmática penal de corte ontológico quiebra y, en verdad, de forma más radical de lo que nunca se ha constatado conscientemente]; con lo cual su conceptualización al igual que*

46 Ahora bien, todo teórico de sistemas que cultive al tiempo la dogmática penal tendría que hacerlo sabiendo y dejando claro que al pasar de uno a otro registro cambia de mundo porque habla desde sistemas distintos, de modo que lo que desde uno de ellos se dice, tiene un sentido completamente diferente desde el otro. Y en la medida en que la teoría de sistemas explicaría las claves del funcionamiento del particular sistema que es el jurídico-penal, estaría mostrando también que lo que desde éste y su dogmática (lo que Luhmann llamaría la autodescripción del propio sistema como forma de constituir su sentido particular) se dice no es sino parte de la ficción operativa mediante la que se constituye. Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:12).

47 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:1).

48 JAKOBS (1993: Vorwort. p. VII).

49 Así JAKOBS (1999:19). Eli, esta cita es de la misma de sociedad, norma y pesona, pero en la versión publicada en Cuadernos, A V, N 9, a. No está en la bibliografía. Hay que agregarla.

la de ROXIN es de tipo normativo pero con finalidades distintas⁵⁰.

Señalan VILLAR/CAPUTO que JAKOBS y su escuela entienden al conflicto penal ya no como un conflicto sobre bienes, sino como un conflicto simbólico, de símbolos, de significados. Aquí la presencia de LUHMANN es bien visible. Efectivamente, el giro más importante que da esta escuela tiene que ver con lo que podemos denominar la ubicación del fenómeno jurídico-penal. Éste puede contemplarse como inserto primariamente en las conciencias individuales y/o en el dato fáctico de la disputa de ciertos bienes. Ambas alternativas son rechazadas y se opta por situar lo penal en el plano de la comunicación⁵¹.

d.3.3) AFECTACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Como hemos apreciado, partiendo de la concepción hegeliana de que el delito es la negación de la norma y por consiguiente la pena se yergue como la negación de la negación y por tanto, de esa triada dialéctica el resultado vendría a ser el restablecimiento de la norma, JAKOBS en su planteamiento teórico nos presenta en primera instancia que la misión del derecho no sería en consecuencia la protección de bienes jurídicos [se inmunitiza para parafrasear con ALBERT] de esa discusión, sino que la función del derecho penal sería el mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma⁵².

En este entendimiento adquiere entonces sentido la caracterización del funcionalismo jurídico-penal como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la

constitución de la sociedad, y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre un problema del sistema social. La función del derecho penal se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad, de la configuración social básica⁵³. La consigna será “el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”⁵⁴.

La pena no persigue retribuir, ni intimidar, ni resocializar, sino que cumple una función simbólica, pudiéndose definir como el mantenimiento contra fáctico de la expectativa en la norma jurídica; no obstante, la pena, orientada esencialmente, según JAKOBS, a la restauración de la confianza en el Derecho (prevención general positiva), produce efectos secundarios reflejos en terceras personas o en el penado, como el miedo a los efectos de la pena (prevención general negativa) y la cimentación cognitiva de las normas en el autor (prevención especial)⁵⁵.

Al respecto señala ROXIN [con amplias referencias adicionales]: “De acuerdo con esta concepción, el autor afirma “la no vigencia de la norma para el caso en cuestión”, mientras la pena expresa “la insignificancia de esa afir-

53 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:2).

54 Así PARMA (s.f.:9). Señala REYNA ALFARO en relación con esta tesis que “su primer antecedente se encuentra en WELZEL quien afirmaba: “La misión principal del Derecho Penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. La mera protección de bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del Derecho Penal es de naturaleza positiva ético-social”, sin duda, es el profesor alemán GÜNTHER JAKOBS el principal exponente de este criterio dogmático, en concordancia a su elaboración funcionalista del Derecho Penal, considera que la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”. Así REYNA ALFARO (s.f.: 197).

55 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:1).

50 JAKOBS (1993: Vorwort. p. VII). Cfr. ROXIN (2012:13).

51 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:5).

52 Cfr. ROXIN (2012:14). Cfr. JAKOBS (1995:849).

mación” y con ello confirma la vigencia de la norma⁵⁶. La “prestación del Derecho penal” consiste para JAKOBS en “contradecir, a su vez, la contradicción de las normas que reflejan la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social” y ello con independencia de cualquier efecto empírico en la realidad social: “en particular la confirmación de la identidad no es empíricamente aprehensible, pues ésta no es consecuencia del proceso, sino su significado”.

Aquí deberá excusarme el lector, pero no me resulta posible prescindir de la cita de ROXIN tal cual, porque expresa de manera clara el intrínquilis de JAKOBS:

“Plásticamente se formula ... “sociedad es desde el punto de vista de la teoría de sistemas... comunicación. Lo social por ejemplo en un homicidio no es la lesión del cuerpo de la víctima o la eliminación de su conciencia, sino la afirmación objetivada y concluyentemente contenida en el hecho de no tener el deber de respetar el cuerpo o la conciencia... Mediante esa afirmación se pone en cuestión la norma: delito es desobediencia de la norma”. Y de la forma más resumida posible: “El hecho es daño a la vigencia de la norma; la pena es su contrarrestación”. Se trata aquí, en expresión de Schünemann, de un “normativismo libre de empiria”: para el Derecho penal un homicidio no consiste en la aniquilación de la vida hu-

*mana, sino en la desatención de la norma. El daño consiste en esa desatención y no en la destrucción de la vida*⁵⁷.

A manera de crítica y para ir sentando las bases de mi postura con respecto a las tesis de JAKOBS he de compartir con el lector dos anécdotas.

La primera de ellas, se ubica en el año 1998, cuando en un Workshop organizado por el Prof. Dr. D.h.c.mult. Klaus Tiedemann con ocasión de sus trabajos por aquella época con respecto al Corpus Iuris Europeo, en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftstrafrecht de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. comparecieron una serie de invitados, de la más alta jerarquía académica alemana [no estaba Roxin y nunca pude saber por qué], pero sí estaba Bernd Schünemann su discípulo.

Resulta que un compañero de estudios [de origen griego y quien no le simpatizaba a nadie] quien al igual que yo hacía su maestría y pretendía hacer su doctorado con el Prof. Tiedemann, tuvo la “osadía” - a pesar de ser nosotros unos “invitados de plomo al evento”- de levantar la mano y preguntar derechamente al Prof. Schünemann sobre su opinión con respecto no recuerdo bien a qué tema, acerca de la posición del Prof. JAKOBS [quien tampoco fue invitado a la actividad [ahora supongo por qué]].

La reacción del auditorio fue de gran sorpresa, primero porque la pregunta no venía al tema de discusión [eso era algo muy propio de aquel chico], pero además, porque todos guardaron silencio para escuchar al profesor Schünemann, a quien en primera instancia le fue explicado por el Prof. Tiedemann la razón de la pregunta, pues como dije, no tenía relación con el tema en discusión. La respuesta

56 “La medida de la pena ha de regirse por la medida objetivada de negación de personalidad y no por necesidad de intimidación, educación o aseguramiento. La sanción no tiene un fin sino constituye en sí misma un fin: la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios” Es una muestra de la vigencia de la norma a costas de un responsable, aunque ésta afirmación implique un reconocimiento de que la vigencia de la norma se realiza a costa de un responsable que es utilizado como medio para lograr aquél fin. Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:9).

57 Así ROXIN (2012:14) con amplias y mayores referencias bibliográficas.

fue tajante y nadie, absolutamente nadie objetó, discutió y no se habló más al respecto, dijo más o menos Schünemann: “JAKOBS se caracteriza por decir las cosas sencillas de una manera sumamente compleja con lo cual resulta muy difícil entenderle⁵⁸, incluso para quienes hablamos el idioma alemán como lengua materna y agregó, las personas inteligentes se caracterizan por decir las cosas muy complejas de una manera clara”.

Ya podrá el lector ir perfilando alguna de las razones por las que las tesis de JAKOBS no son tan populares en Alemania como sí lo han sido en Latinoamérica. Aquí adelanto que la popularidad del JAKOBS, en Latinoamérica, se debe a la obra de traducción que han hecho sus discípulos y la gran difusión que éstos le han dado (vgr. Manuel Cancio Meliá y Carlos Suárez González –he de señalar que ambos se encontraban presentes en ese foro y tampoco dijeron nada).

La otra anécdota se dio en el seno de un curso sobre Metodología del Razonamiento

58 Al respecto apunta SALAS: La poca claridad en la exposición de las ideas, por parte del conocido Prof. GÜNTHER JAKOBS, no se limita a un aspecto puramente estilístico o literario, sino que involucra y conlleva elementos tan importantes como el naturalismo lingüístico, la confusión entre definiciones estipulativas y definiciones reales, la promulgación –sin dar razones para ello– de presuntas entidades supraindividuales a las cuales se les adscribe, por vía de la hipostación lógica, características propias de los individuos, el uso retórico-emotivizante de unos conceptos como “sociedad”, “comunicación”, “identidad”, “sentido”, “norma”, todo lo cual implica una suerte de *magia verbal*, entre otras cosas. SALAS (En prensa: 16). Más adelante apunta: Aparte de lo indicado sobre el nivel de abstracción y generalidad de las ideas expuestas por ROXIN y JAKOBS, cabe señalar, en especial para el caso de JAKOBS, que muchos de sus planteamientos simplemente no se entienden o, en el mejor de los supuestos, se prestan para grandes mal-entendidos. Ese aspecto es, indudablemente, una lástima, pues JAKOBS entonces genera la impresión de ser una especie de Oráculo que quiere intimidarnos con su lenguaje, y si uno está dispuesto a leer y tratar de comprender sus argumentos, entonces se topa con dificultades casi insalvables. SALAS (En prensa: 25).

Jurídico, impartido por el Prof. Dr. Dr. Enrique Pedro Haba Müller dentro del doctorado en derecho de la Universidad de Costa Rica. Resulta que a dicho curso, se presentó como invitado el Prof. Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez, quien estudió y se doctoró en Alemania [discípulo de Peter Gilles], en Frankfurt y desde luego se encuentra muy influido por la escuela de Frankfurt y su proximidad con la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. El Dr. Rivero hizo una “brillante exposición de la teoría de los sistemas”, concluyendo, creo que con convencimiento, la exposición más o menos con la frase: “La realidad no existe, todo se reduce a la comunicación y sólo la comunicación comunica”. Esto lo escribo de memoria pero creo ser fiel a lo acontecido.

En ese momento, yo, tomé la palabra y le dije al Dr. Rivero que si lo que él decía era cierto, no me cabía duda de que aceptaría conmigo hacer un ejercicio. Que yo traería un martillo, que él pusiera su mano sobre la mesa y yo le golpearía uno de sus dedos con toda mi fuerza y que allí podríamos comprobar si la realidad no existe y que sólo la comunicación comunica... desde luego, el Dr. Rivero no aceptó verificar dicho experimento, pero creo que nadie duda de cuál hubiera sido el resultado.

Concluyo este apartado señalando que ciertamente, la construcción de JAKOBS se ubica más en el plano lingüístico que empírico, y dentro de este plano, hecha más mano a la retórica que a otra cosa. Sin embargo, trataré de analizar otras aristas de su sistema con el propósito de aclarar aún más mi posición.

d.3.4) EL RECHAZO DE UN INJUSTO SIN CULPABILIDAD

Apunta ROXIN⁵⁹ que recientemente la posición de JAKOBS de la defensa de la vi-

59 Cfr. ROXIN (2012:13-14).

gencia de la norma lo ha llevado a sostener otra tesis que defiende cada vez con mayor intensidad y que han renunciado a la distinción entre injusto y culpabilidad.

Apunta LASCANO⁶⁰ que “la construcción analítica del delito que ha prevalecido ha sido la **“estructura trimembre”** o **“tripartita”**, compuesta por tres categorías: el tipo, la anti-juridicidad y la culpabilidad. La relación entre las dos primeras –consideradas como categorías separadas- determina que los tipos delictivos -que configuran *normas prohibitivas*- se sitúan a un distinto nivel que las causas de justificación, las cuales tienen naturaleza de *normas permisivas*.”

Continúa señalando LASCANO que “a partir de la caracterización del tipo sistemático como “tipo de injusto”, efectuada por el normativismo neokantiano, que entendía al tipo ya no como una mera *ratio cognoscendi*, sino como una verdadera *ratio essendi* de la antijuridicidad, se comenzó a poner en crisis el concepto del tipo como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad”⁶¹.

60 Cfr. LASCANO (s.f.:6). Apunta igualmente LASCANO al respecto que debemos prestar atención en particular a ¿qué relevancia pueden tener aquellos principios constitucionales de política-criminal en la elaboración dogmática de la categoría del “tipo de injusto”, en orden a su consideración como un componente unitario (el “*tipo total*” del ROXIN de 1970) merced a la admisión de la teoría de los elementos negativos del tipo, o a su escisión como dos niveles analíticos independientes pero complementarios, el tipo y la antijuridicidad, como postula en la actualidad el propio ROXIN en su “Derecho Penal – Parte General”, al igual que su vinculación con la teoría de la imputación objetiva? p. 2.

61 El paso decisivo para la adopción de una **“estructura bimembre”** o **“sistema bipartito”**, integrado únicamente por el tipo de injusto y la culpabilidad, fue dado por la **“teoría de los elementos negativos del tipo”**, formulada inicialmente por ADOLF MERKEL en 1889 y acogida por otros autores como BAUMGARTEN (1913), RADBRUCH (1930), FRANK (1932), HELLMUTH VON WEBER (1935), LANG-HINRICHSEN (1953), ARTHUR KAUFFMANN (1954), ENGISCH (1960) y otros dogmáticos alemanes.

Sin embargo, no debemos identificar el sistema bipartito

La negación de la culpabilidad proviene de la idea de que el delito consiste únicamente en la desautorización de la vigencia de la norma pues ello presupone que todo actuar es culpable. Lo anterior, por cuanto en el fondo el delito es visto como un acto comunicativo defectuoso y son sólo los interlocutores válidos quienes tienen capacidad de comunicación. Desde luego, que en el delito, el mensaje es precisamente la negación de la vigencia de la norma.

ROXIN señala⁶² lo que al respecto apuntan los discípulos de JAKOBS.

“El hecho del enfermo mental, por ejemplo, no supondría una perturbación de la vigencia de la norma, sino una consecuencia “del ser humano como ser natural..., no como un participante competente en la comunicación que dice cosas con sentido”. En la misma línea se han manifestado sus discípulos. LESCH dice lo siguiente: “El injusto penal es la propia culpabilidad” y “la culpabilidad es el injusto penal”. Y para PAWLIK, “Bajo el dominio de un concepto de delito, en el que en un primer plano se encuentra la contradicción por parte del autor de la voluntad general, no hay sitio alguno para un injusto no culpable como categoría general del delito”.

Como he apuntado antes, no me parece correcto este criterio de que todo injusto sea

del delito con la teoría de los elementos negativos del tipo. En efecto: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ -quien sostiene la bipartición en la construcción analítica del delito- afirma que la estructura bimembre del delito no implica necesariamente acoger la teoría de los elementos negativos del tipo, aunque ciertamente, las concepciones bipartitas hayan surgido de partidarios de esta doctrina, en su mayoría. En ese sentido, IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO acepta que “la suerte de la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito no corre paralela a la de esta teoría”. LASCANO (2010: 7).

62 Cfr. ROXIN (2012:13-14).

culpable, pues la teoría del injusto supone la existencia de un acto típico y antijurídico, y de acuerdo con ROXIN, correspondería en un tercer estadio el análisis de la responsabilidad del sujeto.

Esta última posición puede o no ser aceptada, pero al menos es consecuente con la idea del delito como acción humana que supone una modificación del mundo tal (aun en los delitos de peligro, se modifica nuestra percepción de la realidad) y como lo percibimos los seres humanos con nuestra capacidad sensorial y con un fin específico que pretende alcanzar, esto es, lograr una vida armónica, en paz, solucionar los problemas de convivencia, protección de bienes jurídicos con todo y la problemática que esa categoría puede implicar, en síntesis, tiene un efecto práctico. Dicho de otra manera, la categoría del injusto en ROXIN tiene un componente empírico verificable, en JAKOBS se encuentra ausente por completo.

d.3.5) LA DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD A PARTIR DE LAS NECESIDADES SOCIALES

Esta categoría no se presenta de una forma tan clara como las anteriores. Señala al respecto ROXIN que esta es “la tercera novedad central de la concepción del delito de JAKOBS y reside en que su noción de culpabilidad, a la que -de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas- equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general⁶³.”

Trataré de explicarlo de una manera más simple. Hemos visto que en JAKOBS, el delito es una negación de la vigencia de la norma. El delito no protege bienes jurídicos, sino única-

mente esta vigencia de la norma. Cuando se produce un delito, en realidad lo que sucede es que se da la negación de la norma; al negarse la vigencia de la norma, a través de la pena, lo que hace es negar la negación que significó el delito, por haber operado una comunicación defectuosa⁶⁴ que es restituida por medio de la pena, la cual transmite un mensaje de restablecimiento del valor de la norma (prevención general).

De lo dicho se infiere, que todo actuar es siempre responsable (en términos de ROXIN), pues si no lo fuera, lo que ha operado es una comunicación defectuosa, por un interlocutor que no tiene las capacidades comunicativas plenas, de lo contrario, su actuar es culpable sin más.

Por lo expuesto en consecuencia, la culpabilidad (reproche, responsabilidad) como lo entendemos normalmente, no existe para JAKOBS, pues simplemente, en caso de operar un defecto de comunicación por inobservancia de la vigencia de la norma, la consecuencia que se impone es la restitución de la vigencia de dicha norma a través de la negación de la negación, con lo cual, el fundamento de la pena es simplemente la necesidad de restituir la vigencia de la norma como necesidad social y para el funcionamiento del subsistema jurídico-penal dentro del sistema social.

Con respecto a la función de la pena y cuando ésta no es necesaria en JAKOBS, apunta ROXIN⁶⁵:

64 En lo prístino del sistema jakobiano se encuentra la tesis que el delito es una comunicación defectuosa en tanto la pena apunta a ser un medio idóneo para mantener la identidad social, es decir una “auto-comprobación”, lo que en términos hegelianos sería que el derecho sigue existiendo a pesar de su “negación”. Así PARMA (s.f.:1). Para ampliar en cuanto a tipos de comunicación véase JAKOBS (1999:49 ss.).

65 Cfr. ROXIN (2012:15)

63 Cfr. ROXIN (2012:15).

Él solo permitiría una disculpa (*Entschuldigung*), cuando el conflicto resuelto mediante la infracción de una norma pudiera ser resuelto de una manera distinta al castigo penal. JAKOBS aclara esto último a través de un ejemplo al que ya se ha aludido antes en multitud de ocasiones: “Así, únicamente cabría plantearse la exculpación de los delincuentes sexuales cuando la medicina hubiera conseguido presentar fórmulas para su tratamiento.” Según su opinión, la escasa capacidad de comportarse conforme a Derecho de un delincuente habitual tampoco aminoraría su culpabilidad, porque no podría tolerarse el que “la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia”. En resumen, lo anterior significa que: “La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que sea funcional y solo puede faltar cuando existe la posibilidad de abordar el conflicto de otra manera.” Todavía en su última publicación que data del año 2008 afirma, “que en el juicio de culpabilidad solo se individualiza (esto es, se exculpa o incluso se atenúa), cuando no se daña la función de ordenación de la norma.” En pocas palabras: la incapacidad de culpabilidad solo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventivo general que a ello se oponga.

d.3.6) LA TEORÍA DEL ROL SOCIAL

Esta teoría es uno de los pilares sobre los que se sustenta el edificio teórico del funcionalismo normativo-sistémico. Tomando en consideración el concepto de sistema social, el rol social no es otra cosa que la posición que ocupa la persona dentro de una sociedad de la cual forma parte. En el sistema normati-

vista, el rol social juega un papel mucho más importante.

Para JAKOBS⁶⁶ el rol social es “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”⁶⁷. Sin embargo, el intento de JAKOBS carece de éxito en tanto advierte que “el lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito no reside ya en los procesos de interacción perturbados por el hecho como suceso externo (...) sino sólo en la validez de la norma”, con lo que encierra su dogma en un círculo vicioso, el funcionalismo no se apoya en el concepto de daño social sino en el de infidelidad al ordenamiento⁶⁸.

De la categoría del rol social, se deriva la categoría de la expectativa normativa. JAKOBS plantea la idea del rol social como una “máscara”⁶⁹, en otras ocasiones el concepto se ha asemejado al de una “etiqueta en la solapa”. La idea es que dicho concepto tiene por finalidad identificar a determinados sujetos y más que eso, el papel que estos deben cumplir en la sociedad, más aun, qué se espera de ellos, de allí la idea de “expectativa”.

Cuando el sujeto delinque, o mejor dicho, cuando un determinado sujeto niega la vigencia de la norma, lo que ha hecho es incumplir con su rol social, no ha llenado las expectativas que el sistema tiene de él, de allí el problema de comunicación de ese sujeto con la sociedad y por ello la pena viene a restituir esa comunicación fallida a través del restablecimiento de la vigencia de la norma.

De lo expuesto se extrae otra conclusión. La teoría del rol social asociada con la de las expectativas, supone que al sujeto para posibilitar la convivencia social, le corresponde

66 Ver JAKOBS (1996:21).

67 Cfr. JAKOBS (1998:21)

68 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:1).

69 JAKOBS (1996:50).

la satisfacción de las expectativas, es decir, lo que se espera de él. El incumplimiento de las expectativas supone por consiguiente la concurrencia de un delito. Por ello se dice que el delito no es sino una defraudación de las expectativas normativas jurídicamente garantizadas⁷⁰.

LESCH nos indica que el injusto -según su contenido como comunicación referida al Derecho, y no como ataque externo a bienes jurídicos-, se trata de una defraudación de expectativas normativas, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta⁷¹.

d.3.7) TEORÍA DEL DAÑO INTELECTUAL DEL DELITO

Existe también en JAKOBS una clara influencia de la doctrina del “daño intelectual del delito”, vigente en Alemania durante el siglo XIX. FRANCESCO CARRARA, uno de sus principales exponentes, sostiene –en una línea muy similar a la de JAKOBS– “el fin primario de la pena” será “el restablecimiento del orden externo de la sociedad”⁷².

Ya hemos visto infra, como los seguidores de JAKOBS, indican que esta teoría es una de las influencias más importantes en el planteamiento de este autor. La teoría del “daño intelectual del delito” se asocia directamente con la función atribuida a la pena de “prevención general positiva”.

La posterior expansión de esta teoría de la prevención general positiva es en gran parte atribuible a JAKOBS, quien asegura –sirviéndose de una expresión que ya utilizara HEGEL- que el ordenamiento jurídico no

puede comportarse frente al autor de un delito “como si fuese un perro”, sino que debe tratarle como una persona. Reelaborando la explicación dialéctica de HEGEL, el autor concreta del siguiente modo los rasgos definitivos de su concepción:

*“prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino de tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena (en el siglo pasado se hablaba -plásticamente – de eliminar el “daño intelectual del delito”)*⁷³.

Como vemos, en el fondo se vuelve a la triada dialéctica de la negación de la negación (HEGEL) a través de la función de restablecimiento de la vigencia de la norma por medio de la pena, atribuyéndole una función a la pena. De allí la denominación de esta conceptualización como funcional-normativa.

El concepto de “daño intelectual del delito”, en mi criterio se asocia con la huella mnémica (*Erinnerungsspur* o *Erinnerungsrest*) de la teoría psicoanalista, a partir de la percepción social del delito como una negación de la vigencia de la validez normativa.

Según lo percibo, por medio de la función de prevención general positiva en JAKOBS, lo que se pretende es la eliminación de esa huella mnémica en la sociedad, restableciendo la vigencia de la norma dañada y creando en el imaginario social la sensación de integridad del sistema jurídico por medio de un acto comunicativo de esa vigencia (negando la negación [delito] a través de la pena [negación de

70 Así JAKOBS (1997:7/41).

71 Cfr. LESCH (set.-dic. 1995).

72 Así REYNA ALFARO (s.f.:200).

73 Así GARCÍA RIVAS (1996:34) con referencias adicionales.

la negación], algo así en lenguaje sistémico como el restablecimiento de la función comunicativa del sub-sistema jurídico-penal.

e) CRÍTICA Y CONCLUSIÓN

Al llegar a este punto, recordará el lector mis palabras iniciales “un análisis de toda la obra de estos autores resulta imposible”. Procuraré de seguido, recoger algunas críticas [quizás formular alguna] a la posición de ROXIN y de JAKOBS.

Para tales fines [como no podría ser de otra manera], he centrado mi atención en los aspectos que considero más importantes. Creo haber eso sí, dejado las bases para que cada quien se forme su propia opinión al respecto.

e.1) CRÍTICA A LA POSICIÓN DE ROXIN

Señala PARMA que “durante centurias, los cultores del Derecho Penal, han edificado una suerte de paradigma que, en más o en menos, gira en torno a la hoy exhausta “teoría del delito y teoría del bien jurídico protegido”. Una especie de “*totem*” incuestionable, insuperable, incalumniable, indubitable e inmanente”.

Continúa inmediatamente señalando PARMA que “ROXIN alcanzó a cuestionar el andamiaje de la dogmática. Propició una ciencia penal “abierta” y “cuestiones de política criminal”, superando así vetustos esquemas, y auspició “una pena con un fin” rehabilitador. Se dio tiempo para reelaborar la teoría de la imputación objetiva, propulsar su tesis sobre autoría mediata y consolidar la idea del “dominio del hecho”. No eran poca cosa sus ideas, y esto le mereció finalizar el siglo tal vez, con el mayor prestigio conocido. Pero cuando tuvo que definir lo “distinto” lo “radicalmente nove-

doso”, ROXIN, cual Immelmann⁷⁴ no partió, se quedó en el sistema”.

Efectivamente lleva razón PARMA como la lleva SALAS. El problema básico de las tesis de ROXIN en lo que a su constructo teórico se refiere, radican en el hecho de que deja serias lagunas de base. El recurrir a fórmulas vacías como política criminal como fundamento de su edificio teórico, nos llevan a dudar de su validez.

Otra de las cuestiones que ya he apuntado, es el tándem que propone ROXIN en cuanto a la función de la pena como prevención general/individual, dependiendo del momento en que se enfoque el fenómeno, o por ejemplo, la doble ubicación del dolo en la tipicidad y en el juicio de reproche. Es decir, la teoría de ROXIN pareciera un ser y no ser al mismo tiempo, con ello violaría la regla lógica de la identidad. Así lo expone ROXIN:

El dolo es esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma que exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito: pero es igualmente relevante para la culpabilidad, porque debe delimitar la forma más grave de la culpabilidad de la más leve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías. Tales características con doble relevancia se dan también en otras partes: así, muchas características del ánimo sirven para la descripción del hecho y, por tanto, son relevantes para el tipo, mientras que, por otro lado, sirven para determinar la responsabilidad y desempeña así también un papel para la culpabilidad⁷⁵.

74 Acróbata de aviación alemán, que impuso su nombre a una singular figura de giro. Citado por PARMA (s.f. b): sin número de página).

75 Así ROXIN (2002:105-106).

Con respecto al concepto de política criminal SALAS ya lo ha dicho –y con razón– “¡no existe LA política criminal!. Lo que existe en todo ordenamiento jurídico es, más que una política criminal sistemática y armónica, coherente e integral, un conjunto de medidas político-criminales dispersas y que no dejan de ser, en gran medida, contradictorias entre sí. Esta situación no puede ser de otra manera, pues al igual que no existe una planificación racional exacta sobre los grandes problemas sociales de la comunidad, tampoco la hay respecto al problema de la delincuencia. Si uno abre bien los ojos frente a lo que pasa en la fenomenología de la vida cotidiana – no dejándose llevar por unas disquisiciones sistémico-académicas o por el *wishful thinking* de unos profetas y reformadores sociales– observará que las medidas contra el crimen suelen adoptarse, en la mayoría de países, de una forma desordenada y oportunista. Es aquí, en este ámbito de las políticas criminales (¡en plural!), donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda amarillista, el llamado a las emociones violentas y el show escandaloso de los *mass-media* juegan un papel fundamental”⁷⁶. A esto es poco lo que se puede agregar, nada más un apostillamiento, que yo sepa, ROXIN habla y habla de la política criminal, pero nunca ha dicho quién la define, de dónde sale, a qué intereses responde.

Ya en otra parte he señalado⁷⁷ [-tanto aquel como- el presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁸, a saber:] que “la criminalidad es

un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales” y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social “no es absolutamente directa”. Sin embargo, teniendo claro lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa [producto de esa manifestación], en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica. Ya Kant en su Crítica a la Razón Pura señalaba que todavía buscan los juristas una definición para su concepto de derecho⁷⁹.

No me resulta extraño tampoco y lo asumo como tal, lo que RÜTHERS indica en torno a los positivistas en cuanto a que “...el derecho es solamente aquello que es impuesto por los órganos competentes que indica la Constitución Política. En las democracias parlamentarias, esta posición está moralmente legitimada por la opinión dominante: La mayoría lo decide, por ende, qué ha de ser el derecho y qué no. En las democracias gubernamentales, y para los órganos parlamentarios, el derecho no es nada más que un instrumento de organización y de dominio del soberano. La Constitución le establece al poder legislativo, empero, una frontera en su capacidad normativa, por medio de la llamada [garantía de eternidad]...”⁸⁰

76 SALAS (En prensa:8-9).

77 SALAZAR (2012:21).

78 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: “Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación” (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires.

79 Hay desde luego conceptualizaciones más románticas, veamos por ejemplo lo que señala ANIYAR (2009:105): “...Como se sabe, Derecho y ley no son la misma cosa. La sola ley no es fuente de legitimidad del ejercicio del poder estatal. Debe haber sumisión del Estado a la Justicia. El Derecho es el valor superior del ordenamiento jurídico: lo constituyen los principios jurídico-penales que conforman la cultura jurídico-constitucional”.

80 Así RÜTTERS (2009:32)

Con respecto a la definición de ROXIN de bien jurídico, apunta SALAS "...la definición de ROXIN (y otras que aúllan con lobos en la dogmática penal actual) de lo que es un bien jurídico, no toma en cuenta un elemento esencial de la teoría metavalorativa de los postulados axiológicos; a saber, las **antinomias** en los objetivos perseguidos por una misma norma. Así, por ejemplo, "*las finalidades que son útiles para un individuo y su libre desarrollo*" (ROXIN), de hecho, pueden ser inútiles para otros o incluso, en casos dramáticos, dañinas o peligrosas.

Otra de las críticas que se han formulado al planteamiento de ROXIN se han dirigido a la contradicción que surge de la confluencia de aspectos retributivos, de prevención general y de prevención especial, que la doctrina ha denominado "antinomias de los fines de la pena". Sumamente crítico se ha manifestado, por ejemplo, JAKOBS, para quien la propuesta de ROXIN constituye una "teoría de la unión de los restos" en la que "si bien no hay (ya) nada completo, tampoco queda nada eliminado por completo, de modo que la consigna es la de acomodarse en los fragmentos"⁸¹.

e.2) CRÍTICA A LA POSICIÓN DE JAKOBS

A continuación, presento las principales críticas que el mismo ROXIN⁸² ha formulado a JAKOBS. Lo anterior por considerar que nadie mejor que ROXIN para dar respuesta a JAKOBS, trato de alguna manera de hacer algún apostillamiento para enriquecer la discusión.

De JAKOBS se dicen toda clase de cosas, véase la descripción de PARMA: JAKOBS, tenía tras de sí la sombra de su querido maestro: HANS WELZEL⁸³, y por delante el

prestigio de ROXIN. Con cabalgadura de acero y paso firme, GÜNTHER JAKOBS, desde la década del 90⁸⁴ ilumina como un meteoro el firmamento de la dogmática, aquella a la que enriquece con una *nueva concepción que habla de "competencias", "roles", "significado", "normas", etc.*⁸⁵

ROXIN dice que la posición de JAKOBS en torno a la culpabilidad debe ser rechazada... "yo no niego –aclara ROXIN– que la imputación subjetiva solamente en necesidades de prevención general también esté influenciada por necesidades preventivas. Pero reducirla a eso, y aceptar la culpabilidad y la punibilidad sólo porque eso parece socialmente necesario, para decirlo de JAKOBS, para la "práctica de la fidelidad al derecho", no es aceptable. Pues entonces el individuo no es tratado según la medida de su propia personalidad, sino como instrumento de intereses sociales. Una instrumentación semejante atenta contra la dignidad humana y, ya por eso, no puede resultar una concepción de culpabilidad defendible⁸⁶.

Esa posición dogmática en JAKOBS, constituye un abandono de la función de la penal (teoría relativa), para retomar las concepciones de la pena retribucionistas (teoría absoluta) el individuo pasaría a ser una especie de "chivo expiatorio" con carácter simbólico frente a sus semejantes, con el propósito

publicó las bases del finalismo en el nro. 51 de la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", titulada "Kausalität und Handlung" ("Causalidad y Acción"). Fue un giro copernicano para todo lo que se conocía hasta entonces.

84 Luego de un "auto exilio" intelectual, JAKOBS comienza una virulenta etapa de producción literaria a partir de 1990, con el aporte en traducción de Cuello Contreras, Serrano González de Murillo, Suárez González y quien hoy le hace las veces de escudero, nuestro conocido y respetado, Manuel Cancio Meliá. Así PARMA (s.f. b): sin número de página).

85 Así PARMA (s.f. b): sin número de página).

86 Ibíd.

81 Así REYNA ALFARO (s.f.: 206).

82 Cfr. ROXIN (2012), pasim.

83 Welzel se doctoró a los 24 años y su prodigiosidad se conoció en el año 1931, cuando a la edad de 27 años

de lograr la pretendida afirmación de la validez de la norma, inaceptable desde todo punto de vista como apunta ROXIN.

BACIGALUPO, a la hora de analizar “la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad” consideraba lo siguiente: “si se parte de la *prevención general como fundamento de la pena*, la proporcionalidad estará determinada por la lógica de esta concepción y la pena deberá ser mayor cuanto más pronunciado sea el impulso delictivo que se supone en los autores potenciales, es decir, en el público en general. La compatibilidad de este punto de vista con la dignidad de la persona, se pone en duda desde Kant. Por ese motivo, quienes dan cabida a la prevención general no dejan de reclamar una proporcionalidad con el hecho cometido, que deberá referirse necesariamente a un criterio ajeno a la prevención general misma...”⁸⁷

Las críticas formuladas al funcionalismo sistémico penal se justifican sobradamente ya que al no valorar el sistema social existente permite y justifica dicho status quo, aunque se trate de un sistema social impuesto de facto. Adquieren vigencia las reservas formuladas por BARATTA sobre “el oscuro fin político” oculto, según entendemos, en la concepción jakobsiana⁸⁸. Por ello estimamos que le asis-

te razón a BARATTA⁸⁹ en cuanto expresa que “...Mientras la clase dominante está interesada en contener la desviación de manera que ésta no perjudique la funcionalidad del sistema económico-social y sus propios intereses y, en consecuencia, en el mantenimiento de la propia hegemonía en el proceso selectivo de definición y persecución de la criminalidad, las clases subalternas, en cambio, están interesadas en la lucha radical contra los comportamientos socialmente negativos...”⁹⁰.

En esta inteligencia es evidente que el funcionalismo sistémico penal solo pretende mantener el status quo de una sociedad injusta bajo el manto de considerar su discurso meramente descriptivo, neutro, objetivo y al margen de planteamientos utópicos. JAKOBS expresa que el Derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad pero como se configura esa sociedad no depende del Derecho Penal y si se pretende cambiarla, dicha lucha tiene que ser dada en otra clave⁹¹.

ROXIN⁹² señala que “en primer lugar, en lo que a la comprensión del delito como daño a la vigencia de la norma se refiere, no “puedo estar de acuerdo ni con la tesis de que el hecho típico estaría suficientemente caracterizado como ataque a la vigencia de la norma, ni con la idea de que un castigo solo sirve a la confirmación de la vigencia de la norma y de que ese fin se consigue en todo caso simplemente a través de la mera imposición del castigo. El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. Un hecho

87 Ídem.

88 SALAS en su aguda crítica a ROXIN ya lo apunta al señalar: De esta manera, al presentarse como una novedad la tesis de que las categorías jurídicas del derecho penal, o más específicamente de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), han de ser valoradas a la luz de las consideraciones político-criminales, se crea la falsa percepción e incluso la ilusión de que esas categorías, en un primer momento, son de carácter neutral, aséptico y sin un compromiso ideológico definido de antemano. Esto es falso. La dogmática adopta siempre, lo acepten o no sus cultores (incluido ROXIN) [agregaría yo, JAKOBS], un punto de partida político-ideológico, un compromiso valorativo, una visión de mundo, que se lleva a la praxis del derecho de manera regular e inevitable. No hay dogmática penal neutral. No hay teoría del delito inocente. No hay penalistas apo-

líticos. Todo está en saber cuáles son los valores específicos que defienden y con qué fines. SALAS (En prensa: 7).

89 Cfr. Baratta (2001:209).

90 Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:2).

91 Cfr. Ídem.

92 Así ROXIN (2012:16).

no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico. Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real, no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico”.

Concluye ROXIN afirmando que “...en pocas palabras: cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho Penal”.

En ello, lleva razón ROXIN, no obstante no debemos perder de vista las críticas que en cuanto a su sistema de razonamiento se levantan y precisamente por las mismas razones.

De la misma manera con amplias referencias bibliográficas ROXIN⁹³ cuestiona la

función de vigencia de la norma en JAKOBS, así afirma: “...lo dicho vale igualmente para la concepción de la pena en la teoría de JAKOBS. Si esta únicamente tiene sentido en la medida en que viene a confirmar la vigencia de la norma que el autor a través de su pública contradicción cuestionó, cabe preguntarse por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento. Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara. JAKOBS había atribuido inicialmente a la pena la función de “ejercicio en la fidelidad al Derecho” y con ello le otorgaba a la pena una función preventivo-general. Gracias a esto, JAKOBS obtuvo una gran repercusión. El hecho de que posteriormente abandonara este punto de vista y quisiera en su lugar atribuirle a la pena tan solo una función simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado. Posiblemente ha sido PUPPE quien ha mostrado un rechazo más categórico: “Una sociedad que no se compromete para lograr, al menos parcialmente, la observancia fáctica de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula⁹⁴.”

Con ROXIN debemos señalar de igual forma que la supuesta función cognitiva de la pena -que va más allá de la confirmación normativa- es entendida exclusivamente como compensación retributiva de la culpa. En su

93 Cfr. ROXIN (2012:16 s). Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther JAKOBS», Kritische Justiz: Vierteljahresschrift für Recht und Politik, (26), 1993, p. 33; SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, pp. 49 y ss, (50 y s.); EL MISMO, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», GA, 1995, pp. 201 y ss. (217 y ss.); EL MISMO en SCHÜNEMANN (ed.), FS-ROXIN, 2001, pp. 1 y ss., (13 y ss.); FABRICIUS, Was ein Lehrbuch lehrt ... : eine exemplarische Untersuchung von JAKOBS Strafrecht - Allgemeiner Teil, 1998, passim; PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation» en SAMSON (ed.), FS-Grünwald, 1999, pp. 469 y ss.; HÖRNLE, «Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten» en HEFENDEHL (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, pp. 105 y ss.; SACHER, «Systemtheorie und Strafrecht», ZStW, (118), 2006, pp. 547 y ss.; STRATENWERTH, «Sachlogische Strukturen» en PAWLIK (ed.), FS- JAKOBS, 2007, pp. 663 y ss.; SCHNEIDER, Kann die Einübung in Norma-

nerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, p. 271.

94 PUPPE en SAMSON (ed.), FS-Grünwald, 1999, p. 472. Citado por ROXIN (2012:16).

última publicación⁹⁵ JAKOBS sigue afirmando que solo se legitima aquella pena, “que equilibra los daños que específicamente ha causado el autor responsable de la infracción de la norma y nada más”. No se trata de impedir que el infractor de la norma cometa otros hechos, tampoco de disipar la tendencia de otras personas a la infracción de normas...” Y en la ya citada publicación japonesa⁹⁶, afirma que con la imposición de la pena “se conseguiría siempre el fin de la pena: La configuración de la sociedad está confirmada: el que además se den efectos psíquico-individuales o psicológico-sociales –intimidación, ejercicio de la fidelidad al Derecho u otros adicionales- no es, para el fin de la pena, esencial⁹⁷.” Adicionalmente apunta ROXIN otra crítica a la concepción de JAKOBS:

Además, personalmente advierto todavía una segunda contradicción en la concepción global de JAKOBS. Si para él la pretensión de la pena no se limita a la confirmación simbólica de la vigencia de la norma, sino que, sobre todo, se trata del aseguramiento cognitivo y de garantizar a través del Derecho penal una vida libre de peligros en sociedad, resulta que la tarea última del Derecho penal es precisamente la que según su opinión no debería ser, esto es, la protección de bienes jurídicos. Con ello, el antagonismo entre el cumplimiento de las normas y la protección de bienes jurídicos se desvanece. Así pues, mediante este nuevo giro de la teoría de JAKOBS, veo confirmada mi propia concepción.

95 Se refiere ROXIN a la obra de JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3a ed., 2008, p. 114.

96 Aquí se refiere ROXIN a JAKOBS en SHIIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, 2003, p. 763, (34).

97 Cfr. ROXIN (2012:17).

La última de las críticas de ROXIN⁹⁸ a la concepción de JAKOBS que me interesa presentar tiene que ver con la idea según la cual la culpabilidad no se determinaría a partir de las capacidades individuales del autor, sino en función de los mandatos legislativos conforme a finalidades, no la comparto. Ambos [ROXIN y JAKOBS] estamos de acuerdo en que aun dándose la culpabilidad es todavía posible una exculpación (una exclusión de la responsabilidad en mi uso del lenguaje), cuando razones preventivas facultan una renuncia a la pena. Pero JAKOBS pretende también castigar allí donde el autor no tenía ninguna posibilidad de comportarse conforme a Derecho, pero de acuerdo con el sentido de las funciones de ordenación la norma todavía es “útil” (*Zweckvoll*).

Continúa ROXIN, “le he objetado a JAKOBS desde hace tiempo que con ello precisamente se consigue aquello que el Derecho penal debería evitar: que la pena no se haga depender de circunstancias que radican en el autor, sino de necesidades socialmente afirmadas. Esto conduciría a una instrumentalización del sujeto que violaría la dignidad humana. En este punto JAKOBS ha replicado lo siguiente:⁹⁹ “Cuando nuevamente se aduce contra la concepción aquí presentada que una comprensión como esta de la culpabilidad supondría la instrumentalización del ciudadano penado, se pasa con ello por alto que se trata solo de una descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que expone con claridad en el mejor de los casos una instrumentalización desde antaño existente.”

Cierro este apartado de críticas de ROXIN a JAKOBS, más por razones de extensión

98 Cfr. *Ibid.*, 19.

99 JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, 29/30. Cita así por ROXIN.

y espacio que por escasez. Al respecto podría remitirse el lector a la obra de ROXIN citada, la cual contiene algunas otras que no he incluido.

e.3) A MANERA DE CONCLUSIÓN

No cabe duda que al llegar al final de estas notas, tengo el pleno convencimiento de que me he quedado corto. No obstante, ello estaba claro desde un inicio y así se expuso desde la misma introducción.

El tema bajo estudio, ha resultado para mi, particularmente fascinante, no tanto por lo complejo o amplio que ha resultado, sino más bien, porque no alcanzo a comprender aun, algo que ya SHAKESPEARE había expuesto mucho tiempo antes (1600) yo aquí veo "*Much Ado about Nothing*" y que en alemán se dice "*viel Lärm und gar nichts*".

Creo que ha quedado expuesto, que ni ROXIN ni JAKOBS han formulado un sistema satisfactorio. Los errores de base de la concepción de ROXIN dejan serias dudas en cuanto a que por medio del funcionalismo normativo pueda darse una respuesta plena, completa y acabada a la teoría del delito.

No puede eso sí negarse, que del estudio de las concepciones de ROXIN, han surgido una serie de trabajos que han contribuido al desarrollo de la dogmática de nuestro tiempo, que es de agradecer y por que no decir, los trabajos de ROXIN son de una grandísima importancia y su obra realmente lo catapulta a la escala de reconocimiento que se le da en la

actualidad, de eso no tengo duda alguna.

En cuanto a JAKOBS, su mérito es mayor –desde mi óptica- por su atrevimiento y arrojo al vacío al intentar construir un sistema sobre nuevas bases epistemológicas a lo ya conocido. Fracasa eso si JAKOBS, pues creo que su sistema presenta mayores dudas y lagunas que las del sistema de ROXIN [no podría ser de otra manera por lo novedoso y arriesgado de su apuesta]. Desde esta perspectiva creo que el funcionalismo-normativo-sistémico es aun peor.

Independientemente de que se comparan las tesis de uno u otro de estos autores, nos guste o no, esa es la dogmática de nuestro tiempo y a su estudio tienen que dedicarse quienes se interesan por ella.

Lo que no debe permitirse y es un lujo que un libre pensador no puede darse, es considerar a ROXIN y/o JAKOBS, como semidioses ajenos a toda crítica u oráculos de la dogmática.

Desde mi punto de vista, JAKOBS tiene un mérito enorme y es que al ser su conceptualización tan radical, han surgido una gran cantidad de seguidores y detractores cuyo enfrentamiento no puede tener otra consecuencia que el progreso intelectual de nuestra disciplina [al menos eso sería lo deseable].

Concluyo estas líneas con el título del trabajo que aquí cito, de mi amigo y colega Minor Salas..., en lo que a mi respecta y quedo abierto a la crítica "*weder ROXIN noch JAKOBS*".

BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO Lola, (2010), *Criminología de los derechos humanos, Criminología axiológica como política criminal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.
- BARATTA Alessandro, (2001), *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, 7a edición, Ed. Siglo XXI, México.
- BORJA Emiliano, (2007), *Política Criminal y Sistema de Justicia Penal Juvenil*, en LLOBET Javier (coordinador) et al, (2007), *Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, pp. 533-547.
- GARCÍA RIVAS Nicolás, (1996), *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- HABA Enrique Pedro, (2006), *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Dykinson, Madrid, España.
- HEFENDEHL Roland, (2002), *Sitio Web: CRIMINET Web de Derecho Penal y Criminología*, <<http://criminet.ugr.es/>>, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- HEGGLIN María Florencia, (1997), *Más Allá de la Teoría de Günther Jakobs*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, (1997), Año III, Número 9A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 119-142.
- JAKOBS Günther, (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Studienausgabe, 2. Auflage, WdeG: Water De Gruyter, Berlin, New York.
- JAKOBS Günther, (1995), *“Derecho Penal. Parte General”*, Trad. Cuello Contrera; Editorial Marcial Pons, Madrid, España.
- JAKOBS Günther, (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW*, (107), pp. 843 y ss.
- JAKOBS Günther, (1996 b)), *“La imputación objetiva en el derecho penal”*; Cuadernos Civitas, Bogotá, Colombia.
- JAKOBS Günther, (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Editorial Civitas, Bogotá, Colombia.
- JAKOBS Günther, (1997), *“Culpabilidad –lineamientos para su estudio”*, citado por PARMA Carlos, (s.f.), *Sitio Web: Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, <<http://www.revistajuridicaonline.com/>>, *“La Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs”* (Temas De Participación Criminal), <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Prohibicion%20de%20regreso.pdf>

- JAKOBS Günther, (1997), Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, España.
- JAKOBS Günther, (1997), La Imputación Objetiva en Derecho Penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, reimpresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- JAKOBS Günther, (1998), "Problemas capitales del derecho penal moderno", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- JAKOBS Günther, (1998), La imputación objetiva en Derecho penal (traducción de Manuel Cancio Meliá), Grijley, Lima, Perú.
- JAKOBS Günther, (1999), Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, en **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia**, (1999), Año V, Número 9A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 19-58.
- JESCHECK Hans-Heinrich, (1978), Tratado de Derecho Penal, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, España.
- LASCANO Carlos Julio, (2010), Sitio Web: Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay, < <http://www.fder.edu.uy/> >, Las Pautas Político-Criminales para la Elaboración Conceptual del Tipo de Injusto, <<http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/extranjeros/lascano-concepto-del-tipo-de-injusto-29.10.08.pdf>>, [Consulta: 05 de mayo de 2013].
- LESCH Heiko, (set.-dic. 1995), Sitio Web: Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, <<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Inicio>>, Intervención Delictiva e Imputación Objetiva, <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1990-1999/1995_fasc_III.pdf>, pp. 911-972, [Consulta: 05 de mayo de 2013].
- LÜDERSEN Klaus, (1999), El Derecho Penal entre el Funcionalismo y el Pensamiento Vinculados a los Principios "Europeos Tradicionales" o: ¿Adiós al Derecho Penal "Europeo Tradicional"?, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, (1999), Año V, Número 9A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 59-94.
- LUHMANN Niklas, (1983), Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- MIR PUIG Santiago et al, (1982), Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia.
- MONTEALEGRE Eduardo (coordinador) et al, (2003), El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Bogotá, Colombia.
- PARMA Carlos, (s.f. b)), Sitio Web: < <http://www.alfonsozambrano.com/>>, Jakobs Hacia Un Derecho Penal Distinto, < www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/jakobs.doc>

- PARMA Carlos, (s.f.), Sitio Web: Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, <<http://www.revista-juridicaonline.com/>>, “La Prohibición de Regreso en el Pensamiento de Jakobs” (Temas De Participación Criminal), <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Prohibicion%20de%20regreso.pdf>
- POLAINO-ORTS Miguel, «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCIN BARRUETA, (2009), Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal, Grijley, Lima, Perú, Pp. 20 ss.
- REYNA ALFARO Luis Miguel, (s.f.), Sitio Web: Angel Editor, <<http://www.angeleditor.com/>>, Las consecuencias Jurídicas del Delito en el Derecho Penal, Capítulo VII, <<http://www.angeleditor.com/documentos/cap7.pdf>>, [Consulta: 05 de mayo de 2013].
- ROXIN Claus et al, (1993), Determinación Judicial de la Pena, editores dEL Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina.
- ROXIN Claus, (1973), Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, WdeG: Walter de Gruyter, 2. Auflage, Berlin, New York.
- ROXIN Claus, (1979), Teoría del Tipo Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- ROXIN Claus, (1997), Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, Band I, 3. Auflage, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München.
- ROXIN Claus, (1999), La Teoría de la Imputación Objetiva, en **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia**, (1999), Año V, Número 9A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 299-324.
- ROXIN Claus, (2002), Política Criminal y sistema de derecho penal, Hamurabi, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina.
- ROXIN Claus, (2007), Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal: el Debate Actual, en LLOBET Javier (coordinador) et al, (2007), Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, pp. 257-270.
- ROXIN Claus, (oct. 2012), Sitio Web: RACO: Revistes Catalanes amb Accés Obert, <<http://www.raco.cat/index.php/raco>>, El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, < www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260968/348124>
- RÜTHERS Bernd, (1973), Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus [La interpretación sin límite. Sobre la transformación del ordenamiento de derecho privado en el Nacionalsocialismo], Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 6011), Frankfurt, 1973, citado por SALAS (En prensa).

- RÜTHERS Bernd, (2009), *Teoría del Derecho, Concepto, validez y aplicación del derecho*, Editorial UBIJUS, México.
- SALAS Minor, (2011), *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas comunes en las ciencias sociales*, Isolma, San José, Costa Rica.
- SALAS Minor, (en prensa), *Ni ROXIN ni JAKOBS*.
- SALAZAR Alonso, (2012), *Poder económico y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político "derivado" y "oculto" hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente*, Isolma, San José, Costa Rica.
- SALAZAR Alonso, (set.-dic. 2000), *La Sexta Ley de Reforma del Código Penal de la República Federal de Alemania*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Argentina, Año V, Número 8 C, p. 1117-1132, y en *RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal)*, España, núm. 3, 2000 p. 233-236, en *Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica*, Número 93, Setiembre - Diciembre 2000, p. 57 sgtes.
- SALMON, Ch., *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*, traducción de Inés Bértolo, Península, Barcelona, 2008. Citado por SALAS (En prensa).
- VAZ FERREIRA Carlos, (1963), *Lógica Viva*, Centro Cultural de España, Montevideo, Tomado de la versión de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay.
- VILLAR Ariel Humberto/CAPUTO Mario Daniel, (s.f.), Sitio Web: *Revista de Pensamiento Penal*, <<http://www.pensamientopenal.com.ar/>>, *Falacia del Funcionalismo Sistemático Penal*, <<http://new.pensamientopenal.com.ar/04022008/doctrina01.pdf>>, [Consulta: 05 de mayo de 2013].

¿SON LOS DELITOS ELECTORALES DELITOS NO CONVENCIONALES?*

M.Sc. Andrei Cambronero Torres**

*Profesor de la Universidad de Costa Rica,
Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones*

* El presente artículo forma parte de la investigación que el autor desarrolla en el marco de su tesis doctoral titulada "La Justicia Penal Electoral en Costa Rica", inscrita en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

** Profesor de la UCR. Abogado y Criminólogo. Magíster en Justicia Constitucional y Licenciado en Derecho, ambos, por la UCR; Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Bachiller en Ciencias Criminológicas por la UNED. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones y Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR. Correo electrónico: acambronerot@gmail.com / andrei.cambronero@ucr.ac.cr

Resumen: El artículo analiza si, a la luz de los criterios doctrinarios establecidos en la dogmática jurídico-penal, los delitos electorales (previstos en el Título VI, Capítulo I del Código Electoral costarricense) pueden ser –o no– considerados como “delitos no convencionales”. En otros términos, se pretende responder a la interrogante ¿son los delitos electorales delitos no convencionales?

Palabras clave: Delitos electorales, Derecho Penal, Delitos no convencionales, delincuencia no tradicional.

Abstract: The article examines whether, in light of doctrinal criteria established in the criminal legal dogmatic, electoral crimes (provided for in Title VI, Chapter I of the Costa Rican Electoral Code) may or may not be considered as “non-conventional crimes”. In other words, it seeks to answer the question: Are electoral crimes unconventional crimes?

Keywords: Electoral Crimes, Criminal Law, Non-conventional crimes, non-traditional crime.

En el pasado reciente, la dogmática penal ha atribuido la denominación de “delitos no convencionales” a conductas que no se relacionan con el fenómeno criminal tradicional; esto es a acciones lesivas con características particulares –tanto en el bien jurídico afectado como en los sujetos activo y pasivo– que las llevan a diferenciarse de los delitos “clásicos” como homicidios, robos, hurtos, abusos sexuales, entre otros.

Varios han sido los criterios para determinar cuándo un comportamiento criminalizado puede ser reconocido como “no convencional”, siendo uno de los predominantes su novedad. De esa forma, Maier (1994:9) concede la citada etiqueta a *la aplicación del Derecho penal a la solución de ciertos problemas de la vida de relación actual que, aun parcialmente existentes antes, han cobrado hoy inusitado vigor en el mundo* (subrayado es suplido)¹.

Sin embargo, no queda del todo claro el alcance de esa “novedad”. Al menos cabe preguntarse si la nueva incidencia ha de ser determinada en el plano normativo o en la dimensión factual: **a)** el juicio de adscripción a la categoría hace alusión a una conducta ahora tipificada por el legislador que antes no lo era, pese a su ocurrencia en la dinámica social cotidiana; o, por el contrario, **b)** referencia un comportamiento que en el pasado, de hecho, no ocurría.

En el primer supuesto es evidente un cambio en la matriz axiológica, puntualmente una nueva visión acerca de la relevancia jurídico penal de tal o cual dinámica. La proliferación de tipos relacionados con el medio am-

biente es uno de los ejemplos más palpables a ese respecto: sería de una candidez incuan- tificable pensar que solo cuando el congreso disvaloró –en una norma punitiva– los actos lesivos al ambiente fue cuando empezaron a ocurrir. Evidentemente, la criminalización por daños medioambientales responde a un nuevo paradigma en cuanto a la relevancia de los recursos naturales para el desarrollo humano.

Acerca del segundo supuesto, solo sería admisible en el tanto las condiciones contextuales de posibilidad (sociopolíticas y de desarrollo tecnológico) hayan presentado una variación que favorezca la aparición del comportamiento. En el caso de los delitos informáticos² era materialmente imposible su comisión hasta que no existieran los medios adecuados (hardware y software) de ejecución y consumación; incluso, en aquellos supuestos donde el bien jurídico finalmente protegido es uno tradicional como la propiedad (p.ej. Fraude Informático).

En otros términos, la configuración del Fraude Informático (artículo 217 del Código Penal) no podía darse, de hecho³, hasta que no existió un *sistema de cómputo* en el que se pudiera influir maliciosamente para obtener un beneficio patrimonial antijurídico. Ahora bien, no debe perderse de vista que aún en estos supuestos el régimen interpretativo juega un papel trascendental y, con ello, las estructuras mentales de los intérpretes autorizados se convierten en los protagonistas de la trama.

En su momento, la incorporación de los cajeros automáticos a la dinámica cotidiana de los sujetos supuso un cambio significativo en la obtención de efectivo; empero, las accio-

1 Madrigal (2005: 7) sugiere el elemento “novedad” refiriendo: surgen una serie de formas delictuosas, producto de nuevos intereses o realidades. [...] Los denominados delitos no convencionales, arrojan ciertas particularidades que antes no eran objeto de interés, ya sea por su falta de impacto, consideración o interés sociológico...

2 Para ahondar en el tema puede consultarse, entre otras, una de las primeras obras de doctrina nacional: Chinchilla, 2004.

3 En ese sentido, no se valora aquí siquiera su tipificación en la ley penal.

nes tendientes a sustraer dinero con el uso de la tarjeta y la clave de acceso (PIN) sin autorización del legítimo dueño fueron subsumidas en el tipo de hurto agravado por uso de llave verdadera *sustraída, hallada o retenida* (numeral 209 del Código Penal), sin que se considerara un delito no convencional; antes bien, el abordaje fue de un delito ordinario realizado con medios distintos⁴.

Valoración distinta operó con el uso de ese mismo instrumento –la tarjeta verdadera– por parte de un tercero no autorizado para realizar compras por internet: el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José⁵ considera que tal accionar se adecúa al tipo de Fraude Informático y, consecuentemente, se deduce que se está en presencia de un delito no convencional⁶.

De lo expuesto se desprende que el criterio de “novedad” tiene un efecto esclarecedor limitado; la polisemia del vocablo y la interpretación de los operadores (*law in action*) tornan líquido el objeto, pues precisar cuándo es verdaderamente innovadora una acción lesiva depende, en mucho, del interés que despierte en el legislador (fase de criminalización primaria) como del enfoque de los intérpretes autorizados.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que los delitos electorales no en-

cuadran en ninguno de los supuestos designados –en los párrafos anteriores– como “a” y “b”. En efecto, estas conductas no son de reciente incorporación en el Derecho Penal (exclusión de la hipótesis a.) y, tampoco, son acciones cuya aparición en la dinámica socio-cultural costarricense⁷ es exclusiva de un período histórico contemporáneo (exclusión de la hipótesis b.).

En el plano normativo, de un repaso por las diversas leyes electorales que ha tenido el país desde su independencia (1821) se encuentra una tradición de larga data en la criminalización de conductas; por ejemplo, la coacción a un ciudadano para que vote en favor de una determinada tendencia política ha sido sancionada con arresto, prisión o multa en varias normas que regulan el proceso electoral, así como el votar más de una vez en la misma elección.

Concretamente, el Decreto XXVIII de 1870, “Ley de elecciones para diputados a la asamblea constituyente”, establecía: *La persona que con amenazas, injurias, ó de hecho, compeliere á un ciudadano á que vote ó impidiere que lo haga, sufrirá una multa de veinticinco á cincuenta pesos; y si el acto se ejecutare en tumulto, la pena será doble, sufriendo, en este caso, además, hasta seis meses de arresto.* De igual modo, ese instrumento jurídico, sobre el segundo de los comportamientos mencionados en el párrafo anterior, prescribía: *El que en la misma votacion votare dos ó mas veces, en uno ó mas Distritos, incurrirá*

4 Sobre la postura jurisprudencial que consideró la tarjeta como llave véase la sentencia n.º 2006-00763 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, por sentencia n.º 2013-2596, consideró que tal ejercicio era una aplicación analógica de la ley penal y por ello contraria al principio de legalidad, calificando la sustracción de dinero de cajeros automáticos con la tarjeta y PIN verdaderos como hurto simple.

5 Ver sentencia n.º 2013-1627 de las 14:25 horas del 24 de julio de 2013.

6 La doctrina clasifica a los delitos informáticos como no convencionales, al respecto ver, entre otros, Bueno, 1994; Chinchilla, 2004; Correa, 1990; Maier, 1994; Salt, 1994; Romeo, 1995; y, Tellez, 1999.

7 En México, por ejemplo, se ubica la existencia de delitos electorales (en sus acepciones formal y material) desde *las primeras reglas electorales que se establecieron en el siglo XIX para elegir al Constituyente de Cádiz* (Díaz, 2013:49). De otra parte, en términos más globales, López (2010) refiere fraude electoral (como una de las manifestaciones de delincuencia electoral) desde finales del citado siglo.

en la pena de dos á seis meses de arresto.⁸

De otra parte, si se contrastan tales formulaciones jurídico penales con los actuales tipos de los artículos 272 a) y 279 del Código Electoral (C.E.) se puede concluir que, en esencia, se trata de la criminalización del mismo comportamiento, sea no existe nada de “novedoso” en castigar con pena privativa de libertad, el atentar contra la libre determinación del votante o sufragar más de una vez en una elección⁹.

Sobre esa línea histórica, y sin ser exhaustivos en la enumeración, vale señalar que en las respectivas leyes de elecciones de los años 1918, 1925 y 1927 (evidentemente también en el Código de 1953, vigente hasta 2009) el legislador previó capítulos exclusivos acerca de delitos electorales¹⁰. De esa suerte, si se adoptara la postura **a)** queda descartado, por completo, que los ilícitos electorales sean un fenómeno normativo contemporáneo (novedad en el plano legislativo).

Lo reseñado sería suficiente para excluir, a su vez, la novedad en el sentido pragmático (acepción **b)**: si se encuentran normas punitivas para conductas lesivas en el ámbito electoral en fuentes de la segunda mitad del siglo XIX, entonces se puede afirmar que, de hecho, tales acciones ocurrían. Es zona común en el foro jurídico reconocer el lento paso del Derecho frente a la expedita marcha del fenómeno social: la emisión de normas –principalmente leyes– suele ser reactiva, la regulación

viene posterior a la observación de un hecho social.

No obstante lo anterior, existen, además, estudios con evidencia empírica acerca de la ocurrencia de ese tipo de actos en los procesos electorales anteriores a la fundación de la II República. Por ejemplo, Molina & Lehoucq (1999: 27), refiriéndose al período entre 1901 y 1912, describían: *En el caso de las juntas, los cargos más graves, como excluir votantes, expulsar fiscales, permitir que una persona votara más de una vez [...] sí tuvieron más peso (19 de 43 infracciones)*¹¹.

En suma, si el criterio doctrinal para determinar la “no convencionalidad” de una figura delictiva estriba en su “novedad” (independientemente de cómo se entienda esta) debe afirmarse que los delitos electorales no cumplen con tal característica; como se dijo, han estado presentes en la dinámica sociopolítica costarricense desde sus inicios como Estado.

Ahora bien, “lo nuevo” de la acción no es el único rasgo señalado por la doctrina para distinguir la delincuencia convencional de otras formas lesivas relevantes para el Derecho Penal. Por no ser el centro de atención del estudio, no es oportuno un desarrollo exhaustivo de los parámetros diferenciadores, baste ceñirse a la clasificación (bastante sintetizada) realizada por Garro & Masís (2005).

En su investigación, los autores puntualizan seis “criterios diferenciadores”: violencia, estatus social del sujeto activo, tipificación en leyes especiales, *occupational crime*, relación con los negocios jurídicos y, finalmente, el bien jurídico supra-individual. Es claro que cada uno de esos criterios responde a una valoración distinta acerca de cuál es el elemento principal para decantar en la respuesta a la

8 Se mantiene la ortografía original con la que se publicó, en su momento, el decreto.

9 Similares regulaciones se encuentran, entre otras, en: Ley de Elecciones de 1918 (artículo 121); Ley de Elecciones de 1925 (artículo 85); Ley de Elecciones de 1927 (artículo 113); Código Electoral de 1953 (artículo 153 desde la versión original de la norma).

10 La denominación de este acápite de la ley electoral variaba entre los siguientes títulos: “delitos en materia de sufragio” (1918), “delitos contra la libertad política” (1925) y “delitos electorales” (1927).

11 Similares valoraciones hacen estos investigadores para los períodos 1913-1923, 1925-1938 y la cuarta década del siglo XX.

pregunta de si la conducta “x” debe ser considerada como un delito no convencional.

Una metodología sencilla por aplicar en las siguientes líneas será presentar la síntesis dogmática de Garro & Masís (2005) acerca de cada uno de los criterios y, con base en las previsiones normativas del C.E. y posibles acciones constitutivas de tales descripciones típicas que podrían ocurrir –o han ocurrido–, precisar si los delitos electorales, al menos para el caso costarricense, podrían considerarse no convencionales.

Acerca del primer criterio, *la diferencia esencial [...] radica en la ausencia de violencia al momento de la perpetración [...] y la inexistencia de daño físico directo en el sujeto pasivo* (Garro & Masís, 2005: 55); en otras palabras, en los delitos comunes se prevé la existencia de una agresión a la víctima con las consecuentes lesiones sobre esta. En sentido contrario, la delincuencia no tradicional tendrá un tono si se quiere pacífico, con escasos o nulos efectos perjudiciales para la integridad física.

En términos generales, las conductas típicas descritas en los numerales 271 a 278 y 280 del C.E. no suponen en –ni es necesaria para– su configuración la violencia en los actos de ejecución o consumación. No obstante, debe reconocerse que, eventualmente (sea en la práctica) algunas acciones susceptibles a ser subsumidas en tales figuras jurídico-penales sí pueden contener fuerza o violencia; por ejemplo, un miembro de una junta receptora de votos puede retener la documentación electoral¹² atrincherándose en el recinto de votación y, mediante uso de arma de fuego, intimidar al resto de integrantes de la junta.

Similar razonamiento hipotético puede hacerse con el tipo del artículo 272 inciso c) que sanciona el impedir a un miembro de jun-

ta receptora cumplir con sus funciones: esto puede lograrse con una privación de libertad en la que no medien actos agresivos pero, también, propinándole una golpiza al ciudadano para que no se presente a servir el cargo. Esa amplitud en las formas de comisión del delito se suscita, evidentemente, habida cuenta de la construcción abierta de los tipos, siendo uno de los más útiles para ilustrar la situación, el previsto en el inciso j) del referido numeral 272 que, en concreto, señala: *a quien realice cualquier maniobra tendiente a falsear el resultado de una elección* [se impondrá prisión de dos a seis años].

No obstante, el sufragar dos veces en la misma elección, recibir donaciones de personas a quienes les está vedado hacerlo, desmejorar el transporte el día de la elección, incurrir en falsedad en la hoja de adhesiones a una agrupación política o manipular el padrón electoral, son acciones que forman parte del *hardcore* de los tipos penales electorales, sin que para su efectiva consumación se requiera como elemento necesario –aunque en algunos contextos posible– el uso de violencia. Por ello, ha de afirmarse que la delincuencia electoral, *per se*, no es violenta, adecuándose a este criterio.

Mención diferenciada debe hacerse de la conducta descrita en el artículo 279 del C.E. Los actos contra la libre determinación del votante presuponen, desde el tipo objetivo a texto expreso –como una de sus modalidades– el uso de la violencia; así, en la citada norma se sanciona *a quien, por medio de [...] violencia y/o amenazas, trate de inducir o induzca a una persona a adherirse a una candidatura, a votar en determinado sentido o a abstenerse de hacerlo*. En una línea lógica, ese tipo base se ve agravado si es un patrono quien realiza *actos de coacción, violencia o amenazas* contra alguno de sus trabajadores.

12 Inciso b) del tipo del ordinal 272 del C.E.

Como puede apreciarse, sí se previó la violencia como elemento necesario (junto a las otras formas de presión) para constituir del tipo penal, de esa manera la construcción gramatical podría asemejarse más, en el criterio en comentario, a una propia de los delitos comunes: en este caso, puede visualizarse un isomorfismo entre el referido ilícito electoral y la “coacción” prevista en la sección de delitos contra la libertad de determinación del Código Penal. Pese a esto, no podría desconocerse el rasgo “pacífico” y sin efectos lesivos inmediatos contra posibles víctimas con que se distinguen los delitos electorales.

Sobre el segundo criterio –status del sujeto activo– el quid se encuentra en los elementos socioeconómico y cultural de quien lleva a cabo el hecho dañoso: la delincuencia no convencional es terreno exclusivo de personas con un alto nivel de ingreso económico y preparación académica superior. En su exposición, los autores de repetida cita –Garro & Masís, 2005– allende de la conceptualización del rasgo clasificador, deslegitiman su uso por guardar estrecha relación con un Derecho Penal de Autor¹³ y por la ocurrencia, en la práctica, de conductas constitutivas de delitos no tradicionales (como aquellos contra el medio ambiente) en los que participan personas de bajos niveles socioeconómico y educativo.

De acuerdo con la descripción de las líneas anteriores, los delitos no convencionales serían asemejables a la tipología “de cuello

blanco”, establecida por Sutherland con ocasión de la reunión de Sociedad Económica Americana en Filadelfia, 1939. Para el sociólogo norteamericano tal etiqueta *significa “respetado”, “socialmente adaptado y aprobado”, “que mira hacia arriba”* (1940), sea remite a la criminalidad de las clases altas en contraposición a la criminalidad de las clases bajas.

En ese tanto, ¿es dable hablar de una criminalidad de cuello blanco, cuando a delitos electorales nos referimos? La respuesta casi inmediata es “no”; si tomamos en consideración casos reales como el de una adulta mayor que sufragó en una junta en la que no se encontraba inscrita¹⁴ o, por citar otro ejemplo, la negativa de una ciudadana a entregar las llaves para la apertura del centro educativo donde se instalarían las juntas receptoras de votos¹⁵; se obtiene que las acciones constitutivas de los tipos penales electorales no requieren un especial status del sujeto activo. Cualquier ciudadano podría votar dos veces en la misma elección (inciso a) del art. 272 C.E.), un integrante de junta receptora sin mayor for-

14 Una adulta mayor se presenta a la junta receptora de votos en la que ha sufragado en los últimos cinco procesos electorales, los miembros de ese organismo electoral son, digámoslo coloquialmente, los mismos de siempre. La señora saluda atenta, como todos la conocen le entregan las respectivas papeletas, ella emite su voto y lo deposita en la urna; cuando se acerca a la mesa a firmar el padrón los miembros se dan cuenta que la electora no se encontraba inscrita en esa junta sino en la de al lado. Ante ello, los integrantes de ambos organismos electorales convienen de esta forma: la señora firmará el padrón en el que se encuentra registrada, los de la junta correcta “devolverán” una papeleta sin utilizar a la mesa donde se emitió erróneamente el voto y, en ambos padrones registro, se consignará la incidencia. Este cuadro fáctico corresponde, con algunas variaciones introducidas por el autor, al conocido por el TSE en la resolución n.º 1432-E7-2009.

15 Ver los apartados “Relación de hechos que se le atribuyen” y “Fundamentación de la petición” de la “solicitud de sobreseimiento definitivo” presentada por la Fiscalía de Golfito ante el Juzgado Penal de esa localidad, dentro del expediente n.º 11-001827-0455-PE.

13 Recuérdese la relación antagónica entre el Derecho Penal de Autor y el Derecho Penal de Acto. Este último característico de una política punitiva democrática, en la que la sanción es impuesta porque el sujeto activo ha cometido una lesión (o amenaza) a un bien jurídico de relevancia; en sentido contrario, la persecución penal de los sujetos por su apariencia, costumbres y hábitos, constituye el *cuore* de la primera categoría –Derecho Penal de Autor–. Para una sintética explicación sobre estas corrientes ver, entre otros, Zaffaroni (1998:185 t.III).

mación podría retener documentación electoral (inciso b) art. 271 C.E.), una persona no necesita tener un alto ingreso económico para hacerse pasar por un fiscal (inciso c) art. 271 C.E.) o para signar fraudulentamente una hoja de adhesión (art. 280 C.E.).

Nuevamente, debe hacerse una excepción. En los ilícitos electorales relacionados con el financiamiento de las agrupaciones políticas, el componente “status social alto” puede estar presente: la adquisición de bonos de cesión de derechos de contribución estatal podría encubrir donaciones prohibidas y, para ello, es necesaria una importante capacidad económica. Si el histórico de apoyo electoral de una agrupación evidencia que, en promedio, ha obtenido reembolso de gasto para cubrir la totalidad de la serie A y, en algunos procesos, la serie B, pero aparece una sociedad anónima nacional comprando bonos de las series C y D por altas sumas, es un elemento indiciario para suponer la evasión de una prohibición que, además, está sancionada con pena privativa de libertad. En efecto, las personas jurídicas no pueden realizar donaciones a los partidos políticos, empero, no existe óbice para la adquisición de un instrumento de cesión¹⁶.

A partir de la “interpretación conforme” realizada por la Sala Constitucional, en sentencia n.º 2013-015343, la hipótesis antes descrita se torna en imposible pues, según se consideró, la cesión de estos certificados solo puede hacerse en favor de entidades del Sistema Bancario Nacional; no obstante, antes de ese pronunciamiento situaciones similares a la expuesta se dieron¹⁷. De todas formas, el su-

puesto puede adaptarse y mantener su vigencia: piénsese en un medio de comunicación que admita como forma de pago para *spots* publicitarios certificados de serie C cuando el pasado electoral arroja que la agrupación solo ha podido redimir bonos serie A¹⁸.

En conclusión, los delitos electorales por financiamiento partidario anómalo sí pueden asemejarse a los de cuello blanco, siempre y cuando se refiera a grandes aportaciones o intereses subrepticios en aportar a los actores políticos¹⁹. Es palpable que si un extranjero deposita una única vez \$75 a la cuenta de una agrupación política se configura la conducta descrita en el inciso b) del artículo 274 del C.E., mas ese tipo de excepciones (la regla en las aportaciones ilegales es que son a gran escala²⁰) no tienen la virtud de jalonear la clasificación hacia los delitos comunes.

Ahora bien, en cuanto al tercer criterio – tipificación en leyes especiales– debe denunciarse su naturaleza formal. En esencia, una conducta delictiva será no convencional si está sancionada en una fuente normativa distinta al Código Penal (o su equivalente), sea en si el tipo se encuentra en una ley especial.

En cuanto a los delitos electorales, en la región Latinoamericana, no se tiene un patrón acerca de su inclusión o no en la ley penal sustantiva de los ordenamientos, aunque sí se muestra una tendencia a la regulación en leyes especiales, primordialmente en los códigos electorales nacionales. Guerrero (2004) muestra que de nueve casos estudiados²¹, solo dos

16 Para ampliar sobre usos inadecuados de los certificados de cesión de contribución del Estado ver, entre otros, el artículo de Valverde, 2011.

17 Un ejemplo de esto se denota en la noticia “Fiscalía investiga compra de bonos de Stockwell al Libertario”, en periódico La Nación, sección El País, edición del 24 de mayo de 2011. En línea.

18 El uso de los certificados de cesión como medio de pago a medios de comunicación colectiva.

19 Sobre este tópico Casas & Zovatto (2011) señalan: *las contribuciones privadas no sólo pueden afectar los procesos democráticos por los intercambios corruptos a los que efectivamente dan lugar, sino también por la apariencia de corrupción que con frecuencia generan.*

20 Se pueden consultar los elocuentes ejemplos dados por Casas & Zovatto (2011).

21 Se analizan las legislaciones de Argentina, Bolivia,

países contienen la normativa electoral sancionatoria en los respectivos códigos penales.

Aunado a ello, un sector importante de la doctrina (entre otros, Cruz, 2013; Martínez, 2003; Altés 1999; y, Gómez, 1939) reconoce que, por las particularidades del fenómeno electoral –principalmente las incidencias propias de un proceso electoral²²– estos ilícitos deben tipificarse en leyes penales especiales. Incluso, Acosta y López (1990) en su análisis del caso mexicano consideran que, pese a estar en el Código Penal Federal, los delitos electorales deben ser considerados especiales y, sobre esa línea, Martínez (2003) califica de “error” incluir en la legislación penal ordinaria los actos lesivos al régimen electoral.

En el caso de Costa Rica, los delitos electorales se encuentran en la ley electoral con lo que, sin mayor análisis, se adscribirían al criterio de ley especial. Sin embargo, como se anunció desde el inicio, esta categorización resulta estéril: piénsese en la portación ilegal de arma permitida o en el incumplimiento de una medida de protección, en ambos casos, los tipos penales se encuentran previstos en instrumentos normativos distintos al Código Penal; cabe cuestionarse entonces: ¿por solo esa situación incidental se convierten en no convencionales?

Vale decir entonces que la simple inclusión o no en la fuente normativa tradicional no aporta mayores elementos de juicio, máxime cuando, como lo señalan los autores citados supra, la especialidad de la conducta es lo que justifica su previsión en una ley distinta al Código Penal y no a la inversa.

El “*occupational crime*”, como siguien-

te criterio por analizar, sugiere que es el rol del sujeto activo dentro de una determinada organización, lo importante para definir la no convencionalidad de una acción dañosa. El agente puede llevar a cabo el delito por la posición y facilidades que le brinda su posición a lo interno de una estructura, por lo general, económica. Desde ese ángulo, es dable alternar esta etiqueta con los delitos especiales propios, pues en estos *la calidad personal constitutiva de la infracción fundamenta la punibilidad en el autor, que debe tener la cualidad requerida en la ley* (Castillo, 2008:383).

Al aplicar ese criterio a los tipos penales electorales costarricenses no se logra una postura concluyente, al menos en un sentido global. De una ponderación exclusivamente cuantitativa, se extrae que el legislador construyó los citados tipos de forma tal que algunos requieren una especial característica personal del autor, y otros, por el contrario, presentan una formulación con sujeto activo genérico.

La punibilidad de actuaciones incorrectas de miembros de juntas receptoras de votos, los ilícitos sobre la recepción de contribuciones privadas ilegales, los delitos relacionados con las tesorerías de los partidos políticos, la desmejora del servicio de transporte el día de la elección por parte del concesionario o permisionario, la manipulación maliciosa del padrón por parte de funcionarios electorales y la alteración de las publicaciones del TSE²³; son las conductas disvaloradas en las que, para su configuración, se requiere un elemento personal distintivo del imputado.

A la inversa, casi la totalidad de supuestos criminalizados en el ordinal 272 del C.E., el tipo base acerca de la recaudación desautorizada de fondos, las contribuciones privadas prohibidas, el tipo base de la coacción en demerito de

Costa Rica, México, Nicaragua, Paraguay Perú, Colombia y República Dominicana.

22 Altés (1999) y Gómez (1939) residencian en el factor “temporal” la particularidad de los delitos electorales; empero, para el caso costarricense la posible comisión de una conducta lesiva a un bien jurídico de relevancia electoral no está mediado por los tiempos de campaña.

23 Ordinales 271 (mayoría de incisivos), 275, 276, 277, 278 y 281, respectivamente, del C.E.

la libre determinación del votante y la falsedad en la hoja de adhesión a los partidos políticos²⁴; son conductas que se castigan independientemente de si el autor tiene una condición personal o no. De hecho, en esas figuras el sujeto activo se presenta como “a quien...”.

Así las cosas, el criterio por “*occupational crime*” no es concluyente a fin de determinar si la delincuencia electoral es no convencional.

Más breve, el siguiente criterio –relación con los negocios jurídicos– prescribe que *los delitos no convencionales se cometen con ocasión de determinados negocios jurídicos relacionados con la transmisión y afectación de bienes patrimoniales* (Garro & Masís, 2005: 57). En ese tanto solo cabría categorizar dentro de esta etiqueta los ilícitos electorales relacionados con el financiamiento de partidos políticos (artículos 273 a 276 del C.E.), siendo esta una visión reduccionista y muy parcializada de la delincuencia electoral. Ciertamente, ese tipo de transgresiones –las propias de los aportes privados a las agrupaciones políticas– son las más visibilizadas y, por ende, las mayormente conocidas y reprochadas por el colectivo social, pero no por ello el resto de conductas tipificadas dejan automáticamente de formar parte del catálogo de delitos electorales (acepción formal).

Por último, se estudia el criterio del “bien jurídico supra-individual”. En este caso el elemento determinante viene dado porque la norma jurídico-penal no convencional tutela intereses que trascienden a las personas en su dimensión individual para, entonces, privilegiar la protección de intereses colectivos tales como el patrimonio o el orden público (Garro & Masís, 2005: 57).

Se comparte la idea que subyace al planteamiento de Patiño (2006) en cuanto a

la posibilidad de determinar un bien jurídico protegido por cada uno de los tipos penales electorales de la legislación, además de la existencia de un bien –si se quiere genérico– que comparten tangencialmente esas previsiones normativas. Sobre el punto, el citado autor señala: [referido al Código Penal mexicano] *en mi concepto, el análisis [...] permite precisar cuál es el bien jurídico tutelado por cada uno de los delitos electorales así como el bien jurídico tutelados por todos los delitos electorales* (p.822). Con base en lo anterior, para fines de la clasificación no importan las especificidades de cada descripción por artículo, basta la identificación de un bien general que compartan las conductas sobre este tópico.

El proceso electivo en sí mismo, su pureza y transparencia, han sido los bienes jurídicos que, entre quienes han escrito sobre el tema, califican como el interés protegido a través de las figuras penales electorales (entre otros, Cruz, 2013 y Altés, 1999), siendo incluso más abstracto en su planteamiento Patiño (2006: 23-24) al indicar: *el legislador procuró proteger a través de las disposiciones que confirman al título vigésimo cuarto en su integridad [apartado del Código Penal mexicano que regula estas conductas] es el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas*.

Para el caso costarricense, puntualmente, el bien jurídico protegido se puede deducir del numeral 95 de la Constitución Política pues, en concreto, se dispone que el legislador *regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con garantías efectivas de libertad, orden y pureza* (inciso 3). En síntesis, es dable afirmar que el bien jurídico protegido a través de los delitos electorales lo supone *la pureza del sufragio*, definición coherente con la doctrina mexicana y española referida.

24 Numerales 273, 274, 279 y 280, respectivamente, del C.E.

De esa forma, nuestro medio opta también por una fórmula abstracta en cuanto al interés que, entre otras vías, se protege a través de la criminalización de conductas lesivas al régimen electoral. Por ello, es posible hablar de un bien protegido de carácter supra-individual o colectivo; la eventual afectación o puesta en peligro de la pureza del sufragio no tiene una víctima concreta, o sea el sujeto pasivo del delito se difumina entre toda la colectividad en su conjunto.

Si se enumeran los tres principales efectos del sufragio electivo (a. producir representación; b. producir gobierno; y, c. ofrecer legitimación²⁵) es fácilmente entendible cómo la celebración de procesos electorales diáfanos y confiables se constituye en condición necesaria para dar estabilidad al sistema (colectividad aglutinada en un concepto totalizante²⁶). En otros términos, a partir de la metáfora organicista ha de afirmarse que la buena marcha de los actos de designación popular de los gobernantes produce una consolidación de las democracias y, con ello, la satisfacción de un ideal republicano (valoración positiva consensuada) en el que la mayoría de las personas toma una determinación acerca de quiénes habrán de ocupar los altos puestos del Estado, y esa decisión es respetada por los agentes institucionales.

En sentido contrario, las acciones contrarias a esa pureza provocan efectos adversos a la cohesión y estabilidad sociales, siendo imperioso desincentivarlas y, en caso de ocurrir, castigarlas. Lo controvertido —a través de un delito de esta naturaleza— es una suerte de aspiración axiológica común y no el interés individual de un sujeto concreto.

Evidentemente, se presentan en la legislación casos particulares que podrían cuestionar la existencia de un bien jurídico supra-individual. El tipo relacionado con transgresiones a la libre determinación del votante, para ilustrar, tiene una víctima concreta: el ciudadano cuyo derecho de elegir sin presiones fue coartado; empero, en este supuesto lo concreto es el bien jurídico tutelado en el tipo específico, sin que por ello se demerite el referenciado interés de protección a un bien general (la pureza del sufragio).

En una palabra, los delitos electorales presentan como común denominador la protección a un bien jurídico de naturaleza supra-individual, lo que —en términos de este último criterio— llevaría a considerarlos no convencionales.

Corolario. Los delitos electorales no son novedosos (en ninguna de las acepciones de este término), sus formas tradicionales de comisión no implican —como elemento necesario— el uso de violencia, ni tampoco es esperable (ni requerido por los tipos) que su autor sea un sujeto de alto status. De otra parte, pese a estar criminalizadas —estas conductas— fuera del Código Penal, no encuadran dentro de la categorización de *occupational crimes* ni ocurren con ocasión de negocios jurídicos específicos; empero, sí tutelan un bien jurídico de naturaleza supra-individual.

Es claro que la ubicación a partir de los criterios expuestos arroja un empate: se determina que los ilícitos electorales pueden ser considerados como “no convencionales” desde el punto de vista de tres clasificaciones y, por el contrario, no cumplen el rasgo de adscripción de la tripleta restante. Sin embargo, su especificidad deviene de un fundamento meta-jurídico; concretamente su singularidad es propia de la dinámica política (Cruz, 2013:25), comúnmente dejada de lado por el operador jurídico penal.

25 Ver entrada “sufragio” en Diccionario Electoral de CAPEL (2000).

26 Sobre los bemoles de los conceptos totalizantes ver Salas, 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, M. y López, E. (1990). *Delitos Especiales*, México: Porrúa.
- Altés, M. (1999). "El delito Electoral". *Anuario de Derecho Parlamentario* n.º 8 Ed. Corts Valencianes.
- Bueno, F. (1994). El delito informático. En: *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 11, abril de 1994.
- Casas, K. y Zovatto D. (2011). Para llegar a tiempo: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*, (12): en línea.
- Castillo, F. (2008). *Derecho Penal Parte General*. 3 Tomos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Chinchilla, C. (2004). *Delitos informáticos: elementos básicos para identificarlos y su aplicación*. San José, Costa Rica: Farben Grupo Editorial Norma.
- Código Electoral. República de Costa Rica. Ley n.º 8765 del 19 de agosto del 2009.
- Código Electoral. República de Costa Rica. Ley n.º 1536 del 10 de diciembre de 1952.
- Compendio de leyes y otras normas electorales. Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED). Sin editar. San José, Costa Rica: Tribunal Supremo de Elecciones.
- Constitución Política de la República de Costa Rica (2005). San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Correa, C. (1990). *El Derecho Informático en América Latina*. En *Derecho y Tecnología Informática*. Bogotá: Temis.
- Cruz, M. (2013). La protección penal del Derecho al sufragio. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. En línea.
- Díaz, H. (2013). Reflexiones sobre los delitos electorales y la FEPADE a partir de la alternancia política (2000 al 2012). En: *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n.º 3. México: UNAM. En línea.
- Diccionario electoral (2000). Tomos I y II, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Expediente judicial n.º 11-001827-0455-PE.
- "Fiscalía investiga compra de bonos de Stockwell al Libertario", en periódico *La Nación*, sección *El País*, edición del 24 de mayo de 2011. En línea.
- Garro, G. y Masís, A. (2005). *Abordaje de los delitos no convencionales relacionados con narcotráfico, robo de vehículos y corrupción, como prioridad en la política de persecución del Ministerio Público*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

- Gómez, E. (1939). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Compañía Argentina de Editores, t. III.
- Guerrero, A. (2004). El Delito Electoral en Latinoamérica. En: Revista Con-ciencia política, v.1, n.º 7. México: Editorial Colegio de Veracruz. En línea.
- López, R. (2010). El Fraude Electoral en las Democracias Emergentes: Conceptos Básicos para una Evaluación. Serie Blanca de Artículos: IFES.
- Madrigal, R. (2005). Reflexiones sobre delincuencia no tradicional. Costa Rica: Editorial Universidad J.W. Goethe Ltda.
- Maier, J. comp. (1994). Delitos no convencionales. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez, E. (2003). Derecho penal electoral: un planteamiento de derecho penal especial y criminología crítica. Revista Mexicana de Justicia. México, DF. n.º 5.
- Molina, I. y Lehoucq, F. (1999). Urnas de lo inesperado: fraude electoral y lucha política en Costa Rica: 1901-1948. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- Patiño, J. (2006). Nuevo Derecho Electoral Mexicano. 8va edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, DF.
- Romeo, C. (1995). Los llamados delitos informáticos. En: Revista de Informática y Derecho. Extremadura, Mérida: UNED.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia n.º 2013-015343.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia n.º 2006-00763.
- Salas, M. (2013). Yo me engaño, tú te engañas, el se... 2^{da} edición. San José: ISOLMA.
- Salt, M. (1994). Delitos informáticos de carácter económico. En: Delitos no convencionales. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sutherland, E. (1940). Criminalidad de Cuello Blanco. En: American Sociological Review, vol. 5, n.º 1. Estados Unidos de Norteamérica. En línea.
- Tellez, J. (1999). Los Delitos informáticos. Editorial Temis.
- Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia n.º 2013-2596.
- Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia n.º 2013-1627.
- Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica. Sentencia n.º 1432-E7-2009.
- Valverde, G. (2011). Certificados de cesión: algunas consideraciones sobre esta controvertida fuente de financiamiento partidario. En: Revista de Derecho Electoral, (12): en línea.
- Zaffaroni, E. (1998). Tratado de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A.



"El rincón de las historias". Óleo sobre tela del Pintor Carlos Salazar Ramírez