


ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES
COSTA RICA


Editorial Jurídica Continental

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MARZO 2017

AÑO 27, N° 31

ISSN 1409-0643

DOCTRINA EXTRANJERA

- Modos de valoración de las pruebas y tipos de razonamientos

Juan Igartua Salaverría

- ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?

Alberto M. Binder

- Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero

Eduardo Demetrio Crespo

- Danilo Rivero García: ni germanófilo, ni estratosférico

Oswaldo Manuel Álvarez Torres

DOCTRINA NACIONAL

- Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho Internacional. Algunas puntualizaciones para contribuir al debate de la nueva Iniciativa Legislativa

Jorge Arturo Ulloa Cordero

María José Araya Álvarez

- Apuntes sobre la perspectiva de género en Derecho Penal

Alonso Salazar

- Desvalor de acción y desvalor de resultado

Alberto Alpizar

- Política criminal, dogmática penal y principios del Estado Democrático y Social de Derecho:

El impacto del Derecho Penal Moderno y el Derecho Penal del enemigo

Diana Montero Montero

- ¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?

Francisco Sánchez Fallas

- Reflexiones sobre algunos contenidos de la Justicia Penal Electoral Costarricense

Andrei Cambroner Torres



CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MARZO 2017

AÑO 27, N° 31

ISSN 1409-0643



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

COSTA RICA



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

Daniel González Álvarez, Director
Martín Rodríguez Miranda, Subdirector

CONSEJO EDITORIAL

David Fallas Redondo
Natalia Gamboa Sánchez
Javier Llobet Rodríguez
Patricia Vargas González
Alberto Alpízar Chaves
Rosaura Chinchilla Calderón
Yamura Valenciano Jimenez

DIRECCION POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores
San José , Costa Rica
Tel/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. Alberto Binder | Argentina |
| Dr. Julio B.J. Maier | Argentina |
| Dr. Raúl Zaffaroni | Argentina |
| Dr. Alejandro Colanzi Z. | Bolivia |
| Dra. Ada Pellegrini Grinover | Brasil |
| Dr. Juarez Tavarez | Brasil |
| Dra. Teresa Armenta Deu | España |
| Dr. José María Asencio Mellado | España |
| Dr. Manuel Atienza Rodríguez | España |
| Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre | España |
| Dr. Vicente Gimeno Sendra | España |
| Dr. Juan Luis Gómez Colomer | España |
| Dr. Juan Igartúa Salavería | España |
| Dra. Eelena Larrauri Pijan | España |
| Dra. Carolina Sanchis Crespo | España |
| Dr. José Ignacio Rivera Beiras | España |
| Dra. Teresa Rodríguez Montañés | España |
| Dra. Laura Zúñiga Rodríguez | España |
| Dr. Luigi Ferrajoli | Italia |
| Dr. Daniel Gonzalo Fernández | Uruguay |



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

***JUNTA DIRECTIVA
ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES
2015-2017***

David Fallas Redondo, Presidente

José Luis Campos Vargas, Vicepresidente

María Daniela Fallas Marín, Secretaria

Martín Rodríguez Miranda, Tesorero

Daniela Salas Peña, Vocal

Roy Murillo Rodríguez, 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: Acrílico del pintor Gerardo González Álvarez

***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 | 11 |
| DOCTRINA EXTRANJERA | |
| 1. Modos de valoración de las pruebas y tipos de razonamientos <i>Juan Igartua Salaverría</i> | 15 |
| 2. ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial? <i>Alberto M. Binder</i> | 31 |
| 3. Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> | 53 |
| 4. Danilo Rivero García: ni germanófilo, ni estratosférico <i>Oswaldo Manuel Álvarez Torres</i> | 69 |
| DOCTRINA NACIONAL | |
| 5. Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho Internacional Algunas puntualizaciones para contribuir al debate de la nueva Iniciativa Legislativa <i>Jorge Arturo Ulloa Cordero</i> <i>María José Araya Álvarez</i> | 79 |
| 6. Apuntes sobre la perspectiva de género en Derecho Penal <i>Alonso Salazar</i> | 111 |
| 7. Desvalor de acción y desvalor de resultado <i>Alberto Alpizar</i> | 133 |
| 8. Política criminal, dogmática penal y principios del Estado Democrático y Social de Derecho: El impacto del Derecho Penal Moderno y el Derecho Penal del enemigo <i>Diana Montero Montero</i> | 163 |
| 9. ¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación? <i>Francisco Sánchez Fallas</i> | 183 |

**10. Reflexiones sobre algunos contenidos
de la Justicia Penal Electoral costarricense**

Andrei Cambronero Torres..... 193

JURISPRUDENCIA PENAL 2016

Martín Alfonso Rodríguez Miranda.....215

EDITORIAL

PLAZOS PARA LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Cumplir con el principio de justicia pronta, previsto en nuestra Constitución Política como una garantía fundamental de los ciudadanos, ha sido una de las principales aspiraciones de nuestro sistema de justicia penal.

Para tales propósitos el Código Procesal Penal establece plazos de prescripción para el ejercicio de la acción penal, y plazos máximos para mantener a una persona imputada de delito bajo el régimen de prisión preventiva, durante la tramitación del procedimiento.

Dichos plazos pretenden evitar que una persona se mantenga permanentemente en investigación, o bien permanezca irrazonablemente detenida mientras se tramita el proceso penal. Estos aspectos no han sido suficientes porque no han impedido que en muchos casos, en especial cuando el imputado no está detenido, el trámite del procedimiento penal se prolongue durante años, motivo por el cual afirmemos que el principio de justicia pronta ha sido sólo una aspiración que en una buena cantidad de casos no llega a cumplirse.

Tal es la preocupación que de reciente ha surgido una iniciativa dirigida a instaurar plazos concretos de duración para el trámite del procedimiento penal en cada una de sus etapas. Al respecto nos parece importante que la duración de los procesos constituya una preocupación constante de nuestro sistema de justicia penal, y que de siempre se mantenga una actitud dirigida a brindar un servicio de justicia cada día más expedito, sin violentar los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en el conflicto penal.

Pero debemos reconocer que el problema es bastante complejo y que la tardanza del procedimiento penal tiene diversas causas, obedece a cuestiones estructurales y a múltiples circunstancias, dentro de las cuales podemos ubicar situaciones en las que están involucrados los cuatro principales sujetos que intervienen en el proceso penal.

Por un lado la Policía Judicial y el Ministerio Público no siempre cuentan con los recursos técnicos financieros, tecnológicos y humanos suficientes para enfrentar con la debida prontitud y diligencia los retos que lanza la criminalidad, y nos referimos no a la que provoca mayor preocupación ciudadana por la seguridad en las calles, sino también y principalmente a la delincuencia organizada y a la criminalidad no convencional, tanto en la esfera privada como en la esfera pública, que cometen delitos muy complejos que requieren de muchos esfuerzos profesionales para comprenderlos, darles seguimiento y someterlos a proceso, con pruebas científicas obtenidas legalmente, que soporten todos los escrutinios de constitucionalidad a los que sean sometidos, para obtener una justicia respetuosa de las garantías y los derechos fundamentales. Esto provoca que muchos casos no sean atendidos o haya pocos recursos para atenderlos de manera pronta y adecuada.

Por otro lado, debemos reconocer que gran parte de las estrategias de litigación de la propia defensa consiste en alargar lo más posible los procedimientos, con el objeto de obtener beneficios por el transcurso del tiempo, como

por ejemplo prescripciones y caducidades, o simplemente bajar el interés y la motivación de los testigos y víctimas en la persecución penal. Y, finalmente, también debemos reconocer la necesidad de reestructurar la organización y el funcionamiento del Despacho Judicial, tanto de los Juzgados que intervienen en las etapas de investigación e intermedia, como la de los Tribunales de Juicio, quienes por causas de muy diverso género no brindan un servicio expedito en la programación de audiencias y en el trámite de los procesos.

Para atacar el retardo la iniciativa pretende fijarle determinados plazos a cada una de las etapas del procedimiento, pero difícilmente se obtendrán buenos resultados si no se atienden las diversas causas que provocan

los atrasos en la justicia penal.

Por otro lado, el reducir los plazos para la investigación podría dificultar aún más llevar a juicio los delitos complejos, aquella criminalidad no tradicional que por medio del abuso del poder público o del poder privado, logran utilizar mecanismos delictivos muy lesivos para los ciudadanos en general, pero de muy difícil seguimiento y de muy lenta persecución, porque para perseguir delitos tradicionales, aquellos que cometen la mayoría de la población menos favorecida, siempre habrá suficiente plazo, pues sus formas de operar son más simples y fáciles de investigar, y también porque a ellos se dedican la mayoría de los esfuerzos de nuestro sistema penal, en especial el procedimiento de flagrancia.

DOCTRINA EXTRANJERA

MODOS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS Y TIPOS DE RAZONAMIENTO

Juan Igartua Salaverría

Universidad del País Vasco (España)

- **Resumen:** El presente artículo se enfoca en la “motivación” en dos escenarios. Un primer escenario como lo es la doctrina jurídica, y un segundo escenario, como lo es la práctica jurisdiccional. La motivación está relacionada a la valoración de las pruebas, ya que ésta es obligatoria, por lo que el juez debe valorar la prueba según dos modelos. El primero es la “íntima convicción” y el segundo es “la sana crítica”.
- **Palabras clave:** motivación, pruebas, Derecho Penal, sana crítica, íntima convicción, sistema jurídico.
- **Abstract:** This article focuses on "motivation" in two scenerios. The first scenario is the legal doctrine, and the second scenario is the jurisdictional practice. The motivation is related to the evaluation of the evidence, since this is mandatory, reason why the judge must evaluate the evidence according to two models. The first is the "intimate conviction" and the second one is "soundcriticism".
- **Keywords:** motivation, evidence, criminal law, soundcriticism, intimate conviction, legal system.

En relativo y discutido paralelismo con la célebre distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación” (IGARTUA), hay –como bien se sabe- dos concepciones de la “motivación” que se disputan el protagonismo en la escena de la doctrina jurídica y, de rebote, también en la de la práctica jurisdiccional (o, al revés, primero en los tribunales y luego en libros y revistas). La primera centra su atención en el *juez* (marcándose como objetivo describir el itinerario decisional recorrido por aquél); la segunda pone el foco sobre la *decisión* en sí misma (con objeto de argumentar por qué ésta y no otra es la correcta).

Ambos conceptos de “motivación” están respectivamente conectados –en lo que respecta a la valoración de las pruebas- con las dos diferentes matrices de la “libre valoración” (“íntima convicción” y “reglas de la sana crítica”).

Cuando se introdujo la obligación de motivación, ésta aparecía como un requisito a añadir a los ya existentes pero quedando éstos intactos, debiendo acomodarse aquélla al cuadro en el que se insertaba.

Entonces, si el juez tiene que motivar la valoración de la prueba y tal valoración consiste (según el modelo de la “íntima convicción”, sobre el que volveré más adelante) en la *impresión* -no sujeta a ninguna regla- que le han producido, en la *sinceridad* de su conciencia, las pruebas de la acusación y los medios de la defensa, ¿en qué otra cosa puede residir la motivación sino en *exteriorizar* o verbalizar con similar *sinceridad* la impresión producida por las pruebas (de la acusación) y las contrapruebas (de la defensa)? Y como en ese examen sincero realizado en el silencio y el recogimiento, no sujeto a ninguna regla, intervendrán seguramente innumerables elementos, además de heterogénea laya (racionales, emotivos, personales, etc.) y encima relacionados mediante un sinnúmero de oscuras co-

nexiones, será imposible volcar todo ello hacia el exterior; por lo que constituye una quimera exigir una exteriorización exhaustiva de tan inabarcable y variopinto material.

Muy otra es la naturaleza de la motivación en un marco probatorio presidido por la obligada sujeción, en la valoración de las pruebas, a criterios racionales respaldados por las “reglas de la sana crítica”. La motivación cumple, sobremanera, la función de garantizar que la valoración efectuada de las pruebas (que dan pie a la relación de hechos probados y/o hechos no-probados) responde a requisitos dimanantes de las “reglas de la sana crítica”, tanto en lo que respecta a la valoración racional asignada a las distintas pruebas como al grado de apoyo racional del sustento que procuran todas ellas conjuntamente a los hechos que deben probarse. En esta impostación, lo único que cuenta, por tanto, es mostrar que la valoración de las pruebas efectuada satisface el test de racionalidad prescrito por las reglas de la sana crítica. Por consiguiente, la valía de los criterios valorativos expuestos, al ser objetivos -o intersubjetivos al menos- y no de índole personal, reside en ellos mismos; resultando extemporánea por tanto cualquier referencia a la “sinceridad” del juzgador. Y, en la misma sintonía, la “suficiencia” de la motivación (asunto que los partidarios de “la motivación como exteriorización” manejan con indisimulada laxitud y -a menudo- tolerancia con motivaciones manifiestamente insuficientes), adquiere en este nuevo contexto un significado distinto y determinado (la suficiencia de la motivación no se mide por referencia al proceso mental recorrido por juez sino a la decisión probatoria; y es la justificación de ésta la que determinará si la motivación aportada resulta suficiente o no).

Pero por claro que todo esto parezca, la situación se enturbia cuando un mismo sistema jurídico parece jugar en ocasiones a una carta (la de la “íntima convicción”) y a veces a otra

(la encabezada por las “reglas de la sana crítica”), cada una de las cuales condiciona tanto la *exigencia* como la *hechura* de la motivación.

1. Estrabismos legislativos

Salta a la vista que la legislación procesal española padece de estrabismo (o bizqueo, porque sus dos ojos miran en distinta dirección). Así, mientras que los jurados están obligados a ofrecer en su veredicto “una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”(art. 61.1 *Ley del Jurado*), el Legislador se muestra mucho más complaciente con los jueces profesionales, en cuyas sentencias -cfr. art. 142 de la española *Ley de Enjuiciamiento Criminal*- bastará la “declaración expresa y terminante de los (hechos) que se estimen probados”; por tanto, hechos huérfanos de cualquier sustento racional los unos (los probados) y absolutamente condenados al ostracismo los otros (los no-probados).

Ahora bien, no se vea en ello una de esas paradojas accidentales con las que ocasionalmente nos sorprende el Legislador, ni tampoco una mera diferencia cuantitativa entre los requerimientos destinados a unos (los jurados) y a otros (los jueces). No; al Legislador no se le ha ido la mano con los unos exigiéndoles más que a los otros, sino ha manejado modelos de motivación constitutivamente distintos en ambas situaciones.

Y como el modo de configurar la motivación suele ser un trasunto de la manera de concebir la valoración de la prueba, dedúcese de ahí que nuestra legislación procesal penal, en concordancia con los dos diversos tipos de motivación ya señalados, ha instaurado también dos dispares concepciones de valoración de las pruebas (a las que, anticipadamente, calificaremos de “romántica” y “racionalista”); en cuya comprobación la referencia al jurado

seguirá siendo pertinente para tirar del hilo (cfr. AMODIO).

A. El jurado francés pretendió tomar como modelo al jurado inglés, en el que algunos ciudadanos extraídos por sorteo dictaban un veredicto inmotivado sin la participación de jueces profesionales. Pero en la cultura inglesa a nadie se le pasó por la cabeza modelar el veredicto del jurado como una decisión alentada por impulsos emotivos e irracionales (por mucho que no estuviera acompañada de ninguna motivación) dado el racionalismo de cuño empirista imperante en aquel entorno geográfico. Entre los juristas, incluso, dominaba una teoría del sentido común basada en el empirismo de Locke y que se nutría de categorías como “observación”, “experiencia” y “experimentación”. El pensamiento dominante era, por tanto, el de un “racionalismo optimista” que se manifestaba en la cotidianeidad de las personas que gestionan negocios y que, también en la administración de justicia, tendía a alcanzar decisiones acordes con la exigencia de la verdad.

Sin embargo, el conocimiento que del jurado inglés tuvieron Montesquieu y compañía (*les philosophes*) era de segunda mano (lo conocían a través de un tratado de Blackstone, mayormente). Y lo cocinaron en la salsa de una antropología “romántica” que exaltaba el “buen sentido” y la “humanidad” de los ciudadanos comunes.

De ese modo se comprende la famosa fórmula, en las instrucciones leídas a los jurados franceses (art. 342 *Code d’instruction criminelle*), que decía: “La ley no pide cuentas a los jurados sobre los *medios* que les han convencido. La ley no les prescribe *ninguna regla* de la que deba depender la prueba plena y suficiente. La ley les pide que *se interroguen a sí mismos en el silencio y el recogimiento*, y que examinen, en la *sinceridad de su conciencia*, qué *impresión* han producido sobre su razón

las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley les propone esta sola pregunta, que resume toda la medida de sus obligaciones: ¿tenéis la íntima convicción de la culpabilidad o inocencia del acusado?”.

Resulta palmaria la abolición de todo nexo lógico y jurídico entre prueba y convencimiento, el cual deriva únicamente de la “impresión” producida por lo acontecido en el juicio. La prueba no tiene valor de por sí, sino por lo que suscita en la “conciencia” de los jurados. Además, el examen de conciencia realizado “en el silencio y el recogimiento” es por su naturaleza un examen de cada jurado individual, no la valoración de un grupo de jueces legos que deliberan tras haber discutido; o sea: es intrínsecamente solipsista. Nos encontramos, en suma, en el marco de una epistemología “romántica”. Y no sobra reiterar que ese modelo de la “íntima convicción” es, como ya se apuntó, el fruto de una falacia histórico-comparativa explicable por los malentendidos sobre el funcionamiento del jurado inglés.

B. La consigna de la “íntima convicción” pasó, después, a formar parte del equipaje de los tribunales profesionales (no sólo franceses sino igualmente de otras partes del continente europeo). Y la irracionalidad del juicio sobre los hechos hizo que no se exigiera (por imposible) su expresión en la motivación. No se explica si no la opción del *Code d’instruction criminelle* de 1808 que concebía la motivación de la sentencia (en lo referente a los hechos) como la pura y simple exposición de los hechos probados. Y lo propio pasaba con el Código procesal alemán de 1877 que reduce la parte atinente a la base factual a una mera descripción de los resultados de la prueba. Faltaba, en ambas situaciones, el requisito de la argumentación necesaria para dar cuenta del recorrido lógico que va de la prueba al hecho probado, debido a que no era posible representar la formación del convencimiento, ya que éste había brotado

en un terreno intuitivo y era insusceptible de transposición a un plano inteligible

C. Y ahora cumple preguntar: ¿acaso no estamos en las mismas con la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* ya mencionada? Curiosamente, su art. 741 arranca diciendo que: “El tribunal, *apreciando según su conciencia* las pruebas, las razones expuestas (...) y lo manifestado por los propios procesados (...)”, etcétera. Y, en consonancia con ello, el art. 142 (sobre la redacción de las sentencias), en su regla 2ª, dirá: “Se consignarán en Resultados numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo *declaración expresa y terminante de los que se estimen probados*”.

No ha de maravillar, por consiguiente, que hasta casi los albores de los años ochenta el Tribunal Supremo español enfatizara que un Tribunal “no puede ni debe dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas” “dada la soberanía que la Ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores” (STS 10/02/1978).

D. Si la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* optó en su día por la epistemología “romántica”, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* se ha decantado claramente por la “racionalista”. En efecto, el art. 218.2 de esta última prescribe que: “La motivación deberá incidir en los *distintos elementos fácticos* (...) del pleito, considerados *individualmente* y en *conjunto*, ajustándose siempre a las reglas de la *lógica* y de la *razón*”.

En la visión “romántica” primaba el *efecto* (la íntima convicción), aquí las *causas* (los elementos que producen el convencimiento); allí *sin reglas* (“ninguna regla”), aquí *con reglas* (valoración individualizada y conjunta); allí el *solipsismo* y el *secreto* (“silencio y recogimiento personal”), aquí lo *compartido* y lo *controlable* (reglas de la lógica y de la razón).

E. Quizás se replique que nos hallamos ante dos continentes procesales diferentes: el civil y el penal; y que aquí estamos a lo que debemos estar (el proceso penal). Pero, como ya se subrayó al inicio, resulta que en el ámbito del proceso penal topamos con la Ley del Jurado, la cual reniega radicalmente de lo que llevamos visto. En efecto, su adiós a otra época no se ciñe a la obligación (obvia, a estas alturas) de apoyar la relación de “hechos probados” en los elementos de prueba que los sustentan, sino alcanza a otra faceta (inusitada hasta ahora) cual es la de explicar también las “razones” por las que el resto de los hechos se declaran “no-probados”. Pírrica ganancia (si bien no despreciable) sería contentarse (como es hábito) con la escueta exposición de sólo los motivos de hecho (o de derecho, cuando sea el caso) que fundan la sentencia.

El vuelco que provoca la *Ley del Jurado* se corresponde (conscientemente o no) con un planteamiento de mucho calado, a saber: que la valoración de las pruebas ha de ajustarse a las resultancias del “contradictorio”. O sea, dicho sin adornos, que la valoración de las pruebas ha de rendir cuentas también del *contradictorio en la prueba* (p.ej. del examen directo y del conainterrogatorio del testigo), de la *prueba en contra* sobre un mismo hecho (p.ej. del informe pericial que se opone a las conclusiones de otro perito) y de la prueba sobre un *hecho contrario* (p.ej. no compatible con la hipótesis de la acusación).

En este mismo orden de cosas, fijémosnos en lo que encierra el art. 61.1 de la *Ley del Jurado*. Si el objeto del veredicto contiene una relación de “hechos favorables” y otra relación de “hechos desfavorables” al acusado, y si, respecto de todos ellos, el jurado ha de explicar por qué los considera probados o no-probados, entonces el jurado puede verse en la obligación de afrontar la valoración (y su correspondiente justificación) de hasta cuatro

grupos de elementos de prueba: dos de ellos aportados por la acusación (los destinados a corroborar los hechos desfavorables y a falsar los hechos favorables al acusado) y otros dos por la defensa (los tendentes a corroborar los hechos favorables al acusado y a falsar los hechos que a éste le son desfavorables).

En consecuencia, la cuestión no estriba en si a los jurados se les exige *más* o *menos* que a los jueces sino en que las correspondientes matrices jurídico-culturales de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* y de la *Ley del Jurado* están en las antípodas, la una respecto de la otra.

F. Y para aliviarnos de falsos dilemas, no sobraría recordar que la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* es de data preconstitucional, en tanto que la *Ley del Jurado*, no sólo promulgada en época post-constitucional (aunque post-constitucional también sea el art. 248.3 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* que muestra, en la materia, un ostentoso paralelismo con el art. 142 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), sino que además contiene un precepto de referencia (el ya mentado art. 61.1) diseñado *ex profeso* -según se proclama en su Exposición de Motivos- conforme a exigencias constitucionales (de lo que cabe inferir, *a contrario*, que no las cumpliría una regulación opuesta, al estilo de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

Ha llovido ya mucho desde que fuera aprobada la Constitución española, la cual atesora suficientes directrices para edificar un modelo de valoración probatoria judicial radicalmente distinto del imperante hasta entonces. Sin embargo, la doctrina española (tanto la jurisdiccional como la académica) aún no ha acertado – salvo excepciones, por fortuna cada vez más numerosas- a deshacerse resueltamente de los viejos esquemas atinentes a la libre valoración de las pruebas.

La jurisprudencia ha introducido algunas modificaciones, es verdad, pero a modo de parcheo cuando, en realidad, hubiera proce-

dido una política (legislativa, primero; judicial, después) de borrón y cuenta nueva. La cohabitación de elementos nuevos con otros ya caducados ha alimentado una praxis jurisdiccional muchas veces contradictoria y casi siempre embarullada.

2. Holismo vs. atomismo

No todo queda dicho, porque sin renunciar (explícitamente al menos) al sistema valorativo de las “reglas de la sana crítica”, en tal sistema tendrían cabida dos orientaciones: una, la *holista* (a primera vista más apropiada para el razonamiento habitual de los jueces legos o jurados, de quienes tanto acabamos de hablar), y otra, la *atomista* (más en sintonía – se dice- con la práctica profesional de los jueces togados) (MONTAGNA). Esbozaré, siquiera con trazo corto y grueso, cómo se configuran una y otra (para más detalle y finura cfr. AC-CATINO y también GIUSBERTI).

A. La diferencia se cimenta, dicho en bruto, en la diversa consideración del *probandum* (la hipótesis como totalidad para los holistas y como una parcelación de enunciados en los que se descompone la hipótesis para los atomistas) y en la distinta valoración del *probans* (como un conjunto de razones para la decisión según los holistas y como una lista de pruebas analizables una por una para los atomistas). Ahora bien, si queremos rescatar del mar de lo sumarial la distinción apuntada, convendrá no ir al bulto y ser algo más precisos.

Entonces, para hacernos una idea de los lugares en los que un modelo y otro colocan sus respectivos acentos, comencemos por la distinción –de más monta de la que parece- entre la *reconstrucción* del caso (*¿qué pasó?*), la *historia* del caso (*¿cómo pasó lo que pasó?*) y la *teoría* del caso (*¿por qué pasó lo que pasó?*). Sentado lo cual:

a) Podría afirmarse que los atomistas empiezan por lo primero, tratando de averiguar los

hechos del caso, pasando después a situarlos en una secuencia cronológica y finalizando por buscar –si se puede- una explicación de lo sucedido. Los holistas al revés, partirían de un intento por comprender lo sucedido, construyendo para ello una historia en la que las personas implicadas y las acciones realizadas se relacionan mediante nexos temporales (el “cuándo”) y causales o intencionales (el “por qué”) y organizando, a tal efecto, las pruebas presentadas durante el proceso.

b) No obstante la inversa trayectoria de unos y otros, tanto atomistas como holistas pretenden cubrir todas las etapas del recorrido. Los primeros estiman que es indispensable una atención rigurosa e individualizada a las pruebas específicas disponibles, evaluando para ello su calidad epistémica y el sustento que aportan a los particularizados enunciados fácticos que componen la hipótesis probatoria; si bien son conscientes de que, en ocasiones, con las mismas pruebas en la mano es dable reconstruir dos historias alternativas, siendo preferible en tal situación la historia que explica más y mejor los datos acreditados. Los segundos, de su lado, enfatizan la plausibilidad de un relato, a partir del “stock of knowledge” (estereotipos, esquemas narrativos típicos, generalizaciones, etc.) que el sujeto posee, y que se forma progresivamente mediante ajustes de coherencia inconscientes entre ese *background* de conocimientos y los diversos elementos de prueba que han emergido durante el juicio, pero privilegiando aquellas pruebas que confirman el relato que va imponiéndose como el más coherente.

c) Diríase que los atomistas están fundamentalmente polarizados por la *correspondencia* de la reconstrucción fáctica con los hechos realmente acaecidos; en tanto que los holistas se guían por la *coherencia* del relato mismo. El objetivo de los unos consistiría en construir una historia *verdadera*; el de los otros en narrar una *buena* historia.

No por nada, la coreografía en la que se despliegan esos estudios es el jurado norteamericano, que como se sabe emite veredictos globales (culpable/no-culpable) e inmotivados. Y si ahí sí encuentra ocasión propicia el razonamiento holista (o eso se dice), en un jurado como el español, en cambio, tiene escaso protagonismo.

Acertaba –creo- quien sostuvo que en el imperativo de la motivación subyace “una teoría del conocimiento procesal” (IACOVIELLO). Ya veremos cómo. Por ahora baste decir que si fueran de acuñación holista los hábitos mentales de los ciudadanos corrientes, éstos, una vez incorporados a la institución del Jurado, habrán de cambiar el *chip* de su cerebro por prescripción legal.

En efecto, asomados al balcón de la *Ley del Jurado* (art. 52.1), observamos que el objeto del veredicto está compuesto por un universo de enunciados –o “hechos”- muy populoso (suelen contarse por decenas) y diversificado (unos “favorables” y otros “desfavorables” al imputado, como obligado reflejo del contradictorio). O sea, en el veredicto se realiza una disección del *factum probandum*, en connivencia con el *approche* atomista. Y cada enunciado de esas dos listas (favorables y desfavorables) deberá ser valorado, luego, por el Jurado bien como “probado” o bien como “no- probado”. Con lo que, tras cumplimentarse el veredicto, nos encontramos hasta con cuatro clases de enunciados probatorios (o “hechos”), a saber: favorables y probados, favorables y no- probados, desfavorables y probados, desfavorables y no- probados. Imposible mayor troceamiento.

Tal ostentosa atomización del *probandum* (en enunciados o “hechos” particularizados) se expande, no sólo por imperativo legal sino por fuerza lógica, al *probans*.

Recuérdese que, a propósito de los “hechos”, habíamos contabilizado hasta cuatro los resultados que procrea el intercambio de

las parejas “hechos favorables/hechos desfavorables” y “hechos probados/hechos no probados”. Ahora toca preguntar ¿en virtud de qué un hecho “favorable” u otro “desfavorable” merece la calificación de “probado” o “no probado”? Pues, naturalmente, en función de la fiabilidad y/o peso probatorio de las pruebas que, a su respecto, han emergido en el contradictorio entre las partes durante el proceso. No es aventurado presumir que la acusación habrá aducido pruebas (las mismas o diferentes) tanto para confirmar cada hecho desfavorable al acusado como para refutar cada hecho que le es favorable, en tanto que la defensa –a la inversa- habrá aportado pruebas (las mismas o diferentes) tanto para confirmar cada hecho favorable al acusado como para refutar cada hecho que le es desfavorable. En consecuencia, eso obliga a un examen individualizado de cada prueba para catalogarla atendiendo a los cuatro perfiles resultantes e incluirla en la lista que le corresponda, o sea entre: las pruebas que confirman hechos favorables, las que refutan hechos desfavorables, las que confirman hechos desfavorables y las que refutan hechos favorables. Obviamente, a esta primera fase de *catalogación* de las pruebas deberá seguir otra (tan importante o más) cual es la de su *valoración*, para lo cual entrarán en juego los criterios de “fiabilidad” (para estimar si las pruebas son atendibles o no) y de “peso” (para apreciar si están o no dotadas de alguna fuerza probatoria).

Pues bien, todo esto, que quizás asuste por su engañosa pinta hipercompleja, ha sido compendiado con sencillez en el art. 61.1 d) de la *Ley del Jurado* cuando prescribe que el “acta de la votación” contendrá “los *elementos de convicción*” que “los jurados han atendido para hacer las declaraciones anteriores” (relativas a los “hechos probados”/“hechos no probados” y si encuentran “culpable/no culpable” al acusado), con “una sucinta explicación de las *razones* por las que han *declarado* o re-

chazado declarar determinados hechos como *probados*".

Pero en el mencionado precepto legal hay algo más que el obligado despiece del producto probatorio acumulado en el juicio. Porque en la Ley se detecta además el respunte de otro rasgo distintivo del "atomismo" (frente al "holismo") y del razonamiento habitual de los jueces profesionales (en contraposición al de los no-expertos).

B. Esto es, el respeto del atomismo por los elementos de prueba no sólo pone en candero el imperativo de examinarlos *uno por uno* (como acabo de subrayar) sino también la obligación de escrutarlos *todos* (todos los provistos de alguna relevancia, se entiende), tanto los destinados a corroborar como a falsar la hipótesis en liza; o sea, justo al revés del holismo que –según apunté– tiende a identificar rápidamente una hipótesis y a privilegiar las informaciones que satisfacen la opción asumida. Mientras que el ideal holista consiste en fraguar una historia *redonda* donde todo encaja, el atomismo persigue una reconstrucción *acreditada* de los hechos a sabiendas de que eso depende, tanto o más que de las pruebas confirmatorias de la hipótesis, de cómo resiste ésta a las pruebas que intentan falsarla.

a) Y singularmente iluminativos al respecto resultan algunos experimentos en los que los participantes (jueces togados y legos), tras leer con atención las detalladas actas de un juicio (declaraciones de los testigos, informes periciales, etc.), cada uno de ellos debía indicar uno por uno los elementos de prueba sobre los que fundaba su razonamiento y justificaba su posterior decisión condenatoria o absolutoria. Los datos recogidos son reveladores: los magistrados emplean en general un mayor número de elementos probatorios respecto de los legos, introducen en sus argumentaciones más elementos falsificadores que los no-expertos y, finalmente, los utilizan

en mayor medida que los elementos verificadores en su personal reconstrucción de los hechos (a la inversa de los no-profesionales). En síntesis, la diferencia cuantitativa y cualitativa de los jueces de carrera frente a quienes no lo son reside en que los primeros adoptan principalmente una estrategia de naturaleza falsacionista y los segundos de sello verificacionista. ¿Y cómo explicar esa mayor habilidad de los profesionales para reconocer adecuadamente las hipótesis enfrentadas y para servirse de elementos probatorios aptos tanto para sostenerlas como para desmentirlas? La clave estaría en la especificidad del trabajo jurisdiccional. Los jueces son expertos en el contradictorio; están acostumbrados a escuchar, examinar y valorar hipótesis contrastantes (de la acusación y de la defensa). En ese contexto, es fácil imaginar cómo se activa la producción de un argumento y de su contrario, a diferencia de la tendencia del ciudadano corriente a no considerar los casos alternativos y potencialmente falsificadores de la hipótesis retenida (GIUSBERTI).

b) De lo dicho cabría colegir, entonces, que acomodarse al tipo de razonamiento prescrito por la *Ley del Jurado* entraña para la gente de la calle la violencia de pensar en clave distinta a la que le es familiar. Sin embargo, tal conclusión pasaría por alto una característica muy importante del veredicto del jurado español. En efecto, si los jurados recibieran una hoja en blanco para que la rellenen según entiendan, probablemente fracasarían en el empeño de componer un veredicto centrado, articulado y completo (en el que se reflejara el contradictorio entre las partes), pues no están entrenados en identificar las hipótesis manejadas por la acusación ni las contrahipótesis de la defensa así como tampoco en buscar el hilo conductor que da sentido a las diversas pruebas que han presentado las partes durante el juicio en una secuencia cronológica segura-

mente desordenada. Ahora bien, a diferencia de los experimentos acabados de mencionar donde cada participante ha de arreglárselas por su cuenta y de punta a cabo, en España la construcción de un veredicto desmenuzado en enunciados particularizados (o “hechos”), clasificados (según convenga a las hipótesis de la acusación o a las conrahipótesis de la defensa) y alineados (siguiendo un itinerario discursivo lógico) corre a cargo del Magistrado Presidente. A los jurados, liberados de tanta complicación, les basta y les sobra con localizar en los distintos medios de prueba aquellas informaciones (o “elementos”) referidas a los distintos hechos (“favorables” y “desfavorables”) y sobre cuya base habrán de explicar (sucintamente) por qué los aceptan como “probados” o los rechazan por “no probados”. Eso es todo. Y por ningún lado se ve qué incidencia pudiera tener ahí una diversa configuración del razonamiento habitual (atomista u holista) de unos y otros (jueces y legos).

C. Si hemos aplaudido la recuperación del examen individualizado de cada medio de prueba (postulado “atomista”) frente a la indiscriminada voracidad de la valoración conjunta (presupuesto “holista”), que luego no sea para centrarse en el análisis de una serie de elementos sueltos olvidándose del conjunto. No se trata de contraponer valoración individualizada/valoración conjunta, pues conduce al falso dilema de elegir entre operaciones alternativas cuando, en realidad, son complementarias. De ningún modo son excluyentes recíprocamente las dos dimensiones del razonamiento: la analítica y la sintética. La razón de ir de lo simple a lo complejo no es otra que la de achicar espacios a la subjetividad y al descontrol. Ahora bien, la tarea sintética, luego, no sólo ofrece continuidad a la analítica sino, reactivamente, la condiciona. El valor que se asigna a una pieza aislada es provisional; el definitivo depende de su encaje dentro del conjunto. Por ello, la valoración in-

dividualizada y la valoración conjunta no son sólo *compatibles* sino, encima, recíprocamente *completables*.

El olvido –como si fuera un despiste– de la valoración holista (o de conjunto) es la típica técnica para neutralizar las pruebas (sobre todo las pruebas indirectas) consistente en la exposición desagregada de las mismas; estrategia bien conocida desde los tiempos de Quintiliano (“A veces se desmonta parte por parte lo que en su contexto podría perjudicar, y esta es, en línea de máxima, la técnica más segura”). El “método analítico” no rivaliza sino se empareja con el “método narrativo” (TWINING).

Si la relación de “hechos probados” adopta finalmente la forma de una “historia” reconstruida a partir del material probatorio, deberá ser una *buena* historia pero, ante todo, una historia *verdadera*. Una “buena” historia es la que identifica con claridad la trama central y la sitúa en un contexto que explica de manera fácil y natural (sin lagunas ni contradicciones) por qué los actores se comportaron del modo en que lo hicieron. Pero no basta con que la historia sea buena; antes que nada ha de ser “verdadera”, para lo cual necesita poderosos y rigurosos anclajes en las pruebas producidas (durante el proceso) y valoradas de conformidad con los estándares lógicos y empíricos (TWINING).

Dicho lo cual, llega la hora de diseñar la propuesta que sigue.

3. ¿Qué ha de valorarse, qué *significa* “valorar” y cómo debe valorarse?

Pese a la apariencia retórica (si no directamente vacua) de esta tríada de cuestiones (sobre todo de la primera), no resultará nada ocioso detenerse en ellas (cfr. SANTORIELLO, entre otros).

A. Parece una pérdida de tiempo preguntarse *qué* se valora cuando se valoran las *pruebas*. ¡Las pruebas! ¿Qué si no?

Sin embargo, en el derecho procesal, el vocablo “prueba” tiene diferentes referencias semánticas, como advierte un nutrido grupo de autores, según se asocie con “fuente”, “medio”, “elemento” y “resultado”.

Recuérdese que el procedimiento probatorio se abre con la fase de admisión de la *fuerza de prueba*. En ese contexto, por “prueba” suele entenderse todo cuanto es idóneo (sujeto u objeto) para aportar una información relativa a los hechos de la causa (p.ej. un testigo). Superada la fase de admisión, se pasa a la asunción del *medio de prueba* (p.ej. escuchando al testigo); en ese sentido, por “prueba” se entiende el instrumento mediante el que, en el proceso, se obtiene una información que puede servir para la decisión sobre los hechos (p.ej. la declaración testimonial). Después, del medio de prueba se extrae el *elemento de prueba* (p.ej. la afirmación “ví a Juan disparar sobre Pedro”); en ese caso, la palabra “prueba” se refiere a la información obtenida y utilizable para tener por probado un hecho.

Pues bien, el objeto de la valoración judicial es principalmente el *elemento de prueba* (si bien no se excluye que también la fuente de prueba requiera ser valorada para p.ej. acreditar la sinceridad del declarante o la autenticidad del documento o la debida recogida y custodia de una muestra genética, etc.). Es decir, la valoración se refiere centralmente al dato cognitivo que se aporta en el proceso. Es que sin la información (el *elemento de prueba*) que vehicula un determinado *medio* proporcionado por una *fuerza*, no se sabe si algo es prueba de algo (pues no consta qué relación tiene, ni si tiene alguna, con el hecho al que pretende servir de prueba). Además, la omisión de los elementos de prueba en el texto de una resolución judicial dificulta (si no imposibilita) una primordial función: la del control (p.ej. si se ha alterado el signo de una declaración o si se da por supuesto que el declarante

dijo lo que no dijo, no hay modo de averiguarlo salvo accediendo a las actas del juicio, lo que no está al alcance de cualquiera).

Y una vez valorado el elemento de prueba, si éste resulta atendible para la decisión, pasará a convertirse en *resultado de prueba*. En cuyo caso, el vocablo “prueba” denotará la aptitud de un determinado elemento de prueba para fines probatorios.

B. Este último inciso apunta ya a la segunda cuestión: ¿qué implica “valorar” un elemento de prueba? Según se ha dicho, una vez depurado el “elemento” de prueba se procede a su valoración (conducente al “resultado” de prueba), la cual -añadimos ahora- se efectúa desde tres enfoques distintos y sucesivos.

Lo primero de todo, consistirá en apreciar la *pertinencia* del elemento de prueba; es decir, en definir qué tipo de conocimiento aporta el referido elemento para la reconstrucción de los hechos de la causa. Lo segundo, en calibrar la *atendibilidad* del elemento de prueba; esto es, en examinar por qué es o no es atendible. Lo tercero, en integrar el elemento de prueba en el cuadro de los otros elementos de prueba (también acreditados como fiables) para evaluar el *peso del conjunto* probatorio en orden a fundamentar la hipótesis acusatoria.

Del primero de los aspectos, pasaremos por alto discutir la oportunidad de usar el término “pertinencia” (en lugar de otros, también de usanza). Importa el significado que se le confiera; y aquí es la *relación* entre los elementos de prueba y el *thema probandum*.

Partamos del dato que la decisión judicial tiene por objeto un hecho que pertenece al pasado (que fue pero ya no es) y cuya reconstrucción no puede consistir en una observación directa de lo que debe ser probado. Es necesario, por tanto, un razonamiento inferencial que conecte el elemento de prueba (conocido) con la hipótesis a probar (que no re-

produce un dato objetivo sino que consiste en una proposición lingüística). Y no es lo mismo que el elemento de prueba se relacione *sólo* con la hipótesis a probar a que -como a menudo acontece con las “pruebas indirectas”- pueda relacionarse con hipótesis *alternativas* o incluso hasta *contradictorias*. En cuyo caso, al menos prima facie, su grado de relevancia será variable.

Efímera victoria sería establecer un nexo relacional entre el elemento de prueba y el *factum probandum* si, después, el primero se revelara carente de “fiabilidad”. Valorar la atendibilidad del elemento de prueba se erige, pues, en tarea básica; a no confundir, sin embargo, con el reconocimiento de su fuerza probatoria (que es cosa distinta).

A este respecto, precisamente, conviene intercalar la mención a la archicitada (pero a menudo borrosa) diferencia entre “valoración individualizada” y “valoración conjunta” de las pruebas. Veámosla.

Asumiendo que la actividad probatoria gira entre dos polos, por un lado la “hipótesis” (o hecho) a probar y por el otro los diferentes “elementos de prueba”, habrá de añadirse que el sustento probatorio que los citados elementos proporcionan a la hipótesis está condicionado por el valor que a éstos se les haya atribuido previamente. Es decir, los elementos de prueba que se aducen para probar una hipótesis han de estar a su vez “probados” (p.ej. la declaración de un testigo presencial sirve para esclarecer un hecho a condición de que la declaración haya sido valorada antes como fiable). No obstante, la acreditación de un elemento de prueba no prejuzga la fuerza que ése posee en orden a probar la hipótesis en juego. De ahí se sigue que el método para valorar los elementos de prueba (valoración “individualizada”) difiere del método para valorar la hipótesis (valoración “conjunta”) porque apuntan a *objetos* y a *objetivos* diversos: la valoración individualizada se centra en los

elementos de prueba con el fin de testar su *fiabilidad*; la valoración conjunta tiene por función ponderar de cuánta *probabilidad* proveen finalmente a la *hipótesis* los elementos de prueba atendibles.

Dicho lo cual, no hará falta insistir en que valorar la “fiabilidad” de los elementos de prueba se corresponde con la tradicional valoración “individualizada”. Y tal acreditación, que si ya es ineludible al valorar un elemento de prueba tomado *en sí* mismo, se hace más imprescindible cuando ese elemento se encuentra *frente* a otro que se le contrapone (p.ej. una declaración frente a otra de signo contrario). De ahí que la fiabilidad de un elemento haya de tener una doble dimensión: una *intrínseca* (del elemento considerado en sí mismo) y otra *contextual* (del elemento en relación con los otros elementos presentes).

Es ocasión de deshacer un equívoco (frecuente en la jurisprudencia y en la literatura procesalista) que consiste en conceptualizar como valoración “conjunta” la resolución de las incompatibilidades entre diversos elementos de prueba. Obviamente, la acreditación de unos elementos frente a otros elementos contrastantes, exige el cotejo de aquéllos con éstos para valorar cuáles son finalmente los atendibles. Pero eso nada tiene que ver con la valoración “conjunta”, pues se trata de una *comparación* de unos elementos *respecto* de otros y no de una *combinación* de unos elementos *con* otros.

Una vez acreditados los elementos de prueba y trazadas las inferencias que los conectan con la hipótesis probatoria, llegará la hora de la valoración conjunta que, como con precedencia se ha señalado, consiste en apreciar con qué fundamento probatorio cuenta la hipótesis.

Una hipótesis fáctica podrá apreciarse como probada, con carácter general, si concurren estos tres requisitos: *no* haber sido *refutada* por las pruebas disponibles, haber sido

confirmada por las pruebas disponibles, y ser *más probable* que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos (requisito que, en el proceso penal, se magnifica exigiendo un grado de conclusividad elevadísimo, más allá de toda duda razonable).

C. ¿Que cómo deben valorarse los elementos de prueba? No vayamos a agitar la carraca de las banalidades volviendo a la carga de lo que implica un sistema de libre valoración. Pero no dejaremos pasar por alto que la obligación de motivar las resoluciones judiciales es un instrumento legislativo para vincular la valoración judicial de las pruebas a parámetros de racionalidad compartida; el juez no podrá encerrarse en la soledad de su conciencia sino deberá ajustarse al patrimonio cultural de la sociedad en la que vive.

Y si, como hace poco se ha indicado, “valorar” significa construir un razonamiento que nos lleve del “elemento” de prueba al “resultado” de prueba, el problema estriba en elegir correctamente la inferencia que permite conectar una cosa con la otra. Inferencia que, según hemos visto, es imprescindible para determinar la *relevancia* de un elemento de prueba, es decir su relación con la hipótesis a probar (p.ej. si las huellas de Juan están en el lugar de los hechos, es que Juan estuvo allí en algún momento) o para evaluar la *fiabilidad* de un elemento de prueba (p.ej. si la propia madre del acusado declara haberlo visto apuñalar a la víctima, la credibilidad de su testimonio se basaría en la inferencia de que no se miente al declarar en contra del interés propio), y nada digamos de los puentes inferenciales –tanto en sentido horizontal (para relacionar entre sí los distintos elementos de prueba) como en sentido vertical (para conectar ese cuadro probatorio con la hipótesis a probar)- aún más imprescindibles en la *valoración conjunta*.

Lo delicado del asunto radica en que el juez puede disponer de un cierto margen en la

elección del criterio de inferencia. A este respecto, está muy difundida la creencia de que la situación es diversa en función de la naturaleza de los criterios inferenciales, es decir si éstos consisten en la aplicación de leyes científicas o se basan en máximas de experiencia.

a) Parece que si se trata de lo primero, la situación sería poco problemática y tendencialmente cierta. Sin embargo, esta concepción paleo-positivista de la ciencia merece revisarse porque la ciencia es *limitada* (sólo recoge un número limitado de aspectos de un fenómeno), la ciencia es *incompleta* (necesita ser ampliada en cuanto aparecen nuevos aspectos del mismo fenómeno) y la ciencia es *fallible* (las leyes científicas tienen una tasa de error que debe ser buscada) (BRUSCO).

Además, con independencia de la validez científica de la teoría o método que se utilice, no ha de olvidarse que su idoneidad para el caso concreto puede verse afectada por la naturaleza de la corroboración (p.ej. los métodos de la causalidad general no son transportables sin más para el establecimiento de relaciones de causalidad individual) o por errores metodológicos (p.ej. cuando se aplican investigaciones estadísticas prescindiendo de las peculiaridades específicas del caso concreto).

Más todavía, admitida la idoneidad de una teoría o método científico eso no obsta a que, en determinadas situaciones, su eficacia explicativa o probatoria experimente cierta variabilidad (p.ej. el test de ADN, si se ha realizado adecuadamente, tiene una eficacia excluyente cierta –es decir, puede excluirse con toda certeza que la muestra pertenezca a la persona investigada-, pero no se obtiene esa misma seguridad en cuanto a la eficacia positiva del test –porque depende de cómo sea la población de referencia: una comunidad cerrada o una sociedad multiétnica-).

b) Con mayor razón, las cautelas habrán de estar a la orden del día cuando se recurre

a las denominadas “máximas de experiencia”. Por un abanico de motivos; entre ellos: porque se trata de generalizaciones que están consteladas de excepciones; porque es variable su base empírica y la tasa de regularidad observada; porque las máximas no están recogidas en un texto ni se sabe quién las formuló (a diferencia de los conocimientos científicos); porque, ante un mismo caso, a menudo ocurre que sean utilizables máximas que conducen a resultados diferentes, etcétera (IACOVIELLO). Por ello, y para empezar, habrá que prescindir de las “máximas” que contradigan algún conocimiento científico, o que sean incompatibles con otras máximas, o que no sean reconocidas como tales en la comunidad de referencia. Luego, no habrá que absolutizar la máxima excluyendo cualquier excepción, ni atribuirle un grado de probabilidad que no le corresponde, ni preferirla frente a otra máxima de superior probabilidad, ni

primarla frente a otra máxima más específica, etcétera (TARUFFO).

c) Y llegado el momento culminante de la valoración conjunta, habrá que determinar si el grado de conclusividad que ofrece el cuadro probatorio satisface o no el estándar de prueba requerido (que en el proceso penal es el de “más allá de toda duda razonable”). En este sentido, el juez deberá examinar si, a la vista de los elementos de prueba disponibles, cabe o no cabe conjeturar (no es necesario probar) una hipótesis alternativa provista de una mínima verosimilitud (aun cuando de escasa probabilidad) por relación a lo que, según la experiencia común, se considera como normal, o sea razonable (no valiendo, por tanto, una hipótesis abstractamente posible construida mediante una inverosímil combinación de circunstancias). En caso afirmativo, se tendrá por probada la hipótesis acusatoria; de lo contrario, deberá procederse a la absolución.

REFERENCIAS

- ACCATINO, D., "Atomismo y holismo en la justificación probatoria", *Isonomía*, 2014, nº 40.
- AMODIO, E., "Dalla 'intime conviction' alla legalità della prova", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, nº 1.
- BRUSCO, C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012.
- GIUSBERTI, F.- BENSI, L.- NORI, R., *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- IACOVIELLO, F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013.
- IGARTUA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- MONTAGNA, M., "Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense", en MONTAGNA, M. (a cura), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Aracne, Roma, 2012.
- SANTORIELLO, C., "I criteri di valutazione della prova (fra massime d'esperienza, regole di giudizio e standars d'esclusione)", en GAITO, A. (dir.), *Trattato sulla prova penale*, UTET, Torino, 2008.
- TARUFFO, M., "Consideraciones sobre las máximas de experiencia", en una recopilación de textos traducidos al español (por Aramburo, M.) del propio TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- TWINING, W., *The Great Juristic Bazaar: Jurists' Texts and Lawyers' Stories*, Dartmouth, Aldershot, 2002.

**¿CÓMO Y SOBRE QUÉ DEBE
RENDIR CUENTAS EL SISTEMA JUDICIAL?**

Alberto. M. Binder

- **Resumen:** El Sistema Judicial se compone de tres funciones principales: jurisdiccional, administrativo y de gobierno. Es necesario realizar una diferencia entre cada una de ellas, para entender los subsistemas que componen al sistema judicial como tal. Una vez que eso se tiene claro, se puede entonces hablar de transparencia, control y rendición de cuentas del sistema judicial en cada uno de estos aspectos, de forma que esté definido lo que se le puede exigir, las formas en que se puede controlar y establecer los límites de hasta dónde llega ese control. El principal objetivo de este artículo es enfocarse en la rendición de cuentas del sistema judicial, en sus principales funciones, y el impacto que tienen éstas tanto a nivel económico, como social y aquellas necesidades que deben ser atendidas para poder lograr una adecuada rendición de cuentas actualmente.
- **Palabras clave:** Sistema Judicial, rendición de cuentas, transparencia, control, funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno.
- **Abstract:** The Judicial System consists of three main functions: jurisdictional, administrative and government. It is necessary to make a difference between each of them, to understand the subsystems that make up the judicial system as such. Once that is clear, one can then talk about transparency, control and accountability of the judicial system in each of these aspects, so that what is required can be defined, the ways in which it can be controlled and establish the limits of how far that control comes. The main objective of this article is to focus on the accountability of the judicial system, in its main functions, and the impact they have on both economic and social level and those needs that must be addressed in order to achieve adequate accountability now.
- **Keywords:** Judicial system, accountability, transparency, control, jurisdictional, administrative and government functions.

I. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO CONCEPTUAL

1. Sistema Judicial.

Funciones Jurisdiccionales, administrativas y de gobierno

1. Tanto por razones históricas como por la notoria indiferenciación de las actividades de los jueces y funcionarios judiciales no solemos distinguir los distintos tipos de actividades que realizan y que están sometidas a reglas muy diferentes tanto de gestión como de control. Existen en primer lugar funciones jurisdiccionales, es decir, aquéllas directa y estrictamente vinculados con casos que deben ser resueltos por la administración de justicia. Aún dentro de esta categoría debemos hacer distinciones, ya que las funciones de los actores dentro del litigio judicial son muy diferentes y ello influirá en los modos y contenidos de su responsabilidad y rendición de cuentas. Por ejemplo, los litigantes siempre y en todo caso gestionan intereses y el juez, siempre y en todo caso, no es un gestor de intereses (imparcialidad). Un fiscal, por ejemplo, debe dar cuenta de cómo gestionó los intereses sociales y un defensor de cómo lo hizo con los intereses de su cliente. Los modos de hacerlo también varían. Por lo tanto, en la dimensión estrictamente jurisdiccional o demos circunscribirnos a la tarea de los jueces o podemos utilizarla en un sentido más amplio sí y solo sí tenemos en cuenta las diferencias esenciales de tareas y responsabilidades. Todavía en muchos países de la región existe la tendencia a considerar que todos los actores del proceso son “funcionarios judiciales” y que se puede elaborar con ellos una categoría común. Ello no es posible en nuestro tema ya que cada una de esas funciones tiene un contenido y una forma especial de rendir cuentas sobre sus funciones. Ciertamente el problema desaparece –aunque no totalmente- en aque-

llos lugares donde ya ha quedado claro que el Ministerio Público, fiscales o defensores públicos, no forman parte del sistema judicial en sentido estricto.

2. Una segunda diferenciación debe hacerse entre lo jurisdiccional y lo administrativo, que también se encuentra confundido en la vida cotidiana de los tribunales. La pervivencia de procedimientos formalistas, escritos, donde el trámite de papeles y documentos ocupa casi toda la actividad judicial ha favorecido una confusión entre estas dos dimensiones de un modo tan profundo que los jueces suelen ocuparse de las tareas administrativas y delegan el trabajo estrictamente jurisdiccional. En primer lugar debemos tener claro que lo estrictamente jurisdiccional tiene que ver con la toma de decisiones sobre el litigio y la percepción de un modo directo de la prueba y los argumentos de las partes. Todo lo demás, por más que sea necesario, no ingresa al universo de lo “jurisdiccional”. Por ejemplo, sin duda es necesario recibir documentos (escritos de las partes), notificar, citar personas, hacer requerimientos, pedir información, ordenar y archivar documentos, atender al público, organizar una agenda de trabajo, distribuir las tareas del personal, etc. Pero nada de ello es “jurisdiccional”. También es indispensable que existan insumos, computadoras, papel, locales adecuados, que se paguen los sueldos o que se mantenga todo lo necesario para el funcionamiento del apoyo al trabajo. Nada de ello es jurisdiccional. Cuando usamos la palabra “administrativo” también nos referimos a diversas dimensiones: por una parte, se encuentra el trámite de los casos y, por otra, la administración del flujo de insumos. Muchas de estas tareas las realiza la “oficina judicial” o el “despacho”, aunque todavía no está muy claro en nuestra región las responsabilidades en el manejo de esa oficina y se mantienen modelos de organización obsoletos y ana-

crónicos tales como el de “juzgado”. Cómo y quien debe rendir cuentas de estas dimensiones es un problema muy distinto al estrictamente jurisdiccional.

3. Finalmente hay que distinguir las acciones de gobierno de las que constituyen la administración de tribunales. Las acciones de gobierno están vinculadas a la defensa de la independencia judicial, a la planificación del desarrollo del servicio judicial, al control general de gestión, a la supervisión de la ejecución presupuestaria, a la comunicación con la sociedad y las relaciones con otros poderes del Estado. Por otra parte, como toda gran administración, el Poder Judicial tiene una estructura de administración de recursos, de ejecución del presupuesto, de cobros de tasas e ingresos específicos, de pago de sueldos y contratos, etc. Todo ello constituye la estructura administrativa del Poder Judicial, que dependerá de los órganos de gobierno pero se rigen por principios y reglas técnicas específicas.

4. En definitiva, podemos utilizar la frase sistema judicial si tenemos claro las diferencias de los distintos subsistemas que lo forman. Podemos hablar de un modo unitario de transparencia, control y rendición de cuentas si tenemos claro que ello significa cosas muy diferentes en relación a cada uno de esos subsistemas, tanto en el contenido de lo que podemos exigir y controlar como en los métodos que podemos usar como en los límites a los que está sometido ese control.

2. Desempeño, Productos, Resultados, Productividad, Corrección

5. Cuando pedimos cuenta del trabajo judicial, a veces nos referimos a los jueces individualmente, otras al sistema en su conjunto

y, en algunos casos, a dimensiones como el producto final o el modo como se llevan adelante los trabajos. Todo ello merece distinciones. Podemos utilizar la palabra desempeño para referirnos a la actuación de un juez o un colectivo de jueces (tribunal), o de un funcionario o un grupo de funcionarios (el administrador o el órgano de gobierno), que realizan funciones que no son jurisdiccionales. No es lo mismo la rendición de cuentas de un juez, esto es, la rendición de cuentas de su desempeño que la rendición de cuentas de la totalidad del sistema judicial. Por ejemplo, un juez sólo podrá rendir cuentas de su desempeño teniendo en cuenta las variables que puede controlar; aquéllas que no están a su alcance actúan como condicionantes, tales como la calidad de la ley, la asignación general de recursos, los modelos de organización judicial, etc. Cuando pretendemos pedir cuenta de la totalidad del funcionamiento del sistema judicial, debemos tener claro que ya no nos referimos al desempeño de ningún juez o funcionario sino al funcionamiento institucional que, a su vez, podrá ser jurisdiccional, de gobierno o administrativo.

6. También debemos diferenciar los productos de los resultados. De los productos el sistema judicial (o un juez en particular) debe dar cuenta en su totalidad porque el producto depende de su trabajo. Por ejemplo la sentencia es un producto del trabajo de un juez o una audiencia es el producto del trabajo del juez y otros funcionarios. El resultado ya no depende totalmente del juez. Por ejemplo, una buena sentencia puede producir un pobre resultado, por diversos factores, ya sea porque llega tarde (suponiendo que el control del tiempo no es tarea del juez o de otras personas del sistema lo que ya influiría en el producto) o porque otros factores sociales o de los litigantes han contribuido al resultado. Los efectos de

las decisiones judiciales tienen relación con la calidad del producto (la decisión) pero no dependen solamente de esa calidad. Esto no quiere decir que sea indiferente el resultado; al contrario, es exigible que el sistema judicial esté atento no sólo a la calidad de sus productos sino a la calidad de sus resultados, de tal manera que pueda ajustar sus productos en miras a la bondad de los resultados. Esto debe estar claro ya que cuando hablamos de productividad, es decir la relación entre insumos y productos, tanto nos referimos a los productos en sentido estricto como a los resultados. La productividad –una palabra que en general no les gusta a los jueces, pero que es correcta utilizarla- puede ser alta, pero los resultados bajos, por ejemplo, si las sentencias son de mala calidad o tardías o no resuelven el litigio, etc. Obviamente tanto los productos como los resultados pueden ser evaluados en su calidad (matriz de calidad de las sentencias) o en la cantidad y el sistema judicial o cada juez deberá rendir cuentas de ello.

7. por otra parte, el sistema judicial es un gran administrador de formas (formas procesales) cuyo cometido es la pacificación del conflicto. Esto implica que el modo como obtiene sus productos el sistema judicial no es indiferente, no solo por la aplicación de la ley que soluciona el caso, sino por el modo como se ha llegado a esa solución. Muchas veces una buena sentencia puede lograr pobres resultados por la deficiencia en la administración de las formas. Claro que está que el diseño de las formas puede ser de baja calidad (como los expedientes escritos y secretos), pero otras veces se trata simplemente de mala administración de formas de alta calidad (como las audiencias orales). La corrección del sistema tiene que ver con la buena administración de las formas procesales y tanto los jueces como todo el sistema deben dar cuenta de ello.

3. La fijación de metas, objetivos y tareas para el sistema judicial

8. Es bastante usual asignarle al sistema judicial objetivos de amplísimo alcance y de imposible evaluación. Realizar la justicia, asegurar la ley, construir la paz social, garantizar la vida en común. Esa asignación de finalidades, cumple papel político y de ética social que puede ser relevante, pero no pueden ser tomados en cuenta de un modo directo para la rendición de cuentas. Esas finalidades deben estar necesariamente mediadas por objetivos, metas y tareas mucho más concretas. Los objetivos deben ser diseñados de tal manera que puedan ser evaluados en un tiempo determinado o por situaciones determinadas. Las metas, es bien sabido, son los pasos intermedios para lograr un determinado objetivo y las tareas de las cuales se debe rendir cuenta deben estar siempre orientadas al logro de una meta. Puede ser un objetivo determinado nivel de control de la criminalidad o que se establezcan ciertas reglas claras en el funcionamiento de instituciones o en el cumplimiento de contratos o que tales prácticas sociales disminuyan. Facilitar el cobro de créditos, asegurar el respeto de cierto derecho, etc., pueden constituir objetivos, que siguen siendo genéricos, pero tangibles.

9. Por otra parte tales objetivos deben ser sectorizados. Una sectorización que no debe seguir los “fueros” o tipos de especialización de tribunales sino las áreas sociales que tienen entidad, según el momento o las definiciones de la ley. La fijación de objetivos se debe hacer según necesidades sociales y no criterios internos de organización. Por ejemplo, un objetivo es facilitar la circulación de crédito en tal o cual área, asegurar la estabilidad del empleo en tal sector, o evitar los conflictos violentos en la familia, etc. Esto no quiere decir que el sistema judicial fije “políticas”, ellas están

determinadas por la ley, pero la conflictividad social que gira alrededor de las leyes es cambiante y ello es lo que permite fijar objetivos al poder judicial. Se debe acabar con la tendencia a fijar objetivos solamente en razón de criterios internos solamente (como cuando se establece estar con las “causas al día” – lo que es loable- pero no reemplaza la idea del objetivo que tiene que ver con los resultados sociales). El sistema judicial debe dar cuenta de las metas, pero para ello debe tener metas primero. Ellas pueden ser tanto logros parciales del objetivo como metas técnicas o administrativas, necesarias para lograr el objetivos. Por ejemplo, tener el despacho organizado o reducir los tiempos puede ser una meta para lograr luego un objetivo. Lo mismo sucede con las tareas del poder judicial. Suele confundirse el carácter formal del trabajo del poder judicial con el trabajo burocrático y por lo tanto las tareas se autonomizan. Si se tiene conciencia de los resultados, se fijan objetivos y metas, luego se diseñan tareas que se agrupan por razones de eficiencia y se diseña la estructura de soporte para esas tareas. Esta secuencia suele ser desconocida por los tribunales que se hallan atrapados en formas organizacionales rígidas que imponen tareas, muchas veces sin ton ni son. Bajo esta lógica sólo se puede rendir cuenta de que se hace lo que se venía haciendo, que es la más pobre de las evaluaciones.

4. Evaluaciones cuantitativas y cualitativas

10. Carece de sentido ya discutir sobre si el poder judicial debe ser evaluado cuantitativa o cualitativamente. Todas las instituciones y todas las organizaciones deben rendir cuentas en ambas dimensiones. Es bastante usual que los jueces se resientan sobre la rendición de cuentas sobre la cantidad de trabajo realizado (cantidad de audiencias, cantidad de

decisiones, de sentencias, etc.) cuando sin duda la productividad en este sentido es una dimensión esencial. Ahora bien, muchas veces luego sostienen que tampoco existe forma de evaluar la calidad de las decisiones, en particular de las sentencias, lo que llevaría a que no existen parámetros para evaluar el trabajo judicial. Obviamente existen métodos para evaluar la calidad de las sentencias y de esa calidad deben dar cuenta los jueces. Cierto es, también, que se trata de métodos complejos, pero no más complejos que los que se utilizan en otras áreas institucionales. Debe quedar clara que un sistema judicial (en todos sus subsistemas) debe dar cuenta tanto de la cantidad como de la calidad de sus productos y de los resultados que se obtienen con ellos.

5. Control jurisdiccional, disciplinario y de gestión

11. El sistema judicial debe dar cuenta, además de sus métodos de control interno, del modo como asegura con sus propios mecanismos el cumplimiento de sus objetivos, metas y tareas. Pero aquí también debemos realizar diferenciaciones. Todo sistema judicial tiene mecanismos de control jurisdiccional que buscan, por una parte, asegurar la correcta solución del caso y, por el otro, estabilizar la jurisprudencia para evitar que los tribunales se vuelvan impredecibles, lo que también afecta la conflictividad social. Los medios de impugnación y la organización de los tribunales superiores cumplen esa función. Por otra parte, los sistemas judiciales deberían tener –aunque todavía esto se encuentra poco desarrollado- mecanismos de control de gestión que permitan evaluar la productividad del sistema, el cumplimiento de metas, objetivos, la satisfacción de litigantes, la corrección del funcionamiento, etc. Finalmente los sistemas judiciales deben contar

con un sistema disciplinario que les permite corregir el desempeño de los jueces y funcionarios ante ciertas desviaciones que afectan el servicio o la legitimidad del poder judicial. Estas tres dimensiones de control interno, alguna de las cuales están vinculadas a la idea de gobierno del sistema, influyen de una manera muy grande en el funcionamiento general del sistema o en el desempeño de algunos miembros de él. Le corresponde al sistema judicial dar cuenta de la eficacia de sus mecanismos correctivos ya que ello es, a la vez, síntoma del nivel de preocupación por la calidad del servicio.

6. Legitimidad y confiabilidad

12. A las instituciones judiciales les ha sido problemático asumir que el contexto de una República democrática, sometida al Estado de Derecho, la construcción y el mantenimiento de su legitimidad es problemática. Como la función de los jueces no es gestionar intereses sectoriales ni están sometidas a las reglas de la representación política – que renueva su legitimidad a través de las elecciones populares- el poder judicial tiene una legitimidad frágil que debe ser custodiada por los propios jueces. La guía más segura para ello es el apego a la Constitución y a las leyes fundamentales y todo sistema judicial debe dar cuenta de ese apego de un modo muy especial. Si además de esa legitimidad logra confianza de la ciudadanía su legitimidad se verá fortalecida. A la hora de pedir cuentas al sistema judicial debemos tener claras ambas dimensiones ya que un poder puede tener mucha legitimidad (por hacer cumplir las leyes fundamentales) pero ella ser muy frágil porque no goza de la confianza de la ciudadanía (ello puede ocurrir por un sinnúmero de factores achacables o no al sistema judicial) o puede tener confianza de la ciudadanía pero a costa de perder bue-

na parte de su legitimidad (como cuando los jueces hacen populismo penal o dictan las sentencias para agradar a los medios de comunicación). En todo caso el sistema judicial debe dar cuenta de cómo se preocupa por esta dimensión y que mecanismos desarrolla para acercarse al punto máximo de una legitimidad con fortaleza.

7. Acceso, igualdad, selectividad.

13. El carácter fundamental del derecho a la tutela judicial hace que la accesibilidad del sistema judicial sea una de las dimensiones sobre las que toda administración de justicia debe dar cuenta. Debemos diferenciarlo del concepto más amplio (aunque hay una fuerte indeterminación en todos estos conceptos) de acceso a la justicia, que incluye la posibilidad de hacer valer derechos y reclamos en otras instancias no judiciales. La accesibilidad del sistema de administración de justicia es lo que permite la defensa de los derechos por cualquier titular. Por definición no existe derecho que no tenga una acción de defensa correspondiente. Pueden variar los medios y las formas para esa y de la accesibilidad de esos medios y formas es lo que debe dar cuenta el sistema judicial. Igualdad implica el trato igualitario dentro del sistema judicial, una vez que un caso ha ingresado. También los mecanismos son variados y pueden ser más o menos igualitarios. Se entiende que es una virtud del sistema el trato igualitario y de ello se debe rendir cuentas, en la práctica concreta y no en el diseño abstracto o en la proclama general.

14. Por otra parte, es impensable un sistema judicial que funcione sin criterios de selectividad. Ellos pueden ser muchos y variables: por la importancia del caso, por la urgencia del daño, por la vulnerabilidad de las personas, etc. Los sistemas judiciales son altamen-

te selectivos y no suelen dar cuenta de los criterios que utilizan para ello. Muchas veces se produce una especie de “selección natural” de los casos, de tal modo que solo los que tienen recursos, tenacidad o paciencia pueden seguir adelante. Existe también la costumbre de que las condiciones del trámite o de la organización impongan criterios arbitrarios de selectividad que nadie controla. No se le pueda pedir al sistema judicial, como a toda organización sometida a una gran demanda que no organice el trabajo en base a criterios de selección, que ordenen la asignación de recursos; al contrario cuando no se tienen esos criterios de un modo transparente suele ocurrir que reina la arbitrariedad o el azar en la distribución de esfuerzos. Lo que si podemos pedirle que rinda cuentas a las organizaciones judiciales es sobre la transparencia de los criterios de selección (o de trámite diferenciado) y sobre la razonabilidad y necesidad de esos criterios.

7. Transparencia, comunicabilidad y comprensión del trabajo judicial

15. La transparencia del trabajo judicial tiene también diversas dimensiones. Existe en primer lugar criterios de transparencia para el trabajo jurisdiccional, que giran alrededor de la institución de la audiencia o juicio público. La resistencia de los sistemas judiciales obliga a realizar una vigilancia muy fuerte sobre las tendencias al secreto y la reserva de las actuaciones judiciales. El Poder judicial dar cuenta del manejo de la publicidad de sus actuaciones judiciales ya que a él le esta reservada la custodia de ese principio de actuación. La administración de justicia, por otra parte, debe hacer un esfuerzo para que sus decisiones sean comunicadas y comprendidas. La publicidad de las leyes depende en gran medida también de la publicidad de las

decisiones judiciales que las ratifican y aplican. La cultura del imperio de la ley se construye y expande a través de ejemplos que se comunican. El poder judicial, como todo sector del Estado, debe hacer –y le es exigible– un esfuerzo comunicacional que es algo más que la transparencia como estado de accesibilidad de la información.

16. Por otra parte, el acceso a la información que produce el sistema judicial forma parte de las tareas centrales del gobierno y la administración de los tribunales. En primer lugar acceso información sobre las decisiones judiciales, es decir, la jurisprudencia. En segundo lugar, información sobre la gestión del sistema y su productividad. En tercer lugar, información sobre los miembros que conforman las instituciones judiciales. En cuarto lugar, información sobre los mecanismos necesarios para que los ciudadanos actúen en el. Transparencia (como estado y disponibilidad), comunicación (como esfuerzo y plan) y búsqueda de aumentar la capacidad de comprensión de las decisiones judiciales, sin quedar atrapado en jergas, lenguajes técnicos o fraseología burocrática que conforman otra manera de actuar en secreto. La transparencia no es sólo un estado de cosas sino una forma de diálogo. Es decir que carece de sentido hablar de transparencia sino existen formas de dialogo que deban ser mejoradas. Una de las dificultades en la relación del poder judicial con la ciudadanía es que no tiene un diálogo fluido y permanente y solo se produce en situaciones de crisis. En esas circunstancias es muy difícil construir transparencia porque cuando se desatan esas crisis ya el diálogo esta distorsionado por otras cuestiones. La construcción de transparencia debe ser una tarea permanente de las instituciones judiciales, ya que a ellas –como sector estatal– les corresponde la iniciativa.

II. RENDIR CUENTAS DE LO JURISDICCIONAL. TEMAS Y HERRAMIENTAS

1. La absorción y gestión judicial de conflictos. Análisis cuantitativo

17. El análisis cuantitativo no es un simple conteo de causas. El sistema judicial tiene que tener capacidad de absorber conflictos, cuando los protagonistas han perdido capacidad de resolverlos entre ellos mismos o se trata de conflictos graves (como los penales) en los que es necesario evitar la violencia o canalizarla a través del Estado. Por tal razón, el sistema judicial tiene que tener capacidad de dar cuenta de su incidencia en las distintas áreas de conflictividad. Ello se logra con el análisis estadístico que puede comenzar por lo más simple (ingresos y salidas) hasta ir completando un análisis más complejo que marque el grado y tipo de incidencia del sistema judicial en la conflictividad de que se trate. Se suele utilizar criterios que miden el índice de litigiosidad, por ejemplo, pero ello nos dice poco sino está acompañado de una consideración más amplia. Por ejemplo, un alto grado de ingresos de causas judiciales puede significar algo positivo por la fuerte institucionalización de esos conflictos (y otro problema es si la intervención judicial logra hacer algo positivo con ellos) o puede significar que por ejemplo el sector de la abogacía interfiere y evita conciliaciones o puede significar un número de casos que es importante o sobrecarga el sistema judicial pero no tiene importancia en relación a la cantidad de conflictos o que responde a un problema estacional o una circunstancia determinada. Es decir, por una parte le debemos pedir al sistema judicial que se haga responsable de su parte en la gestión de los conflictos de la sociedad ya que ello es parte de sus finalidades principales; por otra parte, tenemos que desarrollar instrumentos de infor-

mación más precisos ya que la estadística judicial está todavía atada a conteos simples de tramites o expedientes judiciales, en el mejor de los casos. También debemos generar matrices de análisis de mayor capacidad explicativa ya que solemos preocuparnos por sobrecarga, litigiosidad, etc. que son categorías muy toscas para medir el cumplimiento de los objetivos, metas y tareas del Poder Judicial.

18. El análisis cuantitativo de todas las formas de productividad del poder judicial es un mecanismo central en la rendición de cuentas de las instituciones judiciales, si lo dotamos de una reflexión y estudio no burocrático. En este sentido es sintomático las dificultades que tienen todavía las organizaciones judiciales para producir información clara, para analizarla y para introducirla en sus circuitos de toma de decisión. Este sigue siendo uno de los puntos más flojos de todo el proceso de reforma judicial de los últimos años, pese al dinero invertido y la importancia que se le asigna en reuniones y congresos. Existen sistemas judiciales que están avanzando y se han tomado más en serio esta tarea y programas regionales que han llamado la atención, pero todavía es insuficiente lo que se ha hecho. Hablar de la rendición de cuentas del sistema judicial sin haber construido todavía las bases de un sistema de información confiable, claro y consistente en el tiempo y sin contar todavía con una práctica de análisis de esa información, tanto para lo operativo como para el control de la gestión y la planificación, nos muestra el largo camino que todavía queda por recorrer.

19. Sin duda la primera herramienta son las propias oficinas de estadística y control de gestión de las instituciones judiciales. Pero no debe quedar allí. Se deben fortalecer las comunidades de analistas. Son raras todavía

las universidades que tienen investigaciones permanentes sobre el sistema judicial o departamentos dedicados a esto. Han avanzado en los últimos años las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a este tema, pero están siempre urgidas por la falta de fondos y por las dificultades para estabilizar su trabajo. Una herramienta que se debe fortalecer, en consecuencia, es la creación de comunidades de análisis del problema judicial (técnicos, académicos, funcionarios, etc.) insertos en diferentes instituciones pero que al interrelacionarse establezcan criterios básicos, conceptos comunes, etc. Todos estos elementos ayudan a construir reglas de control y rendición de cuentas más claras.

20. El análisis cuantitativo se presta a la elaboración de matrices de indicadores complicadas y extensas. Es cierto que a mayor cantidad de indicadores se construyen una visión más acabada de variables y sus correlaciones. Pero es necesario tomar en cuenta, con un cierto sentido estratégico, la capacidad de uso de la información en el contexto actual de nuestros sistemas judiciales. Muchas veces se recolecta información sobre tablas de indicadores complejas que luego no tienen ningún análisis. Si esto vale para el control de gestión interno mucho más aún es pertinente para la capacidad externa de análisis vinculada a la rendición de cuentas. En este sentido es necesario realizar una construcción escalonada de indicadores que vayan aumentando la complejidad en la misma medida que va aumentando su uso.

2. La mora como factor distorsivo. Los tiempos de los procesos

21. Una de las dimensiones sobre las que debe dar cuenta el sistema judicial es sobre el uso y el manejo del tiempo. La variable temporal tiene valor en sí misma (oportunidad de

la decisión) que es lo que denominamos valor directo, y que se expresa en los aforismos de “justicia pronta y cumplida” y otros de la misma naturaleza, que reconocen que la demora es una de las formas tradicionales de denegación de justicia. Pero tiene también un valor agregado, ya que muchas otras variables (desorganización, burocratización, prácticas de la abogacía, esquemas rígidos de trabajo, etc.), producen efectos sobre la variable temporal. Esto es lo que denominamos valor indirecto de esta medición. Este doble valor es lo que hace que el conocimiento y el trabajo sobre la variable temporal, es decir, la duración de los procesos, sea una de las más utilizadas para generar tanto control de gestión como análisis de desempeño.

22. Los tiempos del proceso son, en consecuencia, una de las dimensiones de control y responsabilidad del poder judicial, tanto de los funcionarios en particular, como de los órganos de administración y gobierno del sistema. Existe muy poca conciencia de que la gestión del tiempo es una tarea permanente con alto impacto en la calidad del servicio. Muy pocos sistemas judiciales tienen una actividad permanente en este sentido. Menos aún tienen sistemas u oficinas de monitoreo de este problema. De hecho los programas de control de la mora deberían ser permanentes; al contrario se utiliza la sobrecarga de trabajo (que produce y, a la vez, es consecuencia de las rutinas retardatorias) como una justificación permanente de muchos de los malos funcionamiento sin que se aprecie el uso consistente de mecanismos para controlar la sobrecarga de trabajo. Las prácticas organizacionales de control del tiempo y de la sobrecarga de trabajo son uno de los indicadores más clara de una organización que ha tomado las riendas de sus propios procesos de trabajo y se preocupa por obtener resultados.

3. La calidad de las sentencias

23. Si existe un tema sobre el cual el sistema judicial debe rendir cuentas es sobre la calidad de sus sentencias ya que es uno de los ejes principales de sus tareas y posiblemente aquél que tenga mayor influencia en la construcción de legitimación y confianza. Sin embargo es una de las dimensiones en las que existe menor trabajo. De hecho son pocos los casos en los que existe algún mecanismo de control de esa calidad y de entrenamiento a los jueces para que puedan mejorar la calidad de sus sentencias. Más aún el modelo usual de sentencias que se usa en la región se parece mucho más al dictamen final de un sumario administrativo que a una decisión que salda un litigio. Información irrelevante, formas expresivas arcaicas, nula preocupación por la comunicación, defectos formales y carencia de razonamientos son una constante demasiado extendido en el funcionamiento de nuestros sistemas. Si la función judicial tiene como uno de sus ejes la actividad de sentenciar se puede constatar con bastante facilidad el poco entrenamiento y preocupación que existe en la mayoría de nuestro Poderes Judiciales para avanzar en el mejoramiento de esa dimensión. Se ha instalado la idea de que esa calidad no se puede medir, o solo se puede medir de un modo muy personalizado. Eso no es cierto, es posible construir matrices de análisis de la calidad de la sentencia que permitan construir un conjunto de estándares más precisos y los órganos de control deben desarrollar, preferentemente en conjunto con sectores externos, mecanismos permanentes de análisis de la calidad de las decisiones judiciales.

4. La estabilidad y seguridad de la jurisprudencia

24. Otro de los temas de los cuales debe rendir cuentas el Poder Judicial es sobre el

desarrollo, la estabilidad y la evolución de la jurisprudencia. Más allá de la caracterización del sistema judicial como perteneciente a una u otra tradición todos los sistemas judiciales necesitan consolidar la jurisprudencia como una forma de evitar el funcionamiento azaroso de los tribunales. Los litigantes planean sus casos en base a la previsibilidad de los tribunales y una parte importante de lo que denominamos “seguridad jurídica” consiste en la calidad y consistencia de esa previsibilidad. La doctrina trabaja sobre ella, ya sea ratificando la corrección de sus decisiones o señalando la necesidad de corregirla; la enseñanza del derecho, como adiestramiento de la abogacía, consiste, en gran medida, en el conocimiento de esa tradición de los tribunales y el desarrollo de la capacidad crítica. Sin embargo, los sistemas judiciales, en nuestra región, no son muy cuidadosos de esta herramienta central. En aquéllos sistemas donde existe una larga tradición de respeto al precedente, existen mecanismos más desarrollados de evaluación y control de esa práctica. En los sistemas latinoamericanos, muchos de ellos sin mayor claridad sobre esa práctica —a pesar de que, incluso, se la declara obligatoria por ley— no existen mayores mecanismos para hacerlo.

25. Para poder desarrollar esta tarea y facilitar su control es necesario, en primer lugar, establecer criterios más claros acerca de que como hacer las sentencias. Ellas hoy fluctúan entre el mero formulario, que llena páginas y páginas de información irrelevante, o la sentencia “monográfica” que abunda en consideraciones doctrinales y reflexiones tangenciales que poco tienen que ver con lo caso en cuestión y escurecen la decisión tomada. En segundo lugar, se debe facilitar el conocimiento de esas sentencias. En algunos países se han desarrollado empresas privadas que cumplen la tarea de recopilar los fallos

y crear buenas bases de datos y, sin duda, es un tema en el que se ha avanzado en los últimos años, pero todavía queda mucho trabajo por delante, ya que el aumento en la cantidad y en la especialización de muchos tribunales hace que todavía el conocimiento de esa jurisprudencia sea endeble. En tercer lugar, son pocos los sistemas judiciales que tienen mecanismos para analizar la coherencia de los fallos de un modo general y permanente, de tal manera que los propios jueces puedan contar con esa información y adecuar sus decisiones a la jurisprudencia cuando constituye un precedente o apartarse con fundamentos sólidos y transparentes. La influencia de esta dimensión hace que sea una de los grandes temas sobre los cuales se debe rendir cuentas, ya que en definitiva la previsibilidad y la transparencia de un sistema jurídico –y ya se sabe la importancia que ello tiene para los distintos órdenes de la vida social- proviene de los que los tribunales hagan con ese ordenamiento jurídico. En las últimas dos décadas se ha insistido sobre la seguridad jurídica, como un factor central del desarrollo económico y social pero no se insiste lo suficiente sobre lo determinante que es para esa seguridad que los sistemas judiciales den cuenta de la solidez, previsibilidad y fortaleza de su jurisprudencia.

5. El cumplimiento de las sentencias

26. No suele estar claro todavía cual es el nivel de responsabilidad de las organizaciones judiciales en el efectivo cumplimiento de sus decisiones. Nadie duda, por cierto, que el carácter coercitivo de la decisión judicial es una condición indispensable de la eficacia, seriedad y legitimidad de la administración de justicia. Sin embargo, el cumplimiento de las decisiones queda siempre en un cono de sombra, tanto desde el punto de vista de la responsabilidad como del control. Es necesario poner

este tema en el centro de las dimensiones de responsabilidad y control porque la debilidad del cumplimiento de las decisiones judiciales genera problemas que repercuten en casi todas las otras dimensiones. No es extraño que sentencia de tribunales importantes –incluso de los tribunales superiores- sean incumplidas por varios años. Aún más, es bastante usual que sea el propio Estado el primero en incumplir de un modo masivo las decisiones judiciales. Y ello no ocurre sólo con las sentencias. Pedidos de informes que no se contestan, citaciones que no se cumplen, ordenes de captura que son olvidadas, etc. Ciertamente son distintos sectores del Estado los que tienen responsabilidad, pero se debe ser claro, también, en pedirle cuentas a las organizaciones judiciales sobre los esfuerzos y métodos de control y seguimiento que desarrollan para asegurar el cumplimiento de sus sentencias o para aplicar las sanciones y correctivos con que cuentan para disminuir la desobediencia a las decisiones judiciales. En este campo, creer que el sistema judicial es “víctima” de esta práctica es un mal camino. Los perjudicados son los ciudadanos, ya sea en un caso en particular o como colectivo que ve debilitada una de las instituciones de gobierno. Por eso la administración de justicia tiene responsabilidad en el seguimiento y reducción de este problema.

6. Las consecuencias económicas y sociales de los fallos

27. En el marco de una sociedad cada vez más compleja y de interrelaciones más profundas entre grupos, individuos, regiones y, por lo tanto, de conflictos extendidos y complejos, las decisiones judiciales cumplen funciones sociales cada vez más determinantes. No sólo se acrecienta la importancia y complejidad de los litigios –proceso que es vivido de un modo traumático por el sistema judicial que ahora,

muchas veces, épocas de mayor simplicidad-sino que aumentan los litigios que repercuten de un modo determinante sobre colectivos de personas o la sociedad en su conjunto. Esto de un modo directo, por el creciente litigio colectivo o las acciones de clase, o de un modo indirecto, por el costo que representa al Estado que muchas veces debe reorientar su gasto en base a decisiones judiciales. Claro está que los jueces deben aplicar la ley y les compete a los legisladores diseñar el sistema normativo idóneo para la realidad de cada país. Pero esa limitación no implica que el sistema judicial permanezca ciego a las consecuencias económicas y sociales de los fallos. Muchos tribunales, en particular los que deben realizar la última interpretación constitucional han tomado nota de este problema y se han abierto nuevas formas de decisión cuando ella afecta de un modo extendido el desarrollo de una política pública. De un modo u otro, las instituciones judiciales deben dar cuenta del modo como permanecen atentas a las consecuencias de sus decisiones. Les es exigible que retroalimenten a los jueces con información sobre el impacto de las decisiones. Ellas pueden modificar prácticas económicas, de respeto al medio ambiente, relaciones familiares y hasta la propia vida individual. Por lo tanto no es admisible una administración de justicia ciega a esta dimensión. No siempre serán responsables los jueces ya que en muchas ocasiones será el diseño legislativo el que provoque el buen o mal efecto social; pero de todos modos esa información es relevante y siempre debe producir algún tipo de impacto interno. En definitiva, le es exigible a las instituciones judiciales un nivel elevado de atención, retroalimentación y análisis de las consecuencias de sus decisiones, como una información relevante para la orientación del sistema en su conjunto.

III. RENDIR CUENTAS DE LA EFICACIA DEL GOBIERNO. TEMAS Y HERRAMIENTAS

1. Defensa de la independencia judicial

28. El gobierno judicial, como ya hemos visto, es una dimensión a la que se le presta poca atención, interna y externamente, pero que, sin embargo, tiene una enorme influencia en el desempeño de los jueces y en el funcionamiento general del sistema. Vimos, por ejemplo, que una de las tareas centrales del gobierno es la defensa de la independencia judicial –siempre amenazada por los otros poderes del Estado, por los distintos poderes fácticos y acrecentada esa amenaza por el poder de los medios de comunicación- y esa independencia es, precisamente, una de las variables que principalmente tomamos en cuenta para medir la calidad y la responsabilidad de un sistema judicial. Pero debemos tener claro que la defensa de la independencia judicial no es una tarea solitaria de cada juez; es una tarea colectiva que debe ser encarada con firmeza por quienes ejercen el gobierno judicial, ya que la autonomía del poder judicial es sólo un mecanismo para asegurar la independencia de cada juez, como un modo de garantizar la imparcialidad, que es la primera y principal garantía que le exigimos al sistema judicial. Se debe exigir al sistema judicial que se haga responsable de la defensa de la independencia de los jueces, ante los ataques externos e internos. Existen mecanismos precisos para ellos, tanto de atención permanente de los órganos de gobierno, como de petición de ayuda de los jueces que se sienten amenazados o perturbados en esa independencia. Las instituciones judiciales tienen poca claridad sobre esta misión del gobierno y suelen confundirlo con la mera administración o control de gestión. Se debe poner especial

énfasis en la rendición de cuentas de la función de gobierno.

2. Cumplimiento de metas

29. También hemos visto que otra función de gobierno consiste en la fijación de metas, dentro del marco de una planificación para el cumplimiento de objetivos. Las instituciones judiciales suelen tener poca conciencia de la necesidad de establecer prioridades para el logro de metas. Ello es el resultado de una larga tradición que las limita simplemente a tramitar casos de un modo ciego o, todavía peor, a la práctica organizacional consistente en dejar que sea la rutina la que fija las prioridades sin control, sin decisión, sin responsabilidad. Una de las formas más evidentes de evadir responsabilidades es no tener metas y objetivos sobre los cuales dar cuenta. Subyace la creencia de que los jueces, por ejemplo, deben dar cuenta solamente de su honestidad personal, expresada generalmente en la condición de independencia. Esta visión moralista de la función judicial nos impide realizar un verdadero control sobre las funciones institucionales del sistema judicial, más allá de las responsabilidades y calidades personales. El hecho de que los tribunales simplemente “deben aplicar la ley” no es un obstáculo –y si una excusa– ya que, como toda organización humana, las condiciones de eficiencia (su productividad) generarán prioridades explícitas u ocultas. Las metas que se imponen las instituciones del sistema judicial a través de sus órganos de gobierno son de muy diversa clase. Fortalecer la aplicación de una ley que socialmente se considera prioritaria, agilizar casos en los que están en juego situaciones de urgencia, responder a problemas muy graves que están generando una especial litigiosidad, corregir defectos del funcionamiento del sistema (como las metas de corrección de mora, por ejemplo),

o ampliar la cobertura del sistema judicial en áreas determinadas. El sistema judicial debe planificar su actuación y debe dar cuenta de su planificación. Es conveniente, además, que el proceso de planificación y su formulación sea lo más transparente posible, ya que ella afectará siempre a diversos intereses que tienen derecho a expresar su apoyo o su reclamo.

3. Correcta asignación de recursos y cumplimiento del presupuesto

30. Como consecuencia directa de la planificación surge la responsabilidad de la asignación de recursos, directamente vinculada al cumplimiento del presupuesto. Sigue siendo un problema –pese a los avances observados– la oscuridad y desorden de los presupuestos del Poder Judicial. Ya sea porque no responden todavía a criterios técnicos claros, sea porque no se conocen –y es usual que los propios jueces desconozcan el presupuesto del cual depende su trabajo– o porque la ejecución presupuestaria es desordenada y oscura o porque las remisiones de dinero del Tesoro son postergadas o negociadas permanentemente, o porque no existe conciencia del uso de fondos públicos, siempre escasos, lo cierto es que no hay todavía una adecuada transparencia ni control del gasto del sistema judicial. En la última década se ha avanzado en este campo e incluso se han previsto asignaciones constitucionales, pero todavía existe un desarrollo muy desigual y escaso control interno y menos aun externo del diseño del presupuesto y su ejecución. Muchos presupuestos son todavía genéricos, sin que se pueda analizar el gasto por sectores y menos aún vincularlo a la productividad del sistema. El gasto judicial –más allá del pago de sueldos– tiene poco control y se va extendiendo el uso de contratos personales para distintos niveles de funcionarios, lo que reclama nuevos y más exigentes tipo de auditoría.

4. Transparencia, regularidad y eficacia del sistema disciplinario.

Ética de los jueces

31. La disciplina y la moralidad de cualquier organización no dependen de su sistema de sanciones sino de otros factores que aseguran la adhesión de los miembros a valores, pautas de conductas y autorestricciones. El sistema disciplinario es una herramienta correctiva, en consecuencia, que debe ser utilizada sólo por necesidad y con mucha precisión. En el caso de la judicatura, que se encuentra por definición en medio de intereses en conflicto, se debe tener especial cuidado de que sus herramientas disciplinarias no sean distorsionadas para presionar a los jueces. Por ello se debe exigir una especial transparencia en todo lo relativo a facultades disciplinarias. Ese control es una de las funciones propias del gobierno. Se debe rendir cuentas en este campo en dos dimensiones: por un lado el sistema judicial debe dar cuenta del nivel de adhesión a los valores, actitudes y conductas que se han establecido como valiosas. Por ello es tan importante clarificar cuáles son ellas (una de las funciones principales de los códigos de ética) y dar cuenta de todos los mecanismos que se ha realizado para mantener esa claridad y esa adhesión. El sostenimiento de una cultura judicial apegada a los valores que son fijados como rectores es una tarea de gobierno sobre la cual se debe dar cuenta; por otro lado, se debe dar cuenta de la precisión, necesidad y corrección del uso de las herramientas disciplinarias. El restablecimiento de la disciplina a través de las sanciones implica ya una situación de quebrantamiento de la cultura de adhesión que debería haber sostenido la conducta de los jueces y por ello debe existir mucha claridad en ese uso. Esta dimensión exige mucha responsabilidad ya que se ha observado un uso no siempre bien controlado de la dimensión disciplinaria para controlar jueces y

producir efectos de corto plazo. Inspectores, supervisores y prácticas de miedo, justificadas muchas veces en valores positivos o en problemas reales de las instituciones judiciales, pero que esconden otras finalidades o constituyen remedios desesperados que agravan los problemas. Se debe fomentar un control externo fuerte sobre el uso de los sistemas disciplinarios y, en todo caso, asegurar la máxima transparencia y garantías en la aplicación del sistema disciplinario.

5. Prepararse para el futuro.

Planificación Estratégica

32. Toda planificación debe prever los escenarios futuros. La planificación estratégica que le debemos pedir al sistema judicial no es simplemente la planificación de su propio funcionamiento sino que implica un ejercicio de anticipación de los escenarios conflictivos de futuro y de los derechos que estarán en juego. Si se traslada esa anticipación simplemente al plano normativo se acrecienta la tendencia que tienen nuestros países a la legislación ficcional que genera frustraciones y, muchas veces, debilita a los sectores más débiles de cada área conflictiva. Más allá de cualquier discusión teórica (como las del realismo jurídico) nadie niega que lo que sea el sistema normativo y la lucha por los derechos en el futuro dependerá en una buena medida de lo que hagan y digan los tribunales y los demás actores del sistema judicial. Actualmente –y esto es un tema de coordinación institucional– el sistema judicial aparece siempre “sorprendido” por la nueva legislación y los legisladores no tienen en cuenta el impacto en los tribunales de las nuevas leyes. Quienes pierden en esta forma de trabajo son los sectores que buscan institucionalizar los conflictos, mejorar la defensa de sus intereses a través del derecho o evitar nuevas formas de abuso de poder. Debemos exigirle al sistema judicial que se involucre en

la anticipación de los escenarios futuros, ya que la política judicial no es más que un segmento de la política general de gestión de la conflictividad. Las herramientas de planificación estratégica y las formas participativas de elaboración de esa planificación son una herramienta que se debe fomentar para construir esa visión en el sistema judicial.

IV. RENDIR CUENTAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS

1. Clarificar quien administra

33. ¿Quién se hace responsable de administrar a las instituciones judiciales? ¿Cuál es la dimensión específica de esa administración? ¿Qué impacto real tiene en la prestación y en la calidad del servicio judicial? Aunque estas preguntas parecen obvias nos sorprendería descubrir el grado de desorden, oscuridad y hasta primitivismo que impera en la administración de los Tribunales. Más sorprendente aún es el hecho de que buena parte de esas decisiones –y no necesariamente las más importantes- son tomadas por jueces con grave detrimento para su trabajo jurisdiccional y nula preparación para esa tarea. Es bastante usual que Presidentes de tribunales e, incluso, de las Cortes Supremas terminen participando en miles de expedientes administrativos, sobre temas menores, que deben firmar sin tener posibilidades de control y sin que se trate de decisiones que requieran la participación de altos niveles de gobierno. En el diseño institucional es necesario que las instituciones judiciales separen con claridad jurisdicción, gobierno y administración. Le es exigible a los sistemas judiciales que lo hagan porque la modernización administrativa no es una necesidad interna sino una forma de garantizar un servicio de calidad. Mientras ello va ocurriendo es necesario realizar una clarísima diferenciación conceptual, que permita el con-

trol en los tres niveles, tal como proponemos en este trabajo. Caso contrario se desdibuja la responsabilidad y perdemos claridad en la demanda de transparencia y responsabilidad.

2. El costo real del sistema. *Burocracia y servicio efectivo*

34. El costo real o total del sistema judicial es algo distinto de los gastos corrientes o de las inversiones directamente vinculadas al funcionamiento de las organizaciones. No sólo en el sentido del costo político (imperio de la ley, cultura de la legalidad, tolerancia, control del poder, etc.) que es algo más inasible y general sino en el costo económico y social tangible y, en muchos casos, calculable. Buena parte de las instituciones judiciales se relacionan con el mercado de productos, con los servicios de locaciones de vivienda, con el mercado laboral, con el cobro de créditos, con el pago de alimentos, etc. Situaciones sociales en las que el mejor o peor funcionamiento de la justicia tiene una incidencia directa. Por ejemplo, el encarecimiento del crédito, las mayores o menores dificultades para alquilar una vivienda, la seriedad del sistema impositivo, el cálculo de las pensiones, la fortaleza de los derechos laborales, los costos del despido, etc. son sólo alguna de las dimensiones del costo real del sistema que debe ser considerado por las autoridades y por quienes pretenden que el sistema judicial se haga responsable de su accionar. Existe una tendencia a considerar simplemente el gasto y sin duda, como hemos visto, el control de gasto del poder judicial y su impacto en la productividad es un tema sobre el cual se debe dar cuenta. Pero no se agota el costo en la vida interna de las burocracias y su mayor o menor capacidad para tramitar asuntos. De lo que se debe hacer responsable el sistema judicial es de la incidencia de su funcionamiento en los distintos costos económicos y sociales. Ciertamente no estamos

muy acostumbrados a realizar estas mediciones, pero no es cierta que ellas no pueden ser realizadas. Es perfectamente calculable los montos de dinero inmovilizado en diversas situaciones y afectado por la mora en el tratamiento, como es también calculable el costo social o estatal de muchas decisiones judiciales o lo que se pierde por la demora. Debemos exigir a las instituciones judiciales que rindan cuenta tanto de esta dimensión en términos objetivos como de la conciencia que tienen de este problema. El marco teórico ya existe (desarrollado en buena medida alrededor del análisis económico del derecho y los debates que giran alrededor de sus propuestas teóricas), pero nos falta desarrollar una práctica institucional fundada en herramientas de cálculo más sencillas.

3. Los distintos sistemas de personal y apoyo a lo jurisdiccional

35. Las organizaciones judiciales se caracterizan todavía por estar supeditadas a modelos antiguos y sistema de administración de personal deficiente y poco transparente. En gran medida ello ha sido el resultado de una larga práctica de delegación judicial. Es decir, el personal de los tribunales o de otras instituciones hace el trabajo que en realidad les corresponde a jueces y funcionarios en una importante indiferenciación de lo que es de mero trámite, lo que son decisiones estandarizadas o automáticas (como en los procesos de ejecución) de lo que son verdaderas sentencias o dictámenes jurídicos. El modelo de juzgado, es decir un modelo celular de organización de las oficinas, que repiten tareas y no cuentan ni con servicios comunes, ni con especialización, coordinación ni comunicación con las otras celdillas, es acompañado por un tipo de personas con poca capacidad técnica u orientado a ser un camino de preparación para los estudiantes de abogacía. Un juego

de ficciones hace luego que este tema quede oculto y no se le pida rendición de cuentas al sistema judicial sobre que principios y que reglas funcionales constituyen los sistemas de apoyo a la tarea sustantiva y como se lleva adelante la carrera técnico-administrativa del personal. Los Poderes Judiciales deben dar cuenta de su administración de personal. El fuerte apego a modelos arcaicos hace que este tema sea visto como algo extraño, dado que los empleados hacen lo que deben hacer y han hecho siempre. Sin embargo, el crecimiento de las burocracias judiciales, obligadas a llevar adelante decenas de miles de casos por año, la necesidad de responder con prontitud, la creciente especialización y la disponibilidad social de conocimientos sobre como llevar adelante organizaciones y su administración, el fuerte impacto tecnológico, etc. hacen indispensable incluir esta dimensión entre aquéllas sobre las cuales es necesario pedir rendición de cuentas.

4. La disponibilidad de información

36. Como ya hemos indicado, la transparencia no es sólo un estado sino una forma de diálogo. Es transparente un circuito de comunicación en el que no sólo la información fluye de un lado a otro sino que los mensajes son comprensibles para los sujetos, más allá de cual sea la reacción que tengan frente a ellos. Esto es importante a la hora de exigir que los sistemas judiciales tengan información disponible. Información sobre todos los segmentos que estamos señalando como aquéllos sobre los cuales es necesario rendir cuentas. No se agota este tema en el simple acceso a los anuarios de información, que se han convertido en la mejor forma de evitar la construcción de un circuito de comunicación. La disponibilidad de información debe ser variada, precisa, pertinente para rendir cuentas. Es cierto que en muchos sistemas judiciales no existe

ni siquiera la información estadística más elementales, pero en otros la abundancia de datos y los modos de presentación son otra manera de oscurecer el panorama y eludir el diálogo de rendición de cuentas. Cada dimensión de la que aquí hablamos tiene un tipo específico de información que le es pertinente y un nivel de complejidad que le es óptimo para las funciones de control y responsabilidad. Por otra parte, los sistemas judiciales deben estar muy abiertos a las investigaciones externas; es más deben promoverlas mediante subsidios, premios, becas, proyectos de investigación conjunta, etc.

5. Corrupción

37. La rendición de cuentas sobre los niveles de integridad del sistema judicial no constituye un tema más sino el entrecruzamiento de muchos de los niveles que hemos señalados, visto desde la perspectiva de la corrupción de los funcionarios. El abandono de las funciones del sistema para satisfacer intereses privados, individuales o sectoriales que constituye el núcleo de la corrupción genera en el caso de los sistemas judiciales un verdadero escándalo ya que todavía existe la expectativa de que sean estos sistemas quienes, además de su propia integridad, cumplan una función relevante en el control de la integridad de los otros poderes. Mucho más aún cuando el problema de la corrupción en los sistemas democráticos excede en mucho a la simple moralidad de los funcionarios ya que ella está vinculada a extensas redes de cooptación mafiosa del Estado, que distorsionan tanto el sistema político como económico. En consecuencia, la rendición de cuentas sobre la corrupción de los sistemas judiciales tiene un valor mayúsculo en el problema general de la corrupción en nuestros sistemas sociales. Ello implica que la administración de justicia no puede limitarse a una visión ética del problema sino que debe

proveer el conjunto de información, de acciones decididas, de control interno y externo y de apoyo institucional para que verdaderamente se avance en este punto.

V. ¿RENDIR CUENTA ANTE QUIEN?

1. La rendición de cuentas ante los jueces y funcionarios

38. La rendición de cuentas tiene varias dimensiones. Cada juez es responsable de su trabajo, quienes gobiernan son responsables del gobierno –y en la medida que se avance con la democratización del gobierno judicial los jueces serán responsable en conjunto del gobierno- y otros serán responsables de la eficiencia de la administración. Los distintos segmentos comparten responsabilidad en múltiples combinaciones que dependerán de los sistemas y de cada una de los tipos de institución judicial. Sin embargo se debe llamar la atención que el primer paso es que se rindan cuenta de la totalidad del sistema ante los propios jueces. El trabajo está interconectado, pero también lo está la influencia de unos sobre otros en términos de legitimidad social, de uso de recursos, de transferencia de ineficacias, etc. Una de las razones por las cuales cuesta que en el sistema judicial se asuma la tarea de dar cuenta del trabajo ante la sociedad es porque primero no existe la práctica de dar cuenta ante los propios jueces y miembros del sistema. Es usual que los jueces no tengan el menor conocimiento del funcionamiento de sus áreas más cercanas, carezcan de interés por el diseño y la ejecución del presupuesto –salvo la queja generalizada y no siempre justificada de falta de recursos-, que nadie les presente un informe sobre el resultado de las acciones de gobierno o del funcionamiento del sistema disciplinario. Ni siquiera suelen existir las instancias institucionales (como las Asambleas de jueces) para que esta información sea presentada por

los responsables. De este modo, se segmenta toda responsabilidad y, como generalmente, quienes ejercen el gobierno-administración sólo lo hacen por un período breve, entonces no existe mayor conciencia de la idea misma de responsabilidad social. Por tal motivo, el primer segmento ante el cual se debe rendir cuenta, en todas las dimensiones que hemos señalado, es el de los propios jueces o funcionarios de las instituciones del sistema judicial.

2. El diálogo con el conjunto de la sociedad

39. Sin duda el sujeto principal ante quien se debe rendir cuentas es el conjunto de la sociedad, pero ello se puede volver algo difuso, que en última instancia no genere más que el cumplimiento de una formalidad. Para evitarlo, en primer lugar, se debe fragmentar la rendición de cuentas de tal manera que se haga ante sectores sociales que tienen cercanía con los servicios judiciales de los que se debe dar cuenta. Un informe general sobre las condiciones de la administración de justicia se vuelve información irrelevante para la gran mayoría de la gente. No pasaría lo mismo si la rendición se realiza ciudad por ciudad o distrito judiciales. Es más, tampoco debe parar allí la especificidad de la rendición de cuentas, ya que si lo que interesa es construir verdaderos circuitos de comunicación ello se debe hacer sobre la base de intereses específicos. Generalmente esos intereses se encuentran con algún nivel de organización, ya sea en asociaciones civiles, simples agrupamientos, fundaciones, etc. El sistema judicial es bastante reacio a tomar contacto permanente con esos sectores, muchos de los cuales tienen posiciones críticas frente a la administración de justicia o responden claramente a intereses que litigan en los tribunales. Es cierto que no puede quedar atrapada la rendición de cuentas sólo en ese circuito, pero es también cierto que es allí don-

de se encuentra el mayor interés y la mayor atención. Sólo a través de un cambio del tipo de diálogo con esas organizaciones se fortalecerá el diálogo con el conjunto de la sociedad. Finalmente es ineludible rendir cuenta ante el conjunto de la sociedad a través de los medios masivos de comunicación. Una vez más la administración de justicia se encuentra ante un escenario difícil –que es difícil para todo los órganos de gobierno- pero que es ineludible para darle un sentido real y positivo a la idea de publicidad. Es necesario abandonar la idea de que rendir cuentas a la sociedad es presentar informes que nadie tiene interés en leer tal como se los suele presentar. Al contrario, las nuevas políticas de comunicación que, por suerte, vienen desarrollando algunas instituciones del sistema judicial permiten hoy un diseño más complejo e inteligente de los modos de presentarse ante los distintos segmentos de la sociedad, no sólo para dar cuenta de los defectos sino para transmitir los logros del sistema judicial que muchas veces son significativos y pasan desapercibidos para la gran mayoría de los actores sociales. Se debe evitar, en particular, la tendencia de muchas organizaciones judiciales a promover el diálogo solo en situaciones de crisis, cuando los ánimos están crispados o las demandas ya son difíciles de satisfacer en el corto plazo.

3. La rendición de cuentas interinstitucional

40. El diálogo con la sociedad no debe hacernos olvidar que en los modelos republicanos de gobierno el control entre los distintos poderes es parte de la esencia del sistema. En primer lugar el Poder Judicial debe dar cuentas ante el Parlamento, en un doble sentido. En primer lugar porque finalmente allí reside la mayor representatividad popular y es el órgano en que confluyen las mayores funciones de control de los otros poderes. En segundo lugar, porque

es necesario que el Poder Legislativo tenga información sobre el modo como se hacen cumplir las leyes. Se ha abandonado el sentido político de esta rendición de cuentas parlamentaria, que no debe ser visto como algo que afecta a la independencia de los jueces sino como el más sano y posiblemente eficaz modo de dar cuenta de las tareas realizadas ante los representantes del pueblo, elegidos democráticamente. Si bien le corresponde también al parlamento el control presupuestario, el manejo del Tesoro y la compleja gestión de los recursos públicos quedan en manos del Poder Ejecutivo. La idea de unidad del gasto público y del Tesoro fortalece esta función. Por ello desde el sistema judicial también se debe rendir cuenta sobre el uso de los recursos a las instancias de control y diseño del presupuesto. Muchas veces también la aplicación de la ley, con sus virtudes y sus defectos, se encuentra en manos del Poder Ejecutivo, contar con información sobre ello y analizar el impacto de las decisiones del sistema judicial en las políticas públicas forma parte tanto de la responsabilidad del Poder Judicial como de la del propio Ejecutivo. Finalmente en todos los países existen sistemas de control de legalidad y transparencia, que van ganando terreno en la modernización de las herramientas de control. El sistema judicial es también un contratista que debe ser especialmente transparente en sus erogaciones. La diversidad de instituciones vinculadas en la rendición de cuentas del sistema judicial muestra como ello es una tarea compleja que reclama trabajo y que requiere la organización de oficinas con personal especializado para llevar adelante esta actividad con la variación de dimensiones, lenguajes y técnicas. Nada más alejada que los viejos informes de labores que en muchos casos sigue siendo el paradigma de rendición de cuentas, claramente obsoleto para las necesidades de un gobierno y una sociedad del siglo veintiuno.

4. Los organismos especializados.

41. Si queremos avanzar en la profundidad y calidad de la rendición de cuentas debemos tomar nota que en la complejidad del gobierno moderno existen muchos organismos especializados preocupados por el monitoreo de sectores de la política pública. También en el conjunto de la sociedad existen nuevas organizaciones con capacidad de monitorear el desarrollo de políticas públicas y analizar sus efectos sociales. Institutos de Economía, de Relaciones Laborales, Observatorios de Derechos Humanos, Centro especializados en el funcionamiento del sistema judicial, secretarías especializadas del Estado (mujer, niños, ancianos, comercio exterior, discapacidades, política criminal, etc.), y muchas otras instancias constituyen la red social y política más atenta al funcionamiento de las instituciones judiciales y con mayor capacidad de analizar en profundidad el desempeño de los jueces y funcionarios y la eficacia general del sistema. Si duda que el sistema judicial no debe quedar limitado al diálogo con estas instancias, pero también es cierto que no se puede profundizar en la rendición de cuentas sin establecer relaciones de trabajo con estas instituciones que obligan a un trabajo de mayor profundidad, especialización y rigor técnico.

5. La comunidad internacional

42. La comunidad internacional no es una idea vaga o una aspiración sino que hoy se expresa en una multiplicidad de acuerdos y organizaciones internacionales con presencia muy concreta y a través de una trama de obligaciones estatales también muy desarrollada que obliga a una responsabilidad internacional precisa. Es claro que el sistema judicial no tiene responsabilidad directa ante la comunidad internacional sino que actúa a través de la representación unificada del Estado, aún en los sistemas federales. Pero muchas de las

acciones del sistema judicial son observadas por esas instituciones o inciden de un modo directo en la responsabilidad internacional del Estado. Ya se ha observado como el mal funcionamiento de un sistema judicial puede funcionar como una barrera aduanera indirecta o puede afectar acuerdos multilaterales o bilaterales de cooperación económica o puede abrir instancias internacionales de control, etc. El sistema judicial debe incorporar, en consecuencia, la práctica de brindar información y dar cuenta de su actividad en términos de impacto en las relaciones internacionales.

VI. CONCLUSIONES

1. El sistema judicial debe rendir cuenta sobre una multiplicidad de áreas que todavía deben ser discernidas y desarrolladas con mayor claridad en las prácticas actuales de las instituciones judiciales. Ello obliga a diferenciaciones ineludibles: primero, entre tipo de organizaciones judiciales y para-judiciales (tribunales, fiscalías, defensorías, etc.); luego entre funciones, que giran alrededor de lo jurisdiccional, el gobierno y la administración, como áreas de trabajo diferentes, sometidas a reglas especiales; tercero entre actores sociales y políticos también diferentes, cada uno con características que obligan a construir diálogos diferentes.

2. La rendición de cuentas obliga a construir transparencia, no como un simple estado de disponibilidad de información sino como una forma específica de diálogo social y político. No alcanza, en consecuencia, con “abrir las puertas del sistema judicial” sino que esa

transparencia obliga un activismo del sistema judicial para rendir cuentas.

3. Las formas tradicionales de rendición de cuentas –cuando existen– son hoy inadecuadas para satisfacer las necesidades y los temas expuestos. No sólo es necesario renovar el pensamiento sobre estos tópicos –para lo cual una clarificación conceptual es útil– sino que se debe dar un gran salto de calidad en la forma, tiempos y modalidades actuales de la rendición de cuentas. La sola idea de que ello es una actividad que se debe realizar al fin de un período y con un informe unitario muestra lo lejos que estamos de las nuevas formas de rendición de cuentas permanente, especializada, fragmentada y ágil que reclama la política y los órdenes sociales del presente.

4. Las distintas organizaciones judiciales necesitan contar con oficinas dedicadas de un modo permanente y profesional a esta tarea, que permita coordinar por otra parte, las distintas oficinas que producen información o análisis que no necesariamente deben estar orientadas a la rendición de cuentas como tarea específica.

5. Finalmente las organizaciones judiciales deben establecer métodos, oficinas y responsables para tomar nota de las respuestas a la rendición de cuentas. Se trata de un diálogo que permite ajustar funcionamiento y responsabilidad y por lo tanto si el sistema judicial no es sensible a la respuesta a sus informes, entonces no existe verdadera rendición de cuentas.

**SOBRE EL FRAUDE FISCAL
COMO ACTIVIDAD DELICTIVA
ANTECEDENTE DEL BLANQUEO DE DINERO***

Eduardo Demetrio Crespo¹

*Agradezo al Prof. Dr. Miguel Abel Souto las observaciones efectuadas al primer borrador de este artículo.

¹ Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

- **Sumario:** I. Actividad delictiva antecedente y (auto-) blanqueo; II. Regularización tributaria y blanqueo; III. Delito tributario y blanqueo de dinero; IV. Conclusiones; V. Bibliografía
- **Resumen:** ¿Puede el delito fiscal constituir actividad delictiva previa a efectos del delito de blanqueo de dinero cometido por el mismo sujeto activo? Por un lado, tanto la actual regulación del art. 301 del Código Penal español (que admite expresamente el autoblanqueo), como las tendencias del derecho comparado, las exigencias que provienen de la Unión Europea y las recomendaciones del GAFI, no dejan lugar a dudas, la respuesta “tendría” que ser en principio afirmativa. Sin embargo, la cuestión ha suscitado una enorme polémica debido a la posible vulneración del principio *non bis in idem* y la evidente desproporción de la pena resultante en caso de admitir la existencia de un concurso de delitos entre ambas conductas típicas. En el artículo se examinan las posiciones doctrinales básicas, así como los pronunciamientos más destacados de la Jurisprudencia. Se toma partido por una tesis restrictiva, según la cual la pregunta enunciada más arriba no está correctamente formulada, pues no se trata de si delito fiscal (o cualquier otro) puede constituir como tal “actividad delictiva” antecedente a efectos del blanqueo de dinero sin ulteriores matizaciones, sino de la relación concursal (de delitos o de normas) que hay establecer entre ambos preceptos en cada caso.
- **Abstract:** Can the tax offense constitute prior criminal activity for the purpose of the crime of money laundering committed by the same active subject? On the one hand, both the current regulation of art. 301 of the Spanish Penal Code (expressly admitting self-laundering), such as comparative law trends, the demands of the European Union and the FATF recommendations, leave no doubt, the answer “would have to be” in principle affirmative. However, the issue has aroused a great deal of controversy because of the possible violation of the non bis in idem principle and the obvious disproportion of the resulting sentence in case of admitting the existence of a contest of crimes between both typical behaviors. The article examines the basic doctrinal positions, as well as the most important pronouncements of Jurisprudence. A restrictive view is taken of the fact that the question stated above is not correctly formulated, since it is not a question of whether a tax offense (or any other) can constitute as such a “criminal activity” for the purpose of money laundering without further clarifications, but of the concursal relationship (of crimes or of norms) that is established between both precepts in each case.

I. ACTIVIDAD DELICTIVA ANTECEDENTE Y (AUTO-) BLANQUEO

1. Introducción

A. Relaciones defraudación tributaria y blanqueo

Como señala Díaz y García Conlledo (2014, 609) las relaciones entre defraudación tributaria y blanqueo de capitales se estudian desde dos perspectivas, ambas no exentas de dificultades.

La primera de ellas no es objeto de análisis en esta ponencia y versa sobre la tributación de ganancias ilícitas, esto es, la posibilidad de cometer un delito fiscal por la no declaración de las ganancias obtenidas mediante el blanqueo de capitales; donde doctrina y jurisprudencia hacen depender la solución al problema de una serie de variables, entre las que se encuentra la condena previa y la existencia o no de decomiso de aquéllas.

Sin embargo, el problema que nos ocupa trata en cierto modo de un asunto que se mueve en sentido inverso, pues se refiere a la posibilidad (admitida en el derecho comparado²) de que el delito tributario pueda constituir la actividad delictiva precedente que conceptualmente exige el delito de blanqueo de capitales, lo que deviene un problema dogmático arduo condicionado por diferentes variables que a grandes rasgos se exponen a continuación, singularmente la introducción del autoblanqueo mediante LO 5/2010, 22.06 en el Código penal español (CPE).

B. Introducción del autoblanqueo mediante LO 5/2010, 22.06³

La redacción actual del apartado primero del art. 301 dada por el por el apartado sep-

tuagésimo octavo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, reza como sigue:

“1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”

Por un lado, ya la Jurisprudencia anterior a la reforma LO 5/2010 no requería una condena por un delito anterior, bastando la acreditación de actividad delictiva sobre la base de una serie de indicios tales como el *incremento inusual del patrimonio*, la *inexistencia de negocios lícitos*, o el *vínculo con actividades de narcotráfico*, a

² Sobre el particular, entre otros, Blanco Cordero (2011, 01:7 ss.).

³ Cfr., entre otras referencias: Díaz y García de Conlledo (2013, 281 ss.); Faraldo Cabana (2014, 41 ss.).

lo que se el Tribunal Supremo (STS 685/2013, 24.09) ha agregado algunos criterios de inferencia complementarios tales como la elevada cantidad de dinero blanqueado, la debilidad de las explicaciones sobre el origen de las ganancias, etc. (Martínez-Arrieta, 2014, 32).

Al mismo tiempo hasta la introducción expresa del autoblanqueo por dicha ley, se partía con carácter general de la no punición por blanqueo del autor o partícipe en la conducta delictiva anterior sobre la base de que esto supondría castigar la fase del agotamiento, si bien el TS lo admitía en algunos supuestos (Acuerdo 18/07/2006, según el cual el art. 301 CP no excluye en todo caso el concurso real con el delito antecedente), tendencia que se consolida con la STS 974/2012, 05.12 (STS 279/2013, 06.03; 282/2013, 22.03).

2. Antes y después del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 18/07/2006

En particular Martínez-Arrieta (2014, 36 ss.) distingue dos etapas: una primera que llegaría hasta el año 2006, en la que primaba la idea de que el autoblanqueo no debía castigarse al considerarse los actos correspondientes copenados y, por tanto, absorbidos por el delito previo, aplicando el principio de consunción; una segunda, favorable a la tipicidad y punición de esta figura, que se inicia simbólicamente con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional 18/07/2006 antes mencionado. En este último se decía lo siguiente: *“El art. 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados”*. *Jurisprudencia que lo desarrolla: STS 1260/2006, de 1 de diciembre.*

Más recientemente el Tribunal Supremo (STS 265/2015, de 29 de abril, FD Noveno) se hace eco de algunas de las críticas de la doctrina sobre los excesos en los que se podría incurrir y trata de delimitar el ámbito del

autoblanqueo del modo siguiente: *“el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concorra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por si mismo al bien jurídico protegido”*.

II. REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA Y BLANQUEO

1. Reforma del delito fiscal mediante LO 7/2012, 27.12

A. Objetivos de la reforma

La LO 7/2012, 27.12 en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social modifica la regulación del delito fiscal con diversos objetivos, que se mencionan en la Exposición de Motivos:

- a) La creación de un tipo agravado para los fraudes de especial gravedad y que eleve la pena de prisión hasta una duración máxima de seis años, lo que a su vez determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves sea de diez años;
- b) Posibilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal mediante la facilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación;
- c) Incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal;
- d) Introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda y a los Presupuestos de la Unión Europea;
- e) *Evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria.*
- f) También se prevén mecanismos para rebajar la pena para aquellos imputados que, una vez iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial.

B. Alcance de la regularización según la Exposición de Motivos LO 7/2012, 27.12

En la Exposición de Motivos de la LO 7/2012, 27.12, puede leerse:

“Una primera modificación ha consistido en configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente.

Esta nueva configuración de la regularización hace que ésta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, tal y como han destacado tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que de forma muy expresiva se han referido a la regularización como el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias.

En coherencia con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria”.

La valoración que merece esta suerte de “incursión” dogmática del legislador es altamente negativa, primero de todo por incurrir en un juego de artificios insostenible y, en segundo lugar, por querer dar una explicación desde la dogmática a una mera finalidad de política estatal recaudatoria, que nada tiene que ver, en mi opinión, con la política criminal en sí, al menos de modo directo⁴.

El “no-argumento” dogmático es del todo peregrino; esto es, que la regularización su-

⁴ En sentido parecido p.e. Díaz y García Conlledo (2014, 623), quien advierte que «los legisladores deberían evitar, máxime si la cuestión es debatida o, más aún, si es pacífica en sentido distinto, disertar sobre la naturaleza jurídica de las instituciones que regulan, lo que a veces se hace además para ocultar finalidades y propósitos reales menos “dignos”».

ponga un “retorno” con matices a la legalidad es una cosa, pero que “haga desaparecer el injusto” como por arte de magia, es inadmisibles y supone desconocer la naturaleza jurídico-penal de esta figura, que no puede ser otra que la de una “causa de levantamiento de la pena”, cuya sede natural es la punibilidad, esto es, un estadio que en nada afecta al delito entendido como injusto culpable.

Si esto parece bastante claro toda vez que no se puede hablar de una causa de atipicidad cuando la infracción ya se ha consumado, y menos aún de una especie de causa de justificación sobrevenida, dado que la regularización en nada afecta a la antijuridicidad de la conducta, es obvio que el levantamiento de la pena resulta de la voluntad legítima (aunque discutible) del legislador de primar motivos de política estatal recaudatoria frente al merecimiento y necesidad de pena (motivos de política criminal).

Ciertamente la doctrina aparece dividida en cuanto a la explicación última de la punibilidad, pues por un lado se intenta argumentar que, de un modo u otro, los elementos ubicados en ella encuentran su sentido a partir de los propios principios del Derecho penal, mientras que por otro se afirma que se trata simplemente de dar prioridad a otros fines del Estado frente a los del Derecho penal. La *primera posición* pone en duda que sea posible separar la política criminal de otras ramas de la política jurídica desde la perspectiva de que la renuncia a la pena en estos casos es en último término una *decisión político-criminal* que afecta a los fines del Derecho penal en la estructura del funcionamiento de la sociedad. La *segunda posición*, por el contrario, separa lo uno de lo otro, en el sentido de la renuncia a la pena como una *decisión jurídico-política*, dado que el castigo sería pertinente en sí mismo, pero no parece oportuno por otros motivos. Finalmente, una posición intermedia,

distingue entre “contramotivos” del castigo de naturaleza extrapenal, como en el caso de la inviolabilidad parlamentaria, y otros que obedecen a criterios de naturaleza penal, como la idea de que el autor merece indulgencia a causa del desistimiento voluntario de la tentativa (Jescheck / Weigend, 2002, 593)⁵.

En mi opinión estamos ante un caso en el que no interviene la política criminal en primer término, sino que como mucho ésta se ve afectada como reflejo de una decisión previa de otra naturaleza.

2. Cambiarlo todo para no cambiar nada: amnistía fiscal, riesgo de denuncia por (auto-) blanqueo y regularización

Ciertamente, la doctrina (Martínez-Arrieta, 2014, 54 et al.) ha advertido que la confluencia de dos factores está detrás de esta “pirueta” del legislador:

a. La declaración tributaria especial introducida mediante RDL 12/2012, 30.03, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a reducir el déficit público

En virtud de esta “amnistía fiscal”⁶, de discutible constitucionalidad, se permitía regula-

5 En nuestra doctrina Quintero (2010, 471-472) ha argumentado en la dirección apuntada en primer lugar. Así, en el caso de las causas personales de exclusión de la pena o “excusas absolutorias” este autor ve una cierta alteración en la valoración que repercute en la antijuridicidad material de la conducta desde la perspectiva de la efectiva lesión del bien jurídico o del propio carácter fragmentario del Derecho penal, mientras que en las condiciones de punibilidad de carácter objetivo entrarían en juego principios político-criminales básicos como la *ultima ratio* o la intervención mínima. En consonancia con la segunda dirección se manifiesta Roxin, que entiende que el hecho de reconocer prioridad a otros fines del Estado frente a los del Derecho penal, aun no convierte a la renuncia a la pena en una decisión político-criminal (Roxin, 2008, §23/29), lo que permitiría a su vez deducir limpiamente la consecuencia práctica de la absoluta irrelevancia del error en este ámbito (con más detalle, Demetrio Crespo, 2015, págs. 386 ss.).

6 Vid., por todos, Abel Souto (2012), 1 y ss.

rizar impuestos evadidos a cambio del 10% de su valor, determinando la no exigibilidad de “sanciones, intereses y recargos”⁷. Los apartados 1º y 2º de la Disposición Adicional 1ª de este RDL señalaban que:

“1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición.

2. Las personas y entidades previstas en el apartado 1 anterior deberán presentar una declaración e ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos a que se refiere el párrafo anterior, el porcentaje del 10 por ciento. El cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior determinará la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos. Junto con esta declaración deberá incorporarse la información

necesaria que permita identificar los citados bienes y derechos”

La consecuencia de esta regulación vendría a significar, en palabras de Sanz Díaz-Palacios (2014, 86), que “la responsabilidad por eventuales infracciones tributarias quedaría totalmente cancelada y, actualmente, no cabe duda de que también ése sería el caso de la responsabilidad penal en la que el obligado tributario pudiese haber incurrido”.

b. Consideración como blanqueo del aprovechamiento o tenencia de lo no declarado, lo que suponía un riesgo de ser denunciado por blanqueo tras la regularización por dicha actividad delictiva previa.

Este es el motivo real, confesado indirectamente en la enumeración de objetivos de la propia LO 7/2012, por el que el legislador quiso darle a la regularización el alcance de causa de atipicidad entendida como una especie de “elemento negativo del tipo” o bien mediante el entendimiento del delito tributario como un delito de infracción de un deber por remisión a la normativa tributaria (con detalle, Martínez-Arrieta, 2014, pp. 55 ss.).

Sin embargo, tal cosa era absolutamente innecesaria, ya que con la regulación anterior a la reforma del 2012 se podía sostener que una vez regularizada la deuda tributaria no era posible blanquear cuota tributaria alguna y, en consecuencia, un delito fiscal regularizado no puede dar lugar a un supuesto de blanqueo, no por ausencia de actividad delictiva anterior, sino por inexistencia de base para su persecución

En otras palabras, y por lo que se refiere a la regularización, el legislador ha querido cambiarlo todo sin cambiar nada porque, como con acierto dice Martínez-Arrieta (2014, 52 s.), si bien es cierto que la LO 7/2012, 27.12 aborda una reforma de la regularización fiscal, en realidad no ha cambiado los elementos que la definían tradicionalmente, en el sentido de

7 Sobre el problema de la constitucionalidad de la amnistía fiscal del año 2012, en el que entran en juego los arts. 31.1 (“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”), 31.3 (“Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”) y 86.1 (“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”) de la Carta Magna, Vid. Sanz Díaz-Palacios (2014, 97 ss.)

que este mecanismo en lo esencial supone el *completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria de manera espontánea* (esto es, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias)⁸.

La cuestión cobra relevancia en el contexto del problema abordado en esta ponencia, conformando lo que Ferré Olivé (2014, 41ss.) ha denominado “la nueva trilogía del Derecho penal tributario”, porque, como dice Sanz Díaz-Palacios (2014, 107), “si dicha regularización se concibiera como excusa absoluta, en principio podría darse el caso de que los contribuyentes acogidos a esa amnistía fiscal respondieran por delito de blanqueo de capitales”. Sin embargo, como se ha visto, ni hay motivos para pensar que la cláusula de regularización haya cambiado su naturaleza (porque, en realidad, el legislador puede cambiarle el nombre a las cosas, pero no transformarlas a su antojo), ni tampoco para sustentar razonablemente tal sospecha, dado que una deuda regularizada no puede dar lugar a delito posterior alguno.

En cualquier caso, lo que sí es notorio es que el legislador el 2012 parte de la base de que tras la incorporación del autoblanqueo

mediante LO 5/2010, 22.06, y la declaración del art. 1.2 de la Ley 10/2010, 28.4, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, según la cual “*a los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública*”, la defraudación tributaria puede constituir actividad delictiva antecedente a efectos de un posterior delito de blanqueo de capitales.

El legislador parecía querer dejar claro que con la regularización desaparece el delito de blanqueo procedente de la actividad delictiva previa relativa al delito fiscal que, sin dicha regularización, sí habría existido; al tiempo que mediante este supuesto cambio de configuración se afectaría a otro asunto de capital importancia, cual es el de la *prescripción del delito fiscal*, que teóricamente no empezaría a correr hasta que la posibilidad de regularización hubiera desaparecido (entre otros, Díaz y García de Conlledo, 2014, 613, 621).

III. DELITO FISCAL Y BLANQUEO DE DINERO

1. Introducción

El Artículo 3 letra f) de la Directiva UE 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluye dentro del concepto “*actividad delictiva*” de acuerdo a las Recomendaciones revisadas del GAFI: “*todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con*

⁸ Con razón se pregunta Díaz y García Conlledo (2014, 624) si se puede investigar un delito que todavía no se ha producido en ningún grado como sería el caso si la naturaleza de la regularización fuera la pretendida por el preámbulo de la LO 7/2012.

los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses". Por otra parte, el artículo 57 prevé que "las diferencias entre las definiciones de delito fiscal en las legislaciones nacionales no serán óbice para que las UIF puedan intercambiar información o prestar asistencia a otra UIF, en la mayor medida posible con arreglo a su Derecho nacional respectivo".

La "corriente" internacional preconiza la admisión del delito fiscal como actividad delictiva antecedente a efectos del blanqueo de capitales (entre otros, Blanco Cordero, 2011, 01:2), si bien, esto no merece por sí mismo valoración positiva alguna, sino que, en algunos casos, no es sino un reflejo, como advierte Díaz y García Conlledo (2014, 615), de la criticable tendencia a hacer del blanqueo una suerte de "tipo de recogida" para sortear las dificultades de persecución que presentan otros delitos. En definitiva, y aunque resulte obvio, el argumento de derecho comparado no siempre es determinante, ni debe hacer decantar la solución correcta en una dirección determinada, sin perjuicio de que normalmente ejerce mucha influencia.

Si no nos equivocamos, se trata en esencia de dilucidar *qué tipo de relación concursal cabe establecer entre ambos delitos* en los diferentes supuestos típicos, de acuerdo al contenido de injusto que cabe deducir de su regulación en nuestro Código penal.

A riesgo de resultar algo simplista, la *tesis de la primera etapa histórica* en el modo de

analizar el problema –como se advirtió más arriba– partía de la base de que el "blanqueo" de las "ganancias" que provienen del delito fiscal quedaba absorbido (concurso aparente de normas a resolver por el principio de consunción) por este último, respecto del cual su ulterior punición hubiera representado castigar la fase normalmente irrelevante del agotamiento, lo que según esta lógica de razonamiento, merecería la crítica de vulneración del principio *non bis in idem* al conducir en la práctica a castigar dos veces el mismo hecho.

Sin duda se trataba de una lógica respetuosa con los principios y garantías que deben servir para interpretar restrictivamente las normas penales, que, como tantas veces sucede, suele verse desbordada por las tendencias punitivistas, que en materia de blanqueo son especialmente notorias (sobre el particular, entre otros, Abel Souto, 2011, 5 ss.; Díaz y García Conlledo, 2014, 619).

Por el contrario, la *tesis que progresivamente parece imponerse* a partir de los cambios legislativos a los que ya hemos hecho alusión, asumiría que entre el delito fiscal y el delito de blanqueo de las "ganancias" que provienen de aquél existe una relación de concurso de delitos, dado que una interpretación de este tipo no solo no quedaría vedada por el tenor literal de la nueva redacción del art. 301 del CP, sino que vendría avalada por la afectación a aspectos específicos del bien jurídico protegido no cubiertos por el delito fiscal, pues de otro modo, no habría base material sobre la que apoyarse.

Situadas así las cosas a grandes rasgos corresponde examinar con algún detenimiento los argumentos esgrimidos por ambas tesis, así como tomar posición al respecto, aglutinando los argumentos en contra en torno a la primera y los argumentos a favor en torno a la segunda.

2. Relación concursal entre el delito fiscal y el delito de blanqueo

A. Concurso de normas

La tesis contraria a la consideración del delito fiscal como actividad delictiva previa a efectos del blanqueo se basa en una serie de argumentos, entre los que cabe destacar los siguientes (por todos, Martínez-Arrieta, 2014, 67 ss; Díaz y García Conlledo, 2014, 624 ss.):

a. La cuota tributaria

Se afirma que la cuota defraudada no supone en cuanto tal un incremento patrimonial sino que simplemente forma parte del mismo y, por consiguiente, no se puede decir que, al menos en la modalidad del delito tipificado en el art. 305.1 consistente en la elusión del pago de tributos, se dé el elemento típico exigido en el delito de blanqueo “bienes cuyo origen sea una actividad delictiva”.

Este razonamiento es empleado por el Voto Particular de la importante STS 974/2012, de 5 de diciembre (caso “Ballena Blanca”) emitido por el Magistrado Antonio del Moral García, que parte de la base de la inidoneidad del delito de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de tributos para erigirse en presupuesto del delito de blanqueo de capitales. La cuestión central pasa a ser desde esta perspectiva el principio de taxatividad penal respecto a esta modalidad de defraudación tributaria⁹, dado que, en definitiva, no se

puede decir que mediante ella se produzcan bienes que puedan ser blanqueados, lo que no sucedería, en cambio, si de devoluciones ficticias se tratara¹⁰.

Con todo, la doctrina contrapone a lo anterior la llamada “teoría del patrimonio afecto a un fin” según la cual el delito fiscal estaría dando lugar, también en este supuesto, a un enriquecimiento ilícito a través del ahorro fraudulento de los impuestos. En este sentido Martínez-Arrieta (2014, 73), señala que “no se puede afirmar que la retención de la cuota tributaria sea un simple ahorro, y no una ganancia, puesto que se trata de un patrimonio afecto a un fin diferente a la permanencia en el patrimonio personal del deudor”. Al respecto señala Blanco Cordero (2011, 01:15) que “no cabe duda de que cuando lo obtenido son devoluciones en la cuantía típicamente indi-

9 Voto Particular STS 974/2012, 5.12: “El argumento basilar de ese entendimiento se funda en la interpretación literal y gramatical del art. 301 del Código Penal, de valor singular por venir ligada al principio de taxatividad. Las conclusiones de la interpretación gramatical del precepto son tan claras, que ni el elemento teleológico, ni argumentos de derecho comparado, ni la integración con normas extrapenales, ni la consulta de instrumentos internacionales, pueden dar al traste con ella: el precepto dice lo que dice; y castiga lo que castiga. La elusión del pago de tributos no genera un incremento patrimonial. Permite un ahorro, pero no aporta nada al patrimonio. No pueden blanquearse efectos o bienes procedentes de un delito que no los genera”.

10 Voto Particular STS 974/2012, 5.12: “El delito de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de tributos (a la que puede reconducirse el indebido disfrute de beneficios fiscales cuando finalmente deriva en una indebida disminución de la cuota pagada) no produce bienes. No puede haber bienes provenientes de ese delito que puedan ser “blanqueados”. Sí cabría en el caso de la obtención de devoluciones indebidas, singularmente cuando son “devoluciones” ficticias, es decir, apariencia de devoluciones (lo que posiblemente tiene encaje más que en los tipos de art. 305, en la estafa común, cuestión que ahora no interesa). En su aspecto nuclear la conducta del art. 305 es omisiva -eludir, dejar de pagar- aunque tenga que ir rodeada de un cierto artificio (defraudar). Se construye sobre una deuda previa, la deuda tributaria, que ya ha nacido y cuyo pago se omite. El patrimonio del deudor no sufre alteración alguna. Antes y después del delito tributario está compuesto por los mismos bienes que ni se han incrementado ni han disminuido por esa omisión. La deuda tributaria que ya nació, subsiste después del delito. Lo único que sucede es que tras la realización de la conducta castigada en el art. 305 el autor -y en eso consiste el delito- oculta esa deuda y pretende hacer creer que no existe o que es inferior. Pero no obtiene ningún “bien”. Sencillamente consigue la apariencia de que no debe lo que sigue debiendo y, por tanto, la posibilidad de consolidar el impago que es su objetivo. El patrimonio desde el punto de vista económico sigue siendo el mismo. Jurídicamente también: existía una deuda que permanece”.

cada, estas constituyen bienes que ingresan en el patrimonio del defraudador que tienen su origen en del delito fiscal, por lo que son susceptibles de ser blanqueados. Lo mismo se puede decir respecto de otros delitos contra la Hacienda Pública, como el *fraude de subvenciones*, porque se produce un traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio defraudador”. Respecto a la cuota tributaria defraudada resultante de la elusión del pago de tributos este autor lleva a cabo un análisis pormenorizado de los argumentos a favor y en contra (Ib., 06:11 ss.) dada la polémica existente al respecto, concluyendo que el hecho de que la cuota tributaria no ingrese en el patrimonio del autor del delito fiscal por encontrarse previamente en él no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal (Ib., 01:21).

Sin embargo, Díaz y García de Conlledo (2014, 626) contraargumenta que el origen de los bienes puede ser cualquier tipo de actividad laboral, empresarial, etc., pero, en cualquier caso, no es la defraudación tributaria la que origina los bienes y, a mayor abundamiento, el citado autor apela al propio sentido gramatical de la palabra “ahorro” o “evitación del gasto”, que también vendría a indicar que los bienes tenían que estar ya en el patrimonio del evasor.

Por su parte, la STS 182/2014, de 11 de marzo (FD Undécimo), no aplica el delito de blanqueo procedente de varios delitos fiscales previos debido a que la sentencia recurrida no precisa qué cuota tributaria concreta relativa a qué ejercicio fiscal ha sido objeto de blanqueo¹¹: *“Como indica el recurrente, no se precisa qué cuota tributaria concreta relativa a qué ejercicio fiscal ha sido objeto de blanqueo y de qué modo. No existe concreción factual alguna referida a qué se hizo con las cuotas defraudadas, y si se habla genéricamente de*

una reinversión en bienes inmuebles, no hay una sola referencia a los concretos inmuebles que fueran adquiridos con tales cuotas, ni en qué cuentas o fondos estaba depositado el dinero que se dice reinvertido”.

b. El autor y la acción

En este segundo grupo cabe hacerse una pregunta que, en último término, reconducirá las cosas al eje que en nuestra opinión resulta decisivo (esto es, qué tipo de relación cabe establecer entre ambos delitos en términos concursales), y no es otra que la de si quien comete un delito fiscal incurre al mismo tiempo en un delito de blanqueo toda vez que se beneficia del hecho de haber defraudado.

Como explica Martínez-Arrieta (2014, 74 s.), hay que tener en cuenta que al delito fiscal le corresponde, además de la pena de prisión de uno a cinco años, una multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, mientras que el delito de blanqueo contempla una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, lo que significaría en términos prácticos que no habría en definitiva ningún disfrute de los impuestos defraudados castigándose dos veces el mismo hecho.

En segundo lugar cabría hablar de un *autoencubrimiento impune* toda vez que, dada la redacción enormemente amplia y expansiva que el legislador le ha conferido al actual art. 301.1 CP, la mera posesión de lo declarado conllevaría un delito de blanqueo, restando únicamente la regularización como remedio para evitar la doble sanción, sin perjuicio del difícil balance que resulta entre el principio de igualdad frente a la obligación de tributar y las garantías derivadas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* o derecho a la no autoincriminación (Ib., 76).

A lo anterior cabría añadir la hasta cierto punto absurda conclusión que podría alcanzarse llevando las cosas hasta sus últimas

11 Sobre el particular, Vid.: Gómez Benítez, 2014, pp. 2-3.

consecuencias, según la cual las conductas de blanqueo referidas a la mera posesión podrían estar cometándose antes de que se hubiera cometido el delito fiscal supuestamente previo (al respecto, Díaz y García Conlledo, 2014, 628).

c. Actos copenados y *non bis in idem*

Desde el punto de vista aquí sostenido, como se ha dicho más arriba, se trata en último término de la relación concursal que cabe establecer entre ambos delitos. Por lo que aquí interesa, de si se puede seguir manteniendo, a pesar de las reformas expansivas en el ámbito del blanqueo, que materialmente el “aprovechamiento de lo defraudado” está implícitamente “copenado” por el delito fiscal dada la irrelevancia a estos efectos de la fase del agotamiento, por lo que castigarlo separadamente mediante un delito de blanqueo supondría una vulneración del principio *non bis in idem*.

En último término la razón subyacente sería que entre ambos delitos media una relación de concurso aparente de normas que quedaría resuelto mediante el principio de consunción contenido en la regla 3ª del art. 8 CP según la cual “*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”, a favor del delito fiscal, bajo la consideración de que este precepto ya comprende todo el desvalor de la conducta (en este sentido, E. Bacigalupo, 2012, 13, 30; Martínez-Arrieta, 2014, 77).

Desde esta perspectiva, afirma E. Bacigalupo (2012, 17), “la cuestión de si el delito fiscal puede ser el delito antecedente del de blanqueo es irrelevante, dado que, en todo caso, la aplicación del art. 301 CP tendrá que ser excluida por el art. 8º.3 del mismo código”. Para este autor (Ib., 25), la consunción del blanqueo en el delito fiscal podría explicarse igualmente mediante la categoría de los “delitos de perpetuación”, puesto que aquél operaría manteniendo o perpetuando la lesión producida por el delito fiscal.

Y es que, en último término, es ésta la cuestión clave a la que, en nuestra opinión, hay que terminar reconduciendo la solución al problema, puesto que no se trata de defender la tesis del concurso de normas o de delitos por motivos puramente técnicos o de índole formal, sino sobre la base de la afectación a los mismos o diversos intereses respecto de los cuales quepa discutir si están comprendidos (o no) por el injusto del delito previo.

B. Concurso de delitos

La tesis favorable a la consideración del delito fiscal como actividad delictiva previa a efectos del blanqueo maneja una serie de argumentos, entre los que Díaz y García de Conlledo (2014, 616 ss.) destaca los siguientes: a) la persecución por blanqueo refuerza el castigo de delito fiscal; b) mayor plazo de prescripción del delito de blanqueo; c) expresa declaración del art. 1.2 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (a la que ya nos referíamos más arriba y que se enfrenta a la grave crítica de su naturaleza administrativa y no penal¹²); d) el castigo del autoblanqueo y la ampliación de las conductas típicas a la mera posesión y utilización; e) la supuesta transformación de la naturaleza de la cláusula de regularización tributaria sobre la que ya nos hemos pronunciado más arriba.

Sin embargo, ninguno de los mencionados resulta en realidad decisivo, porque aisladamente son solo explicaciones colaterales para

12 A juicio de Blanco Cordero (2011, 01:4), favorable a que los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social puedan ser delitos previos del blanqueo de capitales, esta referencia legal es “claramente desconcertante”, destacando que la interpretación según la cual se trataría de una norma a efectos únicamente administrativos no resulta convincente debido a que el objetivo de la ley parece ser armonizar su propia definición de blanqueo con la del Derecho penal, mientras que otra posibilidad sería entender que se trata de una especie de “interpretación auténtica”, lo que, por su dudosa constitucionalidad, tampoco parecería aceptable.

sostener una tesis que necesariamente debe poder basarse en razones materiales que avalen aplicar la solución técnica del concurso de delitos frente a la del concurso de leyes. Como ya mencionábamos más arriba, la cuestión clave tiene que ver con la afectación a los mismos o diversos intereses previstos por ambos delitos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a defender la autonomía del delito de blanqueo respecto al delito antecedente bajo la perspectiva de que el delito fiscal y el blanqueo de capitales protegen bienes jurídicos diferentes.

Así, en el FD Trigésimo Octavo de la ya mencionada STS 974/2012, 05.12, puede leerse: «Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes» o bien «la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía»». *«En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito»*. *«Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito (fiscal) no abarca la total antijuricidad del hecho»*.

C. Posición matizada

a. Delimitación del margen de juego del autoblanqueo.

En primer lugar, es indudable que se precisa una delimitación del ámbito de aplicación del autoblanqueo para evitar consecuencias

absurdas y totalmente desorbitadas, amén de los problemas adicionales que resultan en virtud de la llamada “receptación civil” prevista en el art. 122 CP y las sucesivas ampliaciones del comiso (por todos, Quintero Olivares, 2014, 634 ss., 639). En este sentido Martínez-Arrieta (2014, 81), sugiere distinguir entre un “verdadero” y un “falso” autoblanqueo, entendiendo por tales, respectivamente, el blanqueo apreciado en procedimientos en los que, además del delito inicial, se descubre un patrimonio que no corresponde a las ganancias lícitas del imputado y el blanqueo por el propio autor de los mismos bienes objeto de una primera condena.

b. Doctrina jurisprudencial acerca de la tributación de ganancias ilícitas

Tanto Martínez-Arrieta (2014, 83 ss, 85), como E. Bacigalupo (2012, 30) entienden aplicable al problema que nos ocupa la misma solución a la que ha llegado la Jurisprudencia en el supuesto de la tributación de ganancias ilícitas (significativamente en los casos Urralburu -STS 20/2001, 28.03- o en el “caso de los Charlines” -STS 202/2007, 20.03-).

De tal suerte que el autor citado en primer lugar sostiene que la aplicación de la tesis del concurso de normas, según la cual la sanción por el delito fuente absorbería el delito de blanqueo, quedaría supeditada a la concurrencia de tres requisitos: a) que el patrimonio objeto del delito de blanqueo proceda de modo directo e inmediato del delito fiscal; b) que el delito fiscal sea objeto de condena en su total dimensión, con afectación al patrimonio generado ilícitamente; c) que la condena del delito fiscal incluya sanción pecuniaria en proporción a la cuota defraudada o su devolución como responsabilidad civil. Por su parte, E. Bacigalupo (2012, 30) cree que “el punto de vista de la STS 20/2001 es indudablemente trasladable a la relación del delito fiscal (antecedente y fuente del supuesto incremento) con el blanqueo de dinero posterior”

c. Teoría de los hechos posteriores copenados y bien jurídico

E. Bacigalupo (2012, 30 ss.) matiza además –consideración que nos parece muy importante– que la teoría de los hechos posteriores copenados no exige, en realidad, de acuerdo a la interpretación más reciente de la misma, que éstos afecten exactamente al mismo objeto de protección o al mismo bien jurídico, sino que basta con que el ataque siga la misma línea lesiva, lo que se daría indudablemente en el caso que nos ocupa.

IV. CONCLUSIONES

1. Como se ha visto, el delito de blanqueo de dinero se ha convertido en una muestra clara de las tendencias expansivas de un Derecho penal poco respetuoso con los principios, garantías y límites que deben presidir su interpretación y aplicación, lo que se ve ya en primer lugar por la propia figura del auto-blanqueo, ahora legalmente admitida y cuya aplicación hasta sus últimas consecuencias conduciría sin duda a consecuencias, no solo desproporcionadas, sino completamente disparatadas. En este sentido la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de las críticas efectuadas por la doctrina y ha procedido a restringir el ámbito del autoblanqueo, poniendo como ejemplo “la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada de un delito fiscal”¹³.

2. Surgen en este sentido problemas constitucionales derivados de la tesis favorable a la consideración del delito fiscal como actividad delictiva antecedente, singularmente cuando se quiere interpretar que la cuota no declarada genera un bien cuyo origen es delictivo. Frente a lo anterior hay que dar un paso atrás (o adelante, según se mire) y volver la mirada al

núcleo de conocimiento básico que rige la elaboración sistemática de la ciencia penal, sin dejarse arrastrar por “corrientes internacionales”, ni aplicar de modo acrítico las soluciones del derecho comparado que, por lo general, son susceptibles de muchos matices.

3. De acuerdo a lo que hemos sostenido a lo largo de la presente ponencia el punto decisivo no es, en realidad, si se puede afirmar con carácter global que los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o, más en particular, el delito fiscal, puede o no constituir actividad delictiva previa al blanqueo, sino más bien la relación concursal (de delitos o de normas) que cabe establecer entre ambos preceptos en cada caso. Sin perjuicio de que, en efecto, se pueden establecer matices de notable importancia, puesto que es posible distinguir entre las diferentes modalidades típicas que dan lugar a un delito fiscal a efectos de considerar la concurrencia de los elementos típicos del delito de blanqueo (como la existencia de bienes de procedencia ilícita), la tesis que se ha considerado correcta pasa por la consideración del mero aprovechamiento ulterior de lo defraudado por el mismo sujeto activo como un hecho postdelictivo copenado subsumible mediante el principio de consunción en el delito previo.

13 Vid. *Supra*, extracto de la STS 265/2015, de 29 de abril, FD Noveno.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abel Souto, M. (2011), "La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 79, pp. 5-32.
- Abel Souto, M. (2012), "Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-14, pp. 1-45.
- Bacigalupo, E. (2012), *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Madrid-Civitas.
- Blanco Cordero, I. (2011), "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01, pp. 1-46. (<http://criminol.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>).
- Demetrio Crespo, E. (2015), "Lección 16. La punibilidad", en Demetrio Crespo, E. / De Vicente Martínez, R. / Matellanes Rodríguez, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito* (coordinado por E. Demetrio Crespo), 2ª ed., Madrid: lustel, pp. 385-393.
- Díaz y García Conlledo, M. (2013), "El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y participación en el delito de blanqueo de capitales", en M. Abel Souto & N. Sánchez Stewart (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 281-300.
- Díaz y García Conlledo, M. (2014), "¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?", en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, pp. 609-633.
- Faraldo Cabana, P. (2014), "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", en *Estudios penales y criminológicos*, nº 34, pp. 41-79.
- Ferré Olivé, J.C. (2014), "Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, nº 372, pp. 41-82.
- Gómez Benítez, J.M. (2014), "El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal", en *Análisis GA&P*, pp. 1-3 (<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/el-delito-previo-al-delito-de-blanqueo-de-capitales-y-a-vueltas-con-el-delito-fiscal.pdf>)
- Jescheck, H.H. / Weigend, T. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de M. Olmedo, 5.ª Edición renovada y ampliada, Ganada: Comares.
- Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I. (2014), *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2006), "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 698, pp. 1-6.

- Quintero Olivares, G. (2010), *Parte General del Derecho penal*, 4.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi.
- Quintero Olivares, G. (2014), “Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio”, en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, pp. 635-653.
- Roxin, C. (2008), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas (traducción de la 2ª edición alemana y notas por DM. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal).
- Sanz Díaz-Palacios, J.A. (2014), *Las amnistías fiscales en España. La «declaración tributaria especial» del año 2012 y el delito de blanqueo de capitales*, Cizur Menor: Aranzadi.
- Villegas García, Mª. A. (2013), “El autoblanqueo y el delito fiscal como delito antecedente del delito de blanqueo”, en *Revista del Poder Judicial* 36, 36-41.

**DANILO RIVERO GARCÍA:
NI GERMANÓFILO, NI ESTRATOSFÉRICO**

Por Osvaldo Manuel Álvarez Torres

Universidad de Matanzas (Cuba).

Dedicatoria.

A Miladis: por amarlo, por idolatrarlo más allá de la muerte física.

**A los Doctores y Catedráticos costarricenses,
Don Walter Antillón y Don Javier Llobet, a quienes Danilo
siempre tuvo en el pináculo de sus afectos, admiración y respeto.**

**Al Doctor Ariel Mantecón Ramos, por la devoción mutua
que él y Danilo profesaron.**

“Yo quiero estar desnudo más que vivo,
desnudo de rencor, de piel,
de frente, tener un corazón
desnudo y rudo.

Quando la muerte venga de repente
hallarme más desnudo que el desnudo”.

Jorge Debravo, poeta costarricense.

- **Resumen:** El presente artículo se enfoca en la vida del abogado penalista Danilo Rivero García, cubano, cuyo mejor amigo era Osvaldo Manuel Álvarez, autor de este texto. Rivero fue uno de los más grandes estudios y sabios del Derecho Penal de los últimos 30 años en Cuba.
- **Abstract:** This article focuses on the life of criminal lawyer Danilo Rivero García, a Cuban, whose best friend was Osvaldo Manuel Álvarez, author of this text. Rivero was one of the greatest scholars and wise of the Criminal Law of the last 30 years in Cuba.

Breve Proemio.

Danilo: la muerte inútil.

No pretendo filosofar, ni mucho menos venir a tratar de sentar cátedra sobre si hay muertes útiles y otras inútiles. Lo dejo a otros que sean estudiosos de un tema en el que me confieso neófito.

En brevísimos párrafos, para que la emoción no me embargue ni se me empañen los ojos, vengo a rendir mi obligado homenaje de hermano, de amigo del alma, más allá de la vida física, a quien es para mí (y sé que para muchos) uno de los más grandes estudiosos y sabios del Derecho Penal, incluido el proceso penal de los últimos 30 años en Cuba: DANILLO RIVERO GARCÍA.

Dicho así, solo con su nombre y apellidos, sin endilgarle títulos ni honores, porque los grandes como él no necesitan ser adornados para realzar ni grandeza ni sapiencia: ¡basta solo el nombre! Muchas referencias a él, a su obra, hacen hoy y harán la judicatura y la abogacía cubanas.

Ha ascendido, con su muerte física ocurrida el 28 de agosto de 2015, -a menos de un mes de arribar a sus 59 años de vida el 21 de septiembre- a la inmortalidad de las ideas, de su fecundo, moderno, revolucionario y patriótico encauce del Derecho Penal y Procesal Penal cubanos.

No habrá un estrado, un aula universitaria, en que no se evoque lo que está contenido en muchas obras suyas, subsumido todo en la obra de su vida: "Estudios sobre el Proceso Penal", que en edición de lujo publicó la siempre querida ORGANIZACIÓN NACIONAL DE BUFETES COLECTIVOS en 2014.

En aquella obra de 2010, "El informe final del defensor. Interrogantes", en que inmerecidamente me elogia, ponía de puño y letra a las 13.20 horas del 4 junio de 2010: "Osvaldito: Querido hermano, tú mereces que Yo te dedique este libro, porque nuestra amistad ha sido irreprochable, en todos los momentos, buenos y malos; y así será hasta el último momento de la existencia. Un abrazo. Danilo".

Al dedicarme la obra de su vida, me decía: "Con el deber de que sigamos teniendo éxitos en nuestras actividades".

Nuestra despedida del mundo físico, del espiritual ¡jamás!, fue apenas tres días antes de su deceso. Yo le timbré al teléfono, él mismo cogió la

llamada. Y sin dejarme hablar me dijo: "Estoy muy mal, te quiero mucho, ¡cuídate mucho!"

Luchó hasta el final, con todo, hasta sus últimas fuerzas, hasta el último aliento. No venció a la poderosa muerte física, pero sí a la muerte del espíritu, de las ideas y ahí está sentado, con su sonrisa amplia, con sus modales cuidadosos, en la cúpula de los inmortales.

¡Hermano mío, nos toca seguirte, divulgar tu obra, enseñarla! ¡No dejarte morir en la memoria académica, será la misión perpetua de quienes cabalgamos los mismos corceles que tú, hasta el final de nuestra existencia!

Termino esta breve introducción, con parte de las palabras que fueron escritas, aquel aciago 28 de agosto en que la muerte se impuso sobre la vida física de Danilo, por alguien que aquilató su obra, que supo de su vida, de sus dotes como profesor, juez, abogado y jurista, el Dr. Ariel MANTECÓN RAMOS, Presidente de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE BUFETES COLECTIVOS en Cuba.

Escribió el Doctor MANTECÓN RAMOS, y con ello concluyo: "Con él hemos perdido al intelectual cubano con más completo dominio del Derecho Penal y Procesal Penal, al investigador preciso y comunicador inigualable. Forjado en la disciplina y la metódica de estudio de nuestros juristas de vieja estirpe, bebió en la historia del Derecho nacional, cuyas raíces y evolución llegó a dominar como nadie, y completó su formación mediante contactos directos con lo más avanzado de la doctrina penal y procesal penal en el mundo contemporáneo. Su visión del derecho se enriqueció con la madurez de los años, para llegar a construir un equilibrado aparato conceptual que supo trasladar con maestría pedagógica insuperable a tantos juristas, estudiantes y juristas que fueron sus alumnos en muchos rincones del país"¹.

¹ MANTECÓN RAMOS, A.; Mensaje electrónico a la Abogacía, por el fallecimiento de Danilo RIVERO GARCÍA. 28 de agosto de 2015. Archivos del autor de este trabajo.

¿Quién fue, o quién es Danilo Rivero García?

Para quienes sentimos que Danilo no fue, sino que Danilo es, porque su presencia trasciende más allá su muerte física, no podemos dejar de comentar sus orígenes, sus primeros años en la Carrera de Derecho en la Universidad de la Habana, su condición de alumno ayudante y otros detalles que como pocos viví y compartí con él, por ser, como él inmerecidamente me calificara, su hermano de siempre, su incondicional amigo de la Universidad.

Danilo, de humilde origen, nacido en un pintoresco pueblo de pescadores de La Habana, Cojímar, exaltado a la fama mundial por el premio nobel y excelente escritor norteamericano Ernest Hemingway, en su conocida obra "El viejo y el mar", comenzó a estudiar Derecho, en la entonces Escuela de Ciencias Jurídicas, hoy Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, en aquel curso de 1975-1976 y a los pocos días nos conocimos, iniciamos una amistad intachable que hoy perdura y una admiración recíproca que jamás dejó de existir, ni siquiera sucumbió ni mucho menos se melló con los avatares del tiempo y de la vida.

Ambos, jóvenes, ambos con sueños quiméricos, nos unimos en una cruzada que gracias a un ilustre Maestro de Derecho, gloria de la Historia del Estado y del Derecho y del Derecho Agrario en Cuba, el Prof. Dr. Orestes HERNÁNDEZ MÁS, nos llevó a sentir verdadera pasión por aprender y por llegar un día a ser magníficos profesores como aquel célebre docente, que significaba nuestro paradigma.

Nos formó en su ejemplo, en su dedicación al estudio, en inocularnos ese virus que nunca nos abandonó de estudiar, investigar, polemizar, no rendirse. Por eso fuimos sus alumnos ayudantes, por eso trabajamos con él largas sesiones en reescribir el texto original de su fascículo de Historia del Estado y el Derecho en Cuba.

Aprendimos con nuestro Maestro HERNÁNDEZ MÁS, lecciones de historia, de filosofía, de hombradía de bien, de lealtad. Aprendimos también a enamorarnos de las mujeres, pero sin olvidar que un hombre enamorado debía y debe tener, ante todo, hidalguía y caballerosidad. Practicamos, también con él, libar una típica bebida espirituosa cubana, hecha de la caña de azúcar, que nos raspaba la garganta y nos humedecía los ojos cuando tomábamos el primer trago: el aguardiente. Así nos desenvolvimos. Danilo fue derivando al Derecho Penal, yo, al Derecho Civil y de Familia, luego, los dos, al Derecho Procesal.

Cuando en 2013 ve la luz el libro TEMAS DE HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO AGRARIO, Libro-Homenaje al Profesor ORESTES HERNÁNDEZ MÁS, con la coordinación de tres profesores, en el primero de sus artículos, titulado ORESTES HERNÁNDEZ MÁS: LA SENCILLEZ Y LA GRANDEZA DE UN HOMBRE DEL DERECHO EN CUBA, aparece una dedicatoria especial que hago: "A mi hermano Danilo Rivero García, por haber compartido ambos la dicha de que Orestes nos formara"¹.

De este libro son los siguientes párrafos que aparecen en mi artículo, en los que nos desarrollamos como sus alumnos ayudantes, Danilo y yo. "Recuerdo que siendo su alumno ayudante en la asignatura Historia del Estado y el Derecho en Cuba, preparándome en aquel equipo que integrábamos el hoy destacado profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, el Especialista Danilo Rivero García, la entonces Secretaria de la Facultad de Derecho, fallecida, Lic. Elia Estrada y el siempre querido maestro, pedagogo, Dr. Julio Ángel Carreras Collado, también finado, Orestes tuvo uno de los infartos del miocardio que

1 TEMAS DE HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO AGRARIO, Homenaje al Profesor ORESTES HERNÁNDEZ MÁS, (Libro Coordinado), Editorial UNIJURIS, La Habana, 2013. Pág. 1.

pocos años después, al reiterarse, le produjo la muerte (...).²

“Este equipo de trabajo, que laboró arduamente en el año 1977 junto con Orestes, tuvo la misión de escribir varios capítulos del libro de texto que ulteriormente, bajo la autoría del Profesor Julio Ángel Carreras Collado y ya ausente Hernández Más fue, por años, el texto oficial de la asignatura, sobre todo aquellos capítulos que abordaron desde el estreno de la República Neocolonial de 1902, con la explicación en sede histórica de los órganos de poder del Estado y los principales cuerpos normativos, hasta la caída y fuga del dictador Gerardo Machado en 1933 y la impropia “mediación” yanqui, que cumplió el objetivo imperialista de truncar las más nobles aspiraciones de aquella generación de los años treinta, cuya revolución se fue a bolina”³.

“... el académico, el pensador, el maestro, que aunque con férrea disciplina nos marcaba el derrotero de la docencia, no olvidaba la atención a sus alumnos como verdadero padre. De ahí la imposibilidad de olvidarlo, porque ¿qué podría querer a cambio un hombre que ya había triunfado como profesional, como académico, de dos jóvenes de apenas veintidós años (Danilo y Yo), cuyo futuro en la carrera de derecho era aún incierto?”⁴

“Una fría noche del invierno cubano, después de una larga preparación de la parte del libro de texto de la asignatura Historia del Estado y del Derecho en Cuba, relativo a la República Neocolonial, nos dijo Orestes a Danilo y a mí que nos invitaba a cenar. Fuimos al restaurante Las Bulerías, a comer típica comida española y allí nuestro maestro sacó un estuche que contenía una pequeña botella de

coñac que le había traído un antiguo alumno de Europa, para brindar con nosotros”.⁵

“Era el año 1977, el mismo en que en el mes de diciembre Orestes tendría el último infarto que en los primeros días de enero de 1978 le provocó la prematura muerte a los 57 años de edad”.⁶

Los últimos en ver a Orestes con vida, aunque ya entubado, con muerte encefálica, en cuidados intensivos del Instituto Cardiovascular de La Habana, en los primeros días del mes de enero de 1978, fuimos Danilo Rivero y yo. Allí lo acompañamos, fieles como nos enseñó a ser, sus eternos alumnos, sus guardianes hospitalarios, hasta que en un lluvioso 9 de enero expiró, sin haber podido recibir la Medalla Conmemorativa por los 250 años de la fundación de la Universidad de La Habana, que se la había conferido.

Por toda esta historia viva contada es que puede afirmarse, sin temor a equívocos, que desde los primeros años de su juventud, de su entrada a la Carrera de Derecho, Danilo supo bien lo que quería, enrumbó su vida por los senderos de la investigación, de la docencia, de los estudios del Derecho. No estuvo jamás entre aquellos a quienes pudieran tildarse de estar ubicados en esa región de la atmósfera, entre la troposfera y la mesosfera. Todo lo contrario. Su vida posterior como juez, desde la instancia municipal hasta el Tribunal Supremo, sus sentencias técnicas, explicativas, prácticas, sin desdorar lo doctrinal, lo ubicaron como un jurista de su tiempo, con los pies bien puestos en la tierra, conocedor de la realidad cubana.

Luego vendría la abogacía, unida a la docencia universitaria, la devoción de sus alumnos por él, el respeto y la admiración de todos los juristas del país hacia su figuras y su ejemplo. Se consagró como intelectual

2 TEMAS DE HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO AGRARIO, Homenaje al Profesor ORESTES HERNÁNDEZ MÁS, (Libro Coordinado), Editorial UNIJURIS, La Habana, 2013. Cit.

3 *Ibidem.*

4 *Ibidem.*

5 *Ibidem.*

6 *Ibidem.*

íntegro, enriqueciendo el derecho cubano sin desdeñar sus raíces históricas y lo que nunca un jurista debe descuidar cuando va a opinar, a comentar o a interpretar normas jurídicas de su país: la realidad histórico política del presente, para la consecución de la justicia.

Sus obras... su ejemplo.

Danilo tampoco fue un germanófilo. Apegado sí, a la modernidad, a la técnica depurada, a la sapiencia de la doctrina alemana, pero con irrestricto vínculo al derecho cubano al que defendía, admiraba, en el que abrevaba. Si no fuere así, no habría podido narrar, como lo hizo con su magistral forma de defender el derecho patrio, lo que descrito en su obra cumbre, obra de la vida⁷, lo ubican en la defensa de su cubanidad.

De ello no caben dudas cuando en el primer capítulo de su obra, que titula Breve panorama del Proceso Penal en Cuba, expresa con claridad meridiana que no es posible pasar por alto en este breve recuento legislativo al Derecho Mambí, nacido en la manigua durante las guerras de 1868 y 1895, expresión de lo cual fue la *Ley Procesal de Cuba en Armas*, de 28 de julio de 1896, y que tuvo su continuación en el constituido en la Sierra Maestra, en la lucha contra la dictadura batistiana.⁸

Explica que aún con sus imperfecciones, es posible afirmar que en Cuba, a partir de 1889, la solución de los conflictos penales se realiza a través de un proceso cuyo centro lo es el juicio oral y público, lo que nos distinguió de los modelos de enjuiciamiento que rigieron en la mayor parte de los países hermanos de Latinoamérica, matizados por el secreto y la escritura.⁹

Manifiesta su inclinación al derecho cubano, cuando más adelante afirma que en marzo de 1969, en ocasión de celebrarse el Fórum Nacional del Viceministerio de Orden Interior del Ministerio del Interior, el entonces presidente de la República de Cuba, doctor Osvaldo DORTICÓS TORRADO, calificó de “caos institucional” la situación imperante en la administración de justicia, haciendo un llamado para “luchar por ponerle fin”, promoviendo la creación de Comisiones para el estudio de los diversos problemas legislativos.¹⁰

A la sazón, Danilo refiere que digno de elogio, y ejemplo para cualquier trabajo de reforma legislativa, lo fue la labor de aquellas Comisiones Jurídicas, las que contaron en su seno con profesionales de reconocido prestigio. Algunos de los textos conformados, fueron sometidos a discusión popular. En el examen del Proyecto de Ley de Procedimiento Penal participaron más de tres millones de ciudadanos, que lo aprobaron casi unánimemente. Resulta impresionante la revisión de la documentación preparada para esos estudios, lo que denota el rigor, el cuidado y el esmero con que se desarrolló la señalada encomienda.¹¹

Sin embargo, reconoció la huella dejada en Cuba por las obras de autores españoles como Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA, Miguel FENECH, Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, sin preterir el influjo de estudiosos cubanos de la talla de Mariano SÁNCHEZ ROCA, José PORTUONDO Y DE CASTRO, Eloy MERINO BRITO, FRANCISCO VARONA DUQUE DE ESTRADA.

Cierta su profunda devoción, respeto, por las teorías muy bien explicadas por alemanes de la talla de los profesores Claus ROXIN y Bernd SCHUNEMANN. Pero esto no entraña ni que fuera ciego seguidor de sus postulados, en menoscabo del derecho patrio, ni que pre-

7 RIVERO GARCÍA, D.; ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO PENAL. Ediciones ONBC, La Habana, 2014,

8 RIVERO GARCÍA, D.; ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO PENAL. Cit. Pág. 4.

9 RIVERO GARCÍA, D. *Ibidem*.

10 RIVERO GARCÍA, D.; ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO PENAL. Cit. Pág. 5

11 RIVERO GARCÍA, D. Ob. Cit. Pág. 5.

tendiera traspolar las teorías de estos profesores al país. Seguir sus ideas, acomodarlas a las raíces nacionales, ¡esa es la labor que corresponde a los juristas de este tiempo, como Danilo!, sin dejar a un lado la savia nacional. Eso hizo, eso logró.

Se enorgullecía del juico oral cubano en materia penal, del que mucho escribió, sin quitar méritos a la obra del magistrado cubano Andrés María LAZCANO Y MAZÓN. Me invitó a escribir, -e incentivado por él lo hice-, sobre la oralidad en los procesos civiles y de familia. Tanto he defendido la oralidad en ambos procesos, que sin merecerlo, me dedicó su libro EL INFORME FINAL DEL DEFENSOR, al calificarme como "...notable defensor de una recta oratoria forense en todas las ramas del Derecho". Reitero: inmerecido para mí.

En puridad, Danilo sostuvo una fecunda amistad con los catedráticos alemanes ROXÍN y SHUNEMANN. Sus estancias a Alemania, su visita a los tribunales de ese país, su profunda amistad con el ex juez Christopher STRECKER, lo llevó a conocer cumplidamente el proceso judicial alemán, cómo llevar su modernidad al proceso penal cubano, pero sin copiar, sin importar ideas que suplantarán las raíces nacionales del Derecho Penal y el Proceso Penal cubanos.

Viene a mi recuerdo cómo discutimos y cómo le colaboré en estudios sobre la teoría y obra de ROXÍN sobre la tercera vía en el Derecho Penal, para la solución del conflicto penal entre acusado-víctima, la restauración a esta última por los daños causados por la conducta delictuosa del encausado y al mismo tiempo, buscar alternativas que no implicasen encarcelamiento ni en muchas ocasiones, proceso penal. Quien conociera bien a Danilo Rivero García, de ningún modo lo habría tachado de germanófilo.

Danilo dejó también su impronta en Costa Rica, desde su preparación en ILANUD, sus contactos e intercambios con Elías CARRAN-

ZA, Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Walter ANTI-LLÓN y Javier LLOBET, encumbrados juristas y profesores costarricenses.

Danilo: su compromiso con el derecho patrio.

Cuando en su libro EL INFORME FINAL DEL DEFENSOR, en el Capítulo que titula Interrogantes sobre el Informe Final del defensor en el juico oral, Danilo alude en la pregunta número 8 sobre si el abogado ha de ser objetivo en su informe final y contribuir a la búsqueda de la verdad, hace converger las opiniones autorizadas de ROXÍN y de VARONA DUQUE DE ESTRADA, en tanto el catedrático alemán fija la posición de que el defensor tiene una misión clara, libre de ambigüedades y en manera alguna contradictoria, reafirmando que el defensor tiene todos las facultades legales necesarias para contribuir efectivamente al esclarecimiento de la verdad material y para ello está obligado a proponer o presentar todas las pruebas a su alcance que favorezcan a su defendido.¹²

Mientras, Varona Duque de Estrada, deja claro que el deber del abogado se limita a la defensa, por lo que para él la objetividad representa la obligación de coadyuvar a esclarecer únicamente las circunstancias que justifican la no participación o las eximentes o disminuyentes de responsabilidad, (...) tal es el deber del abogado que no puede, por consiguiente, ni directa ni indirectamente, convertirse en acusador.¹³

Entonces con este ejemplo, se adviera que Danilo no es un copista, ni un germanófilo propalador, sino el Catedrático, el investigador que ajusta tales posturas, puntualizando conforme al ordenamiento jurídico cubano, que el

12 RIVERO GARCÍA, D.; EL INFORME FINAL DEL DEFENSOR. Ediciones ONBC, La Habana, 2010. Págs. 15-16.

13 RIVERO GARCÍA, D.; Obra Cit.

nivel de objetividad del defensor queda limitado a aquellos aspectos que favorecen al acusado y en ningún caso a aquellos que puedan serle perjudiciales.

Otro ejemplo que cita Danilo en el que confluyen los pensamientos de ROXÍN y VARONA, aparece en la respuesta a la pregunta 32 de esta obra didáctica para los defensores, cuando se inquiriere acerca de si tiene el defensor que ajustarse, en su alegato, a la postura que asume el acusado en el juicio.

Para el ilustre profesor alemán, una defensa óptima solo es posible sobre la base de una relación de confianza entre el defensor y el procesado. Para el insigne juez y profesor cubano, el abogado no puede suplantar el derecho del acusado a confesar o negar su participación en el delito y a utilizar los argumentos que estime convenientes.¹⁴

Danilo, con su maestría inigualable en las explicaciones que da, ensambla ambas opiniones y al reseñar las ilustrativas ideas de tan prestigiosos profesores, puntualiza que al juicio oral se llega con una posición mutuamente aceptada de la estrategia a seguir por Defensor y defendido, sin que cada quien pierda su identidad, en el sentido de que el acusado puede dar su versión sobre los hechos, de la que toma cierta distancia el abogado en las calificaciones definitivas y por ende en su informe, cuestión de la que debe estar conteste el defendido desde el inicio, imperando entre ambos una comprensión bilateral.

Con estos vívidos ejemplos, Danilo muestra cómo es posible enlazar posiciones doctrinales que no tienen otra finalidad que reforzar las líneas de pensamiento nacional en estas materias, en estos temas.

Con su ejemplo, con su vida recta, que *sensu contrario* a estimarlo fuera de contexto, lo inserta en verdaderos enfoques científicos del Derecho, que se avienen a la realidad so-

cial cubana, Danilo convence estar muy dentro de la realidad nacional. Sus llamados a que el Defensor debe observar una imaculada conducta ética, su indispensable preparación, con el presupuesto del autoestudio concienzudo, el exquisito dominio de las normas de Derecho aplicables, la elocuencia utilizada para transmitir las tesis e ideas que habrán de transmitirse, de hacerse comprensible a los Tribunales, son pilares defendidos por DANILO RIVERO GARCÍA, de quien podrá decirse, sin temor a la inadecuada lisonja o a exacerbar sus cualidades, que fue/es/seguirá siendo, (porque de Danilo hay que hablar para ahora y para la posteridad, en presente) uno de los más grandes estudiosos y sabios del Derecho Penal, también del Derecho Procesal Penal, de los últimos 30 años en Cuba.

14 RIVERO GARCÍA, D.; Obra Cit. Pág. 59.

DOCTRINA NACIONAL

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL TIPO PENAL
DE TORTURA MEXICANO DESDE
LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

*Algunas puntualizaciones para contribuir
al debate de la nueva Iniciativa Legislativa*

Jorge Arturo Ulloa Cordero

María José Araya Álvarez

- **Resumen:** En el presente escrito, los autores exponen una aproximación crítica al concepto de tortura, el cual no es unívoco. Por ello, realizan una exposición de este concepto desde las ciencias sociales y las interpretaciones del Derecho Internacional, tanto escrito como consuetudinario. Finalizan con un análisis de la situación actual en México, la cual generó que el Ejecutivo Federal presentara una propuesta de reforma legal, en el mes de diciembre de 2015. Como principales conclusiones arriban a que la propuesta legislativa es un avance que necesita mejoras, así como que el tipo de “otros tratos inhumanos” debe desaparecer por su ambigüedad tipológica.
- **Palabras clave:** tortura, delito internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional, concepto indeterminado, multívoco, imprescriptibilidad.
- **Abstract:** In this paper, the authors present a critical approach to the concept of torture, which is not unique. Therefore, they make an exhibition of this concept from the social sciences and interpretations from the scope of International Law, both written and customary. They finalize with an analysis of the current situation in Mexico, which generated the Federal Executive presented a proposal for legal reform in December, 2015. The main conclusions are that the legal proposal is a step forward but needs improvement, also the type of “others inhuman treatment” must disappear because of its typological ambiguity.
- **Key words:** torture, international crime, International Human Rights Law, International Criminal Law, indeterminate concept, multivocal, imprescriptibility.
- **Sumario:** Introducción. 1. Aspectos preliminares. 1.1. Una definición estipulativa-instrumental. 2. La tortura como fenómeno psicosocial. 2.1. Análisis psicosocial de la tortura como acto de violencia. 2.1.1. Estructura formal de acto de tortura. 2.1.2. El perfil cultural de la tortura. 2.1.3. El contexto posibilitador de la tortura. 2.1.4. Transfondo ideológico del acto de tortura. 2.2. Caracteres de diferenciación de la tortura. 3. La tortura en el Derecho Internacional Público. 3.1. La tortura como práctica prohibida por el derecho internacional. 3.1.1. Línea hermenéutica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.1.2. Línea interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.2. La tortura como delito internacional. 3.2.1. Aspectos básicos de los delitos internacionales. 3.2.2. Bien jurídico tutelado. 3.2.3. Tortura como crimen de guerra. 3.2.4. Tortura como crimen de lesa humanidad. 4. Análisis del caso mexicano. 4.1. Antecedentes. 4.2. Propuesta más reciente de reforma legal. 5. Principales conclusiones.

Introducción

La comisión generalizada y sistemática de la tortura es un hecho constatado en nuestra región latinoamericana. México no es la excepción, inclusive se ha determinado que la práctica es común entre las agencias estatales de investigación, la policía y el ejército. Producto de ello, recientemente la administración Peña Nieto ha puesto en la corriente legislativa una *Iniciativa de ley* para reformar la normativa federal existente y cumplir con diversas recomendaciones que organismos internacionales han realizado¹.

Nuestro cometido en esta monografía es traer a colación algunas puntualizaciones básicas de la tortura, vista tanto como fenómeno social, psicológico, histórico, político y jurídico (principalmente desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario). Intentaremos dar algunos puntos de vista -a modo de *outsiders*- para contribuir con el debate que e está dando en dicho país, tanto de la normativa existente como de la propuesta presentada.

Para ello realizaremos un análisis crítico del tipo de tortura. Como punto de partida, expondremos la tortura como un fenómeno real que trasciende el derecho, ante el cual, las ciencias sociales tienen mucho que aportar. Continuaremos con la exposición de algunas de las líneas interpretativas más importantes

en el Derecho Internacional consuetudinario, entre las que se encuentran: las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el TEDH”), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de seguido “la Corte IDH”), la Corte Penal Internacional (en adelante “la CPI”), el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (de seguido “el TPIY”) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante “TPIR”). Esta batería teórica nos permitirá realizar el análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano, tanto el vigente como el que se ha propuesto. Ahora bien, si el lector considera que tiene interés en solo alguno de estos puntos, perfectamente puede ir directamente a la sección de su interés, sin que existan mayores distorsiones para comprender lo expuesto.

Como advertencia *a limine* debe aclararse que esta investigación está delimitada al acto de tortura como violencia y tipo penal, se omiten análisis sobre las maneras de comisión, la violencia sexual, el derecho de las víctimas, las consecuencias en estas y los aspectos administrativos de la prevención. Pese a lo anterior, al final, se exponen algunas líneas heurísticas que pueden deducirse del análisis socio-jurídico expuesto.

De igual forma, consideramos oportuno indicar que dichas puntualizaciones no pierden universalidad, pues al ser la práctica de la tortura una prohibición de *ius cogens*, la configuración del tipo y su penalización en general, de estar imbuida de una serie de parámetros determinados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por lo anterior, esperamos que los puntos de vista expuestos en esta monografía también sean considerados por los legisladores de nuestro país -Costa Rica- si es que se llegara a discutir la figura que actualmente existe en nuestra legislación. Para ello, la propuesta mexicana resulta un excelente ejemplo para poner en relieve dichos parámetros sobre la tortura y su tipi-

1 Ver: Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho*: EPN, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combatiir-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016) y Presidencia de la República, *Visita del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos*, 08 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).

ficación; en pocas palabras, sobre qué debe hacerse y qué debe evitarse.

1. Aspectos preliminares²

El concepto “tortura”³ no es unívoco, basta con leer algunas investigaciones serias en la materia para denotar su polisemia. Por ello, para instrumentalizar dicho concepto es necesario definirlo convencionalmente de forma previa, para entender -con una pretensión intersubjetiva- qué cabe en dicho “cajón”, pero -lo más importante- qué *no* cabe en este, conforme a la investigación planteada.

No pretenderemos exponer *la* definición, que venga a zanjar para siempre la discusión (netamente de palabras) sobre este aspecto de la tortura. Ahora bien, tampoco caeremos en la trampa de creer (con fe ciega) que el derecho por sí mismo nos dará una definición suficiente para aproximarnos al fenómeno de estudio.

Por ello, expondremos algunas ideas básicas, a partir de la sociología, la psicología, la historia y el derecho, con una pretensión interdisciplinaria, que nos permitirá llegar a algunas conclusiones de interés⁴. Ello enriquecerá

la investigación con visiones diferentes de las que nos da el derecho por sí solo⁵. Además, de estas se pueden obtener algunas líneas heurísticas, que no deben ser obviadas si se pretende una formulación normativa que responda a lo que Albert denominó como “Jurisprudencia social-tecnológica”⁶.

1.1. Una definición estipulativa-instrumental

Es menester poner en relieve que este tipo de conceptos multívocos implican que el intérprete tome partido, pues las palabras por sí mismas *no significan nada*, son instrumentos para comunicar ideas⁷. Por ello, existen tantas definiciones e interpretaciones como autores hay.

A grandes rasgos, se puede exponer -cuanto menos- cinco líneas generales seguidas por las definiciones existentes: (1) aquellas que gradúan el nivel de dolor o sufrimiento; (2) aquellas que implican solo la comisión por agentes estatales; (3) aquellas que implican algún motivo para la comisión; (4) aquellas que se restringen a unos cuantos motivos predeterminados y (5) aquellas que excluyen la tortura cuando es producto de un hecho le-

2 Las Secciones 1 y 2 son una versión ampliada y revisada de lo expuesto en: María J. Araya y J. Arturo Ulloa, “¡Tortura en Costa Rica! Algunas reflexiones hermenéuticas en torno a la sentencia N° 2014-007274 de la Sala Constitucional”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, Edición Especial Derecho Penal Internacional, diciembre de 2015, pp. 58-75.

3 Como dato de interés, la etimología de la palabra “tortura” proviene del latín *torquere* que significa torcer, que refiere a una técnica antigua. Ver: Paul D. Kenny, “The Meaning of Torture”, *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, p. 146.

4 Al respecto expone Einolf: “*In the past, human rights advocates have concentrated on promulgating treaties that proscribe human rights violations, including torture. These efforts have had some effect in establishing international norms and regimes prohibiting torture, but the establishment of norms and regimes has not been enough to stop torture in actual practice. Knowledge of the patterns described here could help advocates focus their efforts*”. En: Christopher Einolf, “The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical

Analysis”, *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, p. 118.

5 Esto en contraposición de las ideas del derecho como un “sistema jurídico cerrado (*geschlossenes Rechtssystem*)” defendida principalmente por Günther Teubner, quien se basa en la teoría social de la *autopoiesis* de Luhmann. Para una descripción y atinada crítica ver: Minor E. Salas, *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, San José, ISOLMA S.A., 2011, pp. 148-153.

6 Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, traducción de Minor E. Salas, México D.F., Fontamara, 2007.

7 Cita de Ogden y Richards en: Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*, Tomo I, San José, Editorial UCR, 2012, p. 52. **Nota:** claro que hay que partir de significados básicos de aquellos términos que por lo general no son controvertidos, aunque todo concepto implica una interpretación, la tarea es hacerla más o menos intersubjetiva.

gítimo. Cada una de estas acepciones tiene su correspondiente negación y pueden entremezclarse.

Por el interés de esta investigación, hemos escogido la siguiente definición estipulativa-instrumental: *tortura es la imposición mediata, sistemática y deliberada de dolor o sufrimiento⁸ a una persona sobre la cual uno o varios sujetos tienen sobre la primera el control físico (poder)⁹, con algún fin determinado (o determinable)¹⁰.*

Esta definición involucra tres ámbitos: el político (relación de los sujetos con el ejercicio del poder), el social (relación del humano con los universos simbólicos creados por este¹¹) y el psicológico-psiquiátrico (patrones de comportamiento y lo subjetivo de la persona). Esta definición estipulativa-instrumental toma como base la definición realizada por la Asociación Médica Mundial en la *Declaración de Tokio de Normas Directivas para Médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos*

*sobre personas detenidas o encarceladas*¹², así como los apuntes de Miguel A. Pichardo¹³, Christopher Einolf¹⁴ y Paul D. Kenny¹⁵, con la aclaración de que esta interpretación es más amplia de las ahí recogidas, pero con la intención pragmática de mantener los límites necesarios para no confundir la tortura con otros fenómenos.

2. La tortura como fenómeno psicosocial

2.1. Análisis psicosocial de la tortura como acto de violencia

El investigador Miguel A. Pichardo propone un análisis psicosocial para comprender los patrones en los que sucede la tortura¹⁶. Los aspectos constitutivos de este acto violento, según dicha propuesta, son: a) la estructura formal del acto, b) el perfil cultural, c) el contexto posibilitador, y d) el trasfondo ideológico del acto¹⁷. A continuación expondremos cada uno de ellos, con algunas precisiones.

2.1.1. Estructura formal de acto de tortura

Este aspecto constitutivo refiere al acto violento en su completitud. Se intenta responder la pregunta *qué es esto*. Aquí es fundamental la diferenciación realizada por Martín-Baró en-

8 Al respecto debe recordarse una explicación realizada por Kenny, de acuerdo con la cual esa diferenciación entre dolor y sufrimiento es producto de la idea utilitarista (falsa) sobre la posibilidad de cuantificarlos gradualmente. Evidentemente estas son experiencias psicológicas personales que son difícilmente cuantificables, ver: Kenny, "The Meaning...", *op. cit.*, p. 149.

9 Sobre control, se debe aclarar que: "*Control, in this context, means to have physical power or command over another person's body. Control is meant here in a time-specific rather than a generic sense. [...] Of course, the physical control to which I am referring may also entail a kind of psychological captivity, but this additional element is neither necessary nor sufficient. The victim of torture has no freedom to leave. [...] For torture to occur, escape must be impossible, not just impractical*". En: Kenny, "The Meaning...", *op. cit.*, p. 153.

10 Se abandona la idea de especificar cada uno de los motivos, pues habrán tantos como sujetos que comenten tortura, consideramos que debe existir un motivo, pero no uno específico. En el mismo sentido: Kenny, "The Meaning...", *op. cit.*, p. 139.

11 Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Icalma, 2001, pp. 125-129.

12 Declaración de principios éticos Adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón, octubre de 1975, revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, mayo de 2005 y por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, mayo de 2006, en: Asociación Médica Mundial, extraída de: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c18/index.html> (consultada el 30 de julio de 2015).

13 Miguel A. Pichardo, *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultada el 27 de julio de 2015).

14 Cfr. Christopher Einolf, "The Fall...", *op. cit.*

15 Cfr. Kenny, "The Meaning...", *op. cit.*

16 Es claro, como todo análisis de la realidad, que este responde a una división meramente académica-explicativa, pues realmente es muy difícil separar dichos aspectos del acto total.

17 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 10.

tre violencia instrumental y terminal: “*un acto de violencia instrumental es aquél realizado como medio para lograr un objetivo diferente, mientras que el acto de violencia final es aquél realizado por sí mismo, es decir, el acto buscado como fin*”¹⁸. De tal forma, la violencia instrumental es mediata y la terminal es inmediata, con respecto a los fines. La segunda se agota por el mismo hecho de ocurrir, la primera es tan solo un medio para conseguir un fin.

De tal forma, de acuerdo con la definición expuesta *supra*, la tortura se agrupa en el sentido de violencia instrumental, esto se denota con la expresión “*la imposición mediata...*” de la definición expuesta *supra*. Sobre este aspecto se ha determinado que esta es *instrumentalizada* para fines como: la obtención de información o confesiones, mecanismo de readaptación social de determinados sujetos, sembrar desconfianza en un grupo opositor al poder, provocar la invalidez psicosocial (“sacarlos del juego”) de opositores¹⁹, entre muchos otros.

Esta violencia instrumental mediatiza al sujeto y violenta su noción de “sí mismo”, sea la *construcción psicosocial del yo*²⁰. Dicha afectación es tanto psicológica como física²¹, no importa cuál sea el medio de comisión. Por ello, no se debería hablar de tortura física o psicológica, sino de métodos físicos (afección físico-corporal) o psíquicos (estrés mental) para la comisión de esta²².

18 Ronald Ling Ching Céspedes, *Psicología forense: principios fundamentales*, San José, EUNED, 2005, pp. 261-262.

19 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p.11. Cfr. Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, p. 104.

20 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p.11.

21 Metin Basoglu, Maria Livanou, & Cvetana Crnobaric, “Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?”, *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, p. 283.

22 La ONU la califica como una diferenciación artificial, vid.: ONU, *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*,

La tortura también impacta “*en las esferas psicológicas, corporales, físicas, interaccionales, redes sociales, ideológicas, acciones sociales, situación política, participación social, estado legal, relaciones internacionales, etc*”²³. Ergo, esta no se agota en la interacción dual torturador-víctima, sino que incide en una parte (más o menos amplia) del dinamismo social del momento histórico en general²⁴.

2.1.2. El perfil cultural de la tortura

Este aspecto, de acuerdo con Pichardo, caracteriza cuál es el perfil cultural que incide sobre el sujeto para que cometa tortura²⁵. Esto en la línea de las investigaciones que establecen que en lugar de buscar elementos psicopatológicos del “torturador” (como símbolo antonomástico) se debe buscar aquello que incide sobre los sujetos “normales” para que cometan actos violentos como la tortura.

Para entender lo anterior, son de importancia cardinal los experimentos psicosociales sobre la obediencia de Stanley Milgram²⁶.

HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004) p. 55. Para ver la lista de formas de comisión ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, pp. 55-57. Para más ejemplificaciones de métodos de tortura ver: Einolf, “The Fall”, *op. cit.*, pp. 103-104.

23 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p.12.

24 Al respecto la ONU apunta: “*La tortura suscita profunda inquietud en la comunidad mundial. Su objetivo consiste en destruir deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras. Es algo que concierne a todos los miembros de la familia humana porque ataca a la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor*”. En: ONU, *Protocolo de Estambul*, *op. cit.*, p. 1. 25 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 14. Cfr. International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?*, extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre-la-torture-qui-sont-les-tortionnaires> (consultado el 3 de marzo de 2016).

26 Stanley Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, febrero de 1965, doi: 10.1177/001872676501800105, pp. 57-76.

Estos buscaban determinar si los individuos “normales” infligirían dolor en una tercera persona inocente, bajo las órdenes de otro sujeto cómplice en el experimento. Las principales conclusiones fueron: 1) que existe una “sociedad de la obediencia”²⁷, donde no hay modelos adecuados para la desobediencia y se toma *a priori* la verdad de la autoridad sin cuestionarla; 2) que si por un lado la conformidad con el grupo²⁸ (tendencia a seguir mayorías) aumenta la obediencia, por otro lado la cercanía psicológica con la víctima, disminuye el seguimiento de órdenes dañinas para con esta; 3) la obediencia a la autoridad es una poderosa arma social definida por la aparente legitimidad, la aceptación de responsabilidad por la autoridad, la facilidad de seguir la orden dada y la dificultad de oponerse²⁹. Barra Almagiá agrega lo que se denomina como efecto *pie-en-la-puerta*, según el cual una vez iniciada una conducta se hace más fácil continuar obedeciendo e ir incrementado el actuar³⁰.

No obstante lo anterior, también se ha concluido que existen factores que contrarrestan la obediencia, como: 1) hacerles saber a los sujetos que tanto ellos como la autoridad son responsables de lo ocurrido; 2) exponerlos a otros sujetos que no siguen ciegamente la autoridad para romper la conformidad de grupo; 3) incitar a los sujetos a ser críticos de las

motivaciones, juicios valorativos y capacidad de las autoridades; 4) hacer conscientes a los individuos, por medio de la difusión de los hallazgos científicos, del poder social con el que cuentan las autoridades y cómo influyen su conducta³¹. Estos factores serán trascendentales para cualquier propuesta para legislar lo atinente a la tortura.

2.1.3. El contexto posibilitador de la tortura

Este elemento del acto de tortura refiere al ambiente criminógeno que lo desencadena o potencia. Para que esta suceda deben confluír una serie de variables, tanto en el momento inicial (desencadenamiento) como en la realización misma (ejecución del acto). Se distinguen: el contexto social amplio (mediato) y el contexto social situacional (inmediato)³².

El contexto social amplio involucra los sistemas axiológicos, sociales y político-jurídicos que resultan propicios³³. Las investigaciones apuntan que en los “*Estados democráticos liberales*” existe una tendencia menor a tolerar o justificar actos de tortura, sea por su prohibición u ocultación³⁴. Según Einolf³⁵ en estos contextos, esta se dirige contra aquellos considerados como *not full members of a society*, sea *no-ciudadanos*, como los extranjeros, ciertas etnias, ciertos cultos, entre otros, o *ciudadanos-no-plenos*, como los prisioneros,

27 Enrique Barra Almagiá, *Psicología social*, Concepción, Universidad de Concepción, 1998, extraído de: http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf (consultado el 30 de julio de 2015), p. 271.

28 En cuanto a la *conformidad* son clásicos los estudios de Solomon Asch, en los cuales se determinan como factores que la afectan: tamaño el grupo, cohesión y la unanimidad. Lo contrario a la conformidad puede ser la independencia (tomar la propia decisión sin importar las normas del grupo) o la anticonformidad (oponerse a la mayoría, como una dependencia negativa), en: Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, p. 227-238. Cfr. Solomon Asch, *Psicología Social*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964.

29 De acuerdo con Smith y Mackie, citados en: Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, pp. 279-280.

30 *Ibidem*, pp. 281-282.

31 *Ibidem*, pp. 282-283.

32 Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, *op. cit.*, p. 261.

33 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 15.

34 Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, pp.109-111. Pese a ello, la ONU llama la atención que la tortura se practica en más de la mitad de los países del mundo, ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, *op. cit.*, p. 1.

35 Es importante resaltar que dicho investigador refuta la exposición idealista -muy cercana al *wishful thinking*- de la “decaída y abolición de la tortura” propuesta por Langbein, Silverman, Foucault, entre otros. Einolf expone que dicha abolición es meramente formal (*law in books*) y declamatoria, pues en la realidad constatable la tortura está muy lejos de haber sido abolida en la práctica. Ver: Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, p. 110.

delincuentes, grupos sociales marginalizados, entre otros³⁶.

En el contexto social situacional de la tortura se pueden nombrar algunos elementos potenciadores: (i) escenarios y estímulos ambientales, por ejemplo las prisiones y campos de concentración; (ii) situaciones de poder y la oportunidad de realizar tortura; y (iii) presión grupal³⁷.

Gracias a las investigaciones de Philip Zimbardo³⁸, se comprobó que cualquier sujeto “normal”, bajo ciertas condiciones ambientales, puede espontáneamente cometer actos como la tortura, aspecto que -a diferencia de las conclusiones de Milgram- no implican necesariamente el seguimiento de órdenes. Esto se denominó como “poder situacional” y “juego de roles”, es decir, existen ciertas situaciones en las cuales unos sujetos tienen más poder que otros, o bien, que unos sujetos se encuentren en alguna circunstancia de vulnerabilidad que es aprovechada por los victimarios. En dichos momentos, los sujetos asumen roles que han sido socialmente determinados y construidos, papeles que son cum-

plidos por los sujetos, generalmente sin mayor reflexión³⁹.

2.1.4. *Transfondo ideológico del acto de tortura*

Esta característica remite a las justificaciones y fundamentos del acto violento de tortura⁴⁰. Sería un tanto ingenuo considerar que todos los actos de violencia tengan alguna justificación o motivo, pero, restringiéndonos a nuestra definición de tortura (como un acto violento mediato-instrumental), dicha violencia sí tendrá un componente ideológico.

La tortura se justifica dentro de un determinado sistema social axiológico, en el cual el perpetrador se siente con la suficiente legitimidad para torturar, en contra de un sujeto que ve “deshumanizado” (un *otro*⁴¹) o en una

36 Einolf, “The Fall and Rise...”, op. cit., pp. 102 y 106. Este fenómeno fue denominado por los psicólogos sociales Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic como *Equality Hypocrisy* (igualdad hipócrita), según el cual las personas están de acuerdo con admitir una igualdad de derechos humanos cuanto más indeterminado es el grupo referido, pero cuando se especifica (como por ejemplo: extranjeros, etnias minoritarias, minorías religiosas, etc.) no se admite tal asimilación de derechos y se ven como los “otros” que amenazan “lo nacional”, ver: Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, “Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality”, *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28-46.

37 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., pp. 15- 16.

38 Philip Zimbardo, *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*, Barcelona, PAIDOS IBERICA, 2008. Para observar el video de una entrevista a Phillip Zimbardo, ver: <http://www.redesparalaciencia.com/2559/redes/2010/redes-54-la-pendiente-resbaladiza-de-la-maldad> (consultada el 30 de julio de 2015).

39 Esta idea puede relacionarse con: “[...] *el universo simbólico ordena y por ende legitima los «roles» cotidianos, las prioridades y los procedimientos operativos colocándolos sub specie universi, vale decir, en el contexto de marco de referencia más general que pueda concebirse*”, en: Berger y Luckmann, *La construcción social...*, op. cit., p. 129. Un ejemplo muy reciente de este fenómeno de seguimiento de patrones y cumplimiento de roles, puede observarse en los profesionales de la salud que contribuyeron en la realización de actos de tortura en Guantánamo, llamados el Equipo de Consulta sobre Ciencias de la Conducta (*Behavioral Science Consultation Team*), quienes tuvieron papeles tanto pasivos (observaban y daban primeros auxilios) hasta activos (infligieron actos de tortura y utilizaron la prisión como un “laboratorio de batalla para nuevas técnicas de interrogatorio”), aspectos que violentan tajantemente los principios éticos de la profesión y lo establecido en el Protocolo de Estambul, al respecto ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*, Washington, Autor, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016), pp. 52-54.

40 Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, op. cit., pp. 261-262.

41 Sobre la construcción sociológica de los “otros” diferentes al “nosotros”, son de referencia obligatoria los trabajos del sociólogo argentino Daniel Feierstein, enfocados en el fenómeno genocidio, ver: Daniel Feierstein, “Igualdad, autonomía, identidad. Las formas sociales de construcción de «los otros»”, en Hamurabi Noufouri (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Buenos Aires,

posición vulnerable. De acuerdo con el pensar del actor, la víctima merece dicho acto violento, para alcanzar un fin determinado⁴². Esta auto-justificación se realiza generalmente con fórmulas retórico-emotivizantes como “interés de la nación”, “seguridad nacional”, “darles su merecido”, “mantener la paz social”, entre muchísimas otras⁴³. Lo anterior es generado por una disonancia cognitiva del sujeto, sea una separación psicológica entre el sujeto que tortura y el sujeto de “siempre”, quien eufemísticamente justificará (ante sí y ante los otros) su acto violento de tortura, aunque este sea contrario a su forma de actuar habitual y sus valores⁴⁴.

2.2. Caracteres de diferenciación de la tortura

A partir de la definición dada, se pueden apuntalar algunos *usos lingüísticos comúnmente aceptados por la generalidad de sus locutores*⁴⁵, dentro de los círculos discursivos de las ciencias sociales, que diferencian la tortura de otros fenómenos. De manera general son:

- La tortura es un acto violento de carácter netamente mediato que no se agota en sí mismo, pues es un instrumento para fines

ulteriores⁴⁶. Esto implica un carácter sistemático, causal, motivacional, técnico y -hasta cierto punto- racional⁴⁷.

- El agente que comete la tortura no es -necesariamente- un sujeto con problemas psicopatológicos, pues podría ser cualquier sujeto “normal”⁴⁸. Esta idea común del torturador como sujeto con alguna psicopatología (una especie diferente a la normalidad que se excluye del “nosotros”) es una respuesta infantilista (función ideológica tranquilizadora) para entender algo tan complejo como la tortura y la existencia de individuos que la ejecutan⁴⁹.
- Por más cruel y degradante que resulte un acto violento, si no cumple con estas características estipulativas, por motivos pragmáticos no puede ser denominada tortura, pues caeríamos en una equiparación con el sadismo y la crueldad⁵⁰. Lo anterior no implica que estos no puedan ser parte de un acto de tortura.

3. La tortura en el Derecho Internacional Público

A continuación realizaremos una conceptualización panorámica sobre la tortura en el Derecho Internacional en general y, específicamente, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. Lo anterior a partir de las interpretaciones realizadas por el TEDH, la Corte IDH, la CPI y algunos tribunales penales internacionales *ad hoc*.

Editorial Cálamo, 1999, pp. 39-70 y Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

42 ONU, *Protocolo de Estambul*, *op. cit.*, p. 86.

43 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, 17. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*, *op. cit.*

44 Esto aplicará para aquellos sujetos que se consideran normales, es decir, que siguen el sistema normativo y logran diferenciar aspectos básicos del bien y del mal. Es claro que existirán sujetos inmorales que abiertamente aceptaran que realizaron dichos actos perversos, pero estos escapan de esa categorización de normalidad que se ha seguido en este estudio.

45 Enrique Pedro Haba, *Tratado Básico de Derechos Humanos con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen Realista Crítico*, Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1986, p. 438.

46 Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142 y Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, pp. 11-12.

47 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 12. Por racional debe entenderse que no es producto de un impulso irracional psicopatológico.

48 Milgram, “Some Conditions...”, *op. cit.*, pp. 74-75. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*

49 Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 13.

50 Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142.

3.1. La tortura como práctica prohibida por el derecho internacional

La práctica de la tortura está prohibida por la dogmática del Derecho Internacional, que la constituyó como una norma de *ius cogens*⁵¹. A nivel universal se acordó, en 1984, la *Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*⁵² (de seguido, “Convención contra la tortura”), la cual vino a desarrollar la prohibición existente en el artículo 5 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)⁵³ y el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles* (1966)⁵⁴. La definición contenida en dicho instrumento⁵⁵ implica

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Washington, Autor, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016), párr. 155. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 56. Sobre dicho concepto ver: Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 53 y Rafael Nieto-Navia, “International Peremptory Norms (Ius Cogens) and International Humanitarian Law”, en Lal Chand Vohrah et al (comps.), *Man’s Inhumanity to Man*, La Haya, Kluwer International Law, 2003, pp. 595-640.

52 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

53 Establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

54 Estatuye: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

55 El artículo 1.1. reza: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

la gravedad del hecho, la intencionalidad del autor (con una enumeración de *numerus apertus*⁵⁶), la realización por parte de un funcionario público (delito funcional) y excluye resultados gravosos de sanciones legítimas.

Adicionalmente, dicho instrumento preceptúa una serie de obligaciones para los Estados Parte de prevenir y sancionar la práctica de la tortura (artículos 2° y 12), por medio de la incorporación del tipo penal en las legislaciones internas (artículo 4°) y de la educación (artículo 10°). Resulta interesante que, en atención a los principios del Derecho Penal Internacional consuetudinario, se instaurara la obligación de los estados de investigar aunque los hechos no ocurrieran en su territorio (artículos del 5° al 9°), producto del principio de justicia universal.

A nivel regional se han establecido una serie de instrumentos y mecanismos en cuanto a la problemática de la tortura. Empero, las definiciones que se han delineado difieren significativamente, sea a nivel normativo o jurisprudencial. Ello evidencia la multivocidad del concepto en las diversas interpretaciones efectuadas en la práctica internacional. En razón de ello esbozaremos las líneas hermenéuticas generales del TEDH y de la Corte IDH.

3.1.1. Línea hermenéutica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) estipula la prohibición de la tortura en su artículo 3, el cual señala: “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

56 En cuanto a dicha enumeración no podemos obviar que al respecto existe una larga y añeja controversia, que será abordada *infra*, baste por el momento decir que -en nuestra opinión- la definición incluye la cláusula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, la cual permite que se incluyan finalidades análogas a las ahí expuestas.

El TEDH, como máximo intérprete autorizado del Convenio Europeo⁵⁷, ha considerado que el artículo mencionado contempla uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática⁵⁸ que no admite derogación ni ninguna excepción⁵⁹, es decir, es una norma de *ius cogens*.

De acuerdo con este Tribunal, en ese artículo se realiza una distinción entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Por ello, para determinar si un hecho responde a una u otra figura debe tomarse en consideración la “gravedad del sufrimiento”, pues la figura de “la tortura acarrea un estigma especial para ocasionar un tratamiento inhumano que derive en muy graves y serios sufrimientos”⁶⁰, superiores a los producidos en la segunda figura. A su vez, los tratos inhumanos o degradantes deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad, el cual debe ser evaluado según las circunstancias concretas del caso, por ejemplo: la duración del acto, sus efectos psíquicos o mentales, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima, entre muchos otros⁶¹.

57 Artículos 19 y 32, Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950.

58 TEDH, Caso Bataliny c. Rusia, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 81. Cfr. TEDH, Caso Serikov c. Ucrania, No. 42164/09, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 56; TEDH, Caso Andonocki c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia, No. 24312/10, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 95; TEDH, Caso Mironovas y otros c. Lituania, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

59 TEDH, Caso Mironovas y otros c. Lituania, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

60 TEDH, Caso Bataliny c. Rusia, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 83; TEDH, Caso Reino Unido c. Irlanda, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 167; TEDH, Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

61 TEDH, Caso Lyapin c. Rusia, No. 46956/09, Sentencia de Juicio, 24 de junio de 2014, párr. 110; TEDH,

Asimismo, ha interpretado que el artículo 3 del CEDH debe conjugarse con el artículo 1° de la Convención contra la tortura, en cuanto al requisito de la existencia de un propósito en el agente activo, que implica la finalidad de obtener información, infligir castigo o intimidar⁶². Se puede aseverar que la definición realizada por el TEDH es restringida, pues establece como elemento constitutivo de la tortura la existencia de alguno de los propósitos prohibidos descritos *supra*. Igualmente, no se puede pasar por alto la utilización reiterada de fórmulas retóricas, tales como “la existencia de ciertos valores supremos” que son “fundamentales” dentro de una “sociedad democrática”, que tienen poco o ningún significado concreto. Asimismo, dichas frases aluden a un fuerte contenido emotivo, característica propia del discurso de los derechos humanos⁶³.

Sumado a la anterior, consideramos que la distinción entre tortura y otros tratos inhumanos, según un criterio de “severidad y seriedad del sufrimiento”, resulta ser una *válvula abierta* que es interpretada caso por caso de acuerdo con el libre sentir y pensar de los juzgadores. Esto debe explicitarse para no caer en la trampa de considerar que existen criterios objetivos, pues en la realidad lo que existen son algunos argumentos razonables de

Caso Reino Unido c. Irlanda, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 162; TEDH, Caso Mironovas y otros c. Lituania, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

62 TEDH, Caso Bataliny c. Rusia, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 84; TEDH, Caso Selmouni c. Francia, No. 25803/94, Sentencia de Apelación, 28 de julio de 1999, párr. 97; TEDH, Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

63 Cfr. Enrique Pedro Haba, “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán «derechos humanos»”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, extraído de: <http://www.rtfed.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015), pp. 7-8.

los intérpretes autorizados, que en el caso específico, distinguen entre una figura y la otra.

3.1.2. Línea interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (de seguido "CADH") establece en el inciso 2) del numeral 5°: "*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*".

La Corte IDH, máximo intérprete autorizado de la CADH⁶⁴, ha manifestado de forma reiterada que entre los elementos constitutivos de la tortura se encuentra el infligir de manera intencional sufrimientos físicos, mentales o morales agudos a una persona con cualquier fin, tales como obtener información de ella, castigarla, intimidarla, o incluso anular su personalidad para que se declare culpable de un determinado hecho delictivo⁶⁵, entre otros posibles propósitos. Así, los elementos de la tortura son: (i) la intencionalidad del acto, (ii) la severidad del sufrimiento y (iii) la finalidad del trato⁶⁶.

64 Artículo 33 y 62, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

65 Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros c. Colombia, Serie C No. 287, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 14 de noviembre de 2014, párr. 420. Cfr. Corte IDH, Caso J. c. Perú, Serie C No. 275, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2013, párr. 364; Corte IDH, Caso Bueno Alves c. Argentina, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79; Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú, Serie C No. 110, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, párr. 115; Corte IDH, Caso Tibi c. Ecuador, Serie C No. 114, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de setiembre de 2004, párr. 149; Corte IDH, Caso Maritzia Urrutia c. Guatemala, Serie C No. 103, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2003, párr. 91; Corte IDH, Caso Cantoral Benavides c. Perú, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 100.

66 Corte IDH, Caso Bueno Alves c. Argentina, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79. Cfr. Corte IDH, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago, Serie C No. 123, Sentencia

De estos, cobra especial relevancia "la severidad del sufrimiento", en virtud de que la Corte IDH, en la misma línea del TEDH, ha señalado que la integridad personal puede ser violentada o vulnerada en diversos grados, lo cual puede abarcar -de menos a más- desde otros tratos crueles, inhumanos o degradantes hasta la tortura⁶⁷. Igualmente, ha expuesto que las secuelas (físicas y psíquicas) de estos actos dependen de ciertos factores endógenos y exógenos, por ejemplo duración de los tratos, edad, sexo, salud, vulnerabilidad, los cuales serán evaluados e interpretados a partir de un análisis casuístico⁶⁸. Se debe destacar el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan los jueces para evaluar estos elementos, esto derrumba cualquier pretensión de "establecer" o "encontrar" supuestos parámetros objetivos para dicho cometido.

La Corte IDH ha determinado que la tortura es una norma imperativa de Derecho Internacional General, convirtiéndola en una norma *ius cogens*, conclusión similar a la arribada por el TEDH. Ello implica un régimen de prohibición absoluta de todas las formas de tortura

de Fondo, Reparaciones y Costa, 11 de marzo de 2005, párrs. 72 y 73; Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 121. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

67 La CIDH ha dispuesto: "*Ni la Declaración Americana ni la Convención Americana ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen lo que debe entenderse por 'tratos crueles, inhumanos o degradantes' o cómo éstos se diferencian de la tortura [...] El criterio esencial que permite distinguir entre 'tortura' y 'trato inhumano o degradante' deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido*. En: CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., pp. 64-65.

68 Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Serie C No. 220, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, párr. 133. Cfr. Corte IDH, Caso Espinoza González c. Perú, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 184; Corte IDH, Caso Familia Barrios c. Venezuela, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

en la región, lo cual -en principio- no admitiría ninguna excepción⁶⁹.

3.2. La tortura como delito internacional

Por las características antes expuestas, en especial su prohibición de *ius cogens*, la tortura ha sido configurada como un delito internacional, tanto en un contexto de guerra o de lesa humanidad⁷⁰. Ello implica una serie de consecuencias que deben ser tomadas en cuenta a la hora de tipificar dicha figura en los ordenamientos internos. Estos serán expuestos brevemente a continuación.

3.2.1. Aspectos básicos de los delitos internacionales

De acuerdo con Werle, los delitos internacionales, también llamados crímenes fundamentales (*core crimes*) son actos ofensivos a los intereses fundamentales de la comunidad internacional⁷¹, establecidos convencionalmente en un determinado momento histórico. Esta idea nutre la doctrina de la *macrocriminalidad*, la cual -según Kai Ambos- comprende “comportamientos conforme al sistema [so-

cio-político] y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”⁷², es decir, un “macro-acontecimiento” relevante para el derecho internacional y, por lo tanto, diferente a las formas “normales” o “tradicionales” de criminalidad⁷³. El TPIY en el caso de Drazen Erdemovic, expuso que estos delitos son de una violencia muy seria, que daña lo más “esencial” de los seres humanos, es decir, su vida, libertad, bienestar físico, salud y dignidad. Estos hechos ilícitos trascienden a la víctima puntual, pues el ataque afecta a la humanidad entera, la cual aparece como víctima mediata⁷⁴.

Una de las características, *inter alia*, de estos hechos ilícitos internacionales es su imprescriptibilidad, consagrada en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* (1968)⁷⁵. Dicha característica fue reafirmada en el Estatuto de Roma de la CPI, específicamente en el artículo 29, el cual reza: “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

Otra característica de interés de estos ilícitos es la forma especial de responsabilidad del superior jerárquico, introducida por la dogmática del Derecho Penal Internacional⁷⁶.

69 Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles c. Perú, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 141. Cfr. Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador, Serie C No. 252, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de octubre de 2012, párr. 147; Corte IDH, Caso Cantoral Benavides c. Perú, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 95; Corte IDH, Caso Familia Barrios c. Venezuela, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 50; Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 120.

70 Aunque alguna parte de la jurisprudencia y la doctrina también incluyen la tortura en el crimen de genocidio, debemos acotar que dicha inclusión en el artículo 6(b) del Estatuto de Roma no es meramente tortura, sino una de las formas de comisión del genocidio, por ello no lo incluiremos en este análisis.

71 Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011, pp. 78-81.

72 Kai Ambos, *Derecho y Proceso Penal Internacional*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008, p. 26.

73 *Ibidem*.

74 TPIY, Fiscalía c. Drazen Erdemovic, IT-96-22-T, Sentencia de Juicio, 29 de noviembre de 1996, párr. 28. **Nota:** en esta cita predomina el lenguaje retórico, sin embargo, ese es el juego del lenguaje de estos actores y hay que tomarlo tal cual.

75 Resolución 2391 (XXIII) AGNU, 1968. Se puede decir que el referente normativo, de *soft law*, anterior son los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

76 Kai Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 295-333 y Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y*

El artículo 28 del Estatuto de Roma establece este modo de responsabilidad, que es del tipo de omisión propia que “*sólo surge cuando existe una obligación legal para actuar*”⁷⁷, en la cual el jefe militar o quien actúe como tal⁷⁸, es responsable por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo⁷⁹, en tanto hubiere sabido o hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos⁸⁰; o en tanto haya incumplido con su deber de prevenir (*a priori*) o castigar (*a posteriori*) el actuar ilícito de sus subordinados⁸¹.

El “*control efectivo*”, exigido por el Estatuto e interpretado por la CPI *in extenso* en la Sentencia de Juicio del caso Bemba-Gombo, requiere que el comandante tenga la capacidad material para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o para someter el asunto a la competencia de las autoridades. Cualquier grado menor de control, como la ca-

pacidad para ejercer una influencia –aun una influencia sustancial– sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, sería insuficiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. El “*control efectivo*” es generalmente una manifestación de una relación de superior-subordinado entre el jefe militar y los subordinados en una relación jerárquica (cadena de mando) de *jure* o de *facto*. De forma tal que el superior debe tener algún tipo de jerarquía formal o informal de los que perpetrar directa y materialmente los elementos del tipo⁸².

La CPI señaló una serie de factores que podrían indicar la existencia de un “*control efectivo*”, tales como: (i) la posición oficial de comandante dentro de la estructura militar y las tareas que realiza; (ii) la facultad de emitir órdenes, incluyendo su capacidad de ordenar a fuerzas o unidades bajo su comando, sea bajo su comando inmediato o en niveles inferiores, de participar en hostilidades; (iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de órdenes, incluida la consideración de si las órdenes fueron efectivamente cumplidas; (iv) la capacidad para re-subordinar unidades o realizar cambios en la estructura de comando; (v) el poder para promover, sustituir, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; (vi) la autoridad para enviar fuerzas a donde se llevan a cabo las hostilidades y retirarlas en cualquier momento dado; (vii) el acceso independiente a, y el control sobre, los medios para hacer la guerra, tales como equipos de comunicación y armas; (viii) el control de las finanzas; (ix) la capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con organismos o individuos externos, en representación del grupo; y (x) si representa la ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados

participación en Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 766-831.

77 CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 405. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Mucic et al, Sentencia de Juicio, IT-04-83-T, 16 noviembre 1998, párr. 334; TPIR, Fiscalía c. André Ntagerura, Sentencia de apelación, ICTR-99-46-A, 7 julio 2006, párr. 334.

78 CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 176-179.

79 Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 180-190.

80 Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 191-196.

81 CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrs. 405 y 479. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Milorad Krnojelac, Sentencia de apelación, ICTY-97-25-A, 17 setiembre 2003, párr. 171; TPIR, Fiscalía c. Ferdinand Nahimana et al, Sentencia de apelación, ICTR-99-52-A, SA, 28 noviembre 2007, párrs. 152-154 y 190-192.

82 CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 183 y 184.

y posee un cierto nivel de perfil, que se manifiesta a través de apariciones públicas y declaraciones⁸³. En un sentido similar, el TPIY ha interpretado el “control efectivo” como aquellas facultades de control e influencia sobre la conducta y las acciones de la persona subordinada por parte del superior⁸⁴.

3.2.2. Bien jurídico tutelado

Como se ha expuesto, la tortura es tanto crimen de lesa humanidad, como de guerra. La diferenciación entre uno y otro radica en su ligamen a un determinado ataque ilegítimo dado en un contexto específico, pero en ambos casos comparten el mismo bien jurídico tutelado, es decir, la ley penal internacional tiene como cometido cumplir un fin axiológico determinado por medio de la protección de un valor y la sanción a su inobservancia (desvalor), sea en uno u otro contexto.

De acuerdo con Javier Dondé, dicho fin es el castigar el irrespeto del bien jurídico “dignidad humana”⁸⁵, lo anterior con base en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues estos refieren a las “pautas mínimas que deben regir

las relaciones entre individuos y entre estos y los Estados, para conseguir su desarrollo personal y colectivo que se identifica con la frase «ideal del ser humano». De tal forma, la prohibición de la tortura busca proteger la dignidad humana, como “pauta mínima” o estándar, contenida en dichos instrumentos internacionales⁸⁶. Aunado a lo anterior, también se ha determinado que la prohibición de la tortura es un aspecto preponderante del derecho a la seguridad personal⁸⁷.

3.2.3. Tortura como crimen de guerra

En el Derecho Internacional Humanitario, la práctica de tortura está estrictamente prohibida⁸⁸ en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁸⁹ y en dos de sus protoco-

86 *Ibidem*.

87 CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

88 La CIDH ha expuesto: “Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano”. En: *Ibidem*, p. 51.

89 Vid.: en el *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (protección, trato y asistencia de heridos y enfermos) y el artículo 50 (II. Infracciones graves) del Capítulo IX (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (Protección, trato y asistencia, de heridos, náufragos y enfermos) y el artículo 51 (II. Infracciones graves) del Capítulo VII (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, 12 de agosto de 1949, el artículo 17 (Interrogatorio del prisionero) de la Sección I (Comienzo del cautiverio) del Título III (Cautiverio), el artículo 87 (Castigos) del Capítulo II (Representantes de los prisioneros de guerra) de la Sección VI (Relaciones de los prisioneros de guerra con las autoridades) y el artículo 130 (II. Infracciones graves) del Título VI (Aplicación del convenio). En el *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, 12 de agosto de 1949, en el artículo 32 (Prohibición de castigos corporales, de tortura, etc.) de la Sección I (Disposiciones comunes a los territorios de las Partes en conflicto y a los territorios ocupados) del Título III (Estatuto y trato de las personas

83 CPI, Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188.

84 TPIY, Fiscalía c. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic, Sentencia de apelación, IT-02-60-A, 9 mayo 2007, párr. 302. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Zlatko Aleksovski, Sentencia de juicio, IT-95-14/1-T, 25 junio 1999, párrs. 73,74 y 76.

85 Javier Dondé, *Tipos penales en el ámbito internacional*, México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012, pp. 100-101. Cfr. Michael Bothe, “War Crimes”, en Antonio Cassese (comp.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volumen I, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 392 y Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

los⁹⁰. Esta se considera como una infracción grave a las reglas durante los conflictos, de acuerdo con el artículo 3° común⁹¹. Pese a esta amplia normativización, la tortura no se encuentra definida en dichos instrumentos humanitarios.

Gracias a la labor de los tribunales internacionales *ad hoc*, basados en sus respectivos estatutos, se le dio cierto contenido a la figura⁹². Estos instrumentos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sirvieron como base para a conceptualización de la tortura como crimen de guerra en el Estatuto de Roma⁹³.

La tortura como crimen de guerra es uno de los tipos más específicos y se clasifica dentro de los tipos penales de maltrato (*officenses of mistreatment*)⁹⁴. Para que se considere como crimen de guerra, debe estar ligada funcional-

mente a un contexto de conflicto armado, sea internacional⁹⁵ o interno⁹⁶, cuando sea parte de una comisión ilegítima a gran escala⁹⁷. Esto constituye el elemento contextual de guerra.

En cuanto a los elementos específicos del crimen de guerra, aunque existe una diferenciación en cuanto al conflicto de tipo interno o internacional, no existe a nivel regulatorio mayor discrepancia⁹⁸. El elemento objetivo (*actus reus*) dispone: (i) causar grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas, (ii) que la víctima sea un sujeto protegido por los Convenios de Ginebra (crimen de guerra internacional) o que no haya tomado parte activa de las hostilidades (crimen de guerra interno). Se omitió de forma deliberada como requisito que la víctima esté bajo control o custodia del autor⁹⁹.

El elemento subjetivo (*mens rea*) establece: (i) que el autor haya cometido la tortura con la finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo y

protegidas) y el artículo 147 (II. Infracciones graves) del Título IV (Aplicación del convenio).

90 Vid.: *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio de 1977, en el artículo 75.2(a)(ii) (Garantías fundamentales) del Capítulo I (Ámbito de aplicación y protección de las personas y de los bienes) de la Sección III (Trato a las personas en poder de una Parte en conflicto). En el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de 1977, en el artículo 4.2(a) (Garantías fundamentales) del Título II (Trato humano).

91 En lo que interesa dicho artículo estatuye: [...] *A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas [no combatientes]: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; [...].* Al respecto, de acuerdo con la CICR, dicho artículo aunque refiere directamente a los conflictos no internacionales, este debe ser aplicado en cualquier tipo de disturbio interno, aunque no califique como conflicto armado, pues el Estado y todos aquellos involucrados no pueden violentar una norma internacional de *ius cogens* como la prohibición de la tortura. Ver: Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común...*, *op. cit.*

92 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *La tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia*, Buenos Aires, Autor, 2009, p. 147-170.

93 *Ibidem*, 177.

94 Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 605.

95 El crimen de guerra de tortura en conflictos armados internacionales se encuentra regulado en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(a)(ii), como primera alternativa, y en el artículo 8.2) a) ii)-1 de los Elementos de los Crímenes.

96 El crimen de guerra de tortura en conflictos armados no internacionales se tipifica en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(c)(i), como última alternativa, y en el artículo 8.2) c) i)-4 de los Elementos de los Crímenes.

97 Artículo 8, Estatuto de Roma. Cfr. Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, México D.F, INACIPE, 2005, pp. 71-89; Werle, *Tratado... op. cit.*, pp. 574-594.

98 La diferenciación se encuentra en los Elementos de los Crímenes, específicamente en el inciso 3) del artículo 8.2) a) ii)-1 (conflicto armado internacional) y el mismo inciso del artículo 8.2) c) i)-4, esto por cuanto en el primero se exige que la víctima sea una persona protegida por los Convenios de Ginebra y el segundo estipula que la víctima no haya tomado parte activa de las hostilidades. Igualmente, el inciso 5) difiere en cuanto a que el primero exige que sea un conflicto armado internacional y el segundo un conflicto armado no internacional.

99 Ver nota al pie no. 35 de los Elementos de los Crímenes.

(ii) que el autor haya conocido la condición de protección de las víctimas. Aunque existe discrepancia jurisprudencial en cuanto a si las finalidades descritas son exhaustivas, consideramos que la formulación de “tal como” (*such as*) de los Elementos de los Crímenes, le da un carácter de *numerus apertus*¹⁰⁰.

Por último, debemos acotar que de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la cual probablemente será seguida por la CPI, existe una especie de graduación de numerosos crímenes de guerra de acuerdo con la gravedad y severidad de los dolores o sufrimientos infringidos¹⁰¹. En tal inteligencia, la tortura es el más grave de todos ellos, y los “menos gravosos” son: tratos inhumanos¹⁰², causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud¹⁰³ y cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes¹⁰⁴. En síntesis, los caracteres diferenciadores de la tortura como crimen de guerra son: la finalidad ilegítima y la “gravedad” de las ofensas¹⁰⁵.

100 Con una conclusión similar vid.: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 606-607.

101 La CEJIL concluye: “La ‘tortura’ constituye el delito más grave y exige la presencia del elemento motivacional. El delito que le sigue en términos de gravedad es el de ‘causar intencionalmente un sufrimiento o lesión grave contra la integridad física o la salud de una persona’. Los actos que causan un sufrimiento menos grave, o daños a la dignidad, pueden etiquetarse como ‘trato inhumano’, ‘trato cruel’ u ‘otros actos inhumanos’, en función de las circunstancias de cada caso. Por último, si un acto no es lo suficientemente grave como para calificar como trato inhumano puede considerarse como trato humillante o degradante en tanto delito de ultrajes contra la dignidad de la persona”. CEJIL, *La tortura en...*, *op. cit.*, p. 170.

102 Como crimen de guerra internacional, artículo 8.2 (a)(ii)-2 del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes, como crimen de guerra no internacional, 8.2 (c)(i)-3 *ejúsdem*.

103 Artículo 8.2 (a)(iii) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

104 Artículo 8.2 (b)(xxi) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

105 Michael Bothe, “War Crimes”, *op. cit.*, p. 392.

3.2.4. Tortura como crimen de lesa humanidad

Los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad de tortura exigen que dicho delito forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con la política de un Estado u organización y con conocimiento de dicho ataque¹⁰⁶.

La línea jurisprudencial de la CPI y de los Tribunales *ad hoc* -en términos generales- ha sido considerar como elemento objetivo (*actus reus*) de la tortura el infligir a un sujeto, por acto u omisión, severo dolor o sufrimiento, físico o mental¹⁰⁷. No obstante, cabe señalar que el artículo 7(1)(f) de los Elementos de los Crímenes establece que el autor debe tener bajo su custodia o control a la víctima. Ahora bien, a diferencia de la Convención contra la tortura, el Estatuto de Roma no exige que el autor sea funcionario público, por tanto, perdió su calidad de delito funcional¹⁰⁸. Ello debe interpretarse bajo el elemento contextual de que los sujetos que pueden cometer delitos de lesa humanidad son aquellos que pertenezcan a una organización política, sea estatal o con características similares a esta¹⁰⁹.

106 Artículo 7, Estatuto de Roma; Artículo 5, Estatuto del TPIY; Artículo 3, Estatuto del TPIR. Cfr. Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 39-53; Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 356-357.

107 Artículo 7(2)(e), Estatuto de Roma; Artículo 7 (1) (f), Elementos de los Crímenes. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Dragoljub Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, Fiscalía c. Delalic y otros, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párrs. 468; TPIY, Fiscalía c. Anto Furundzija, Caso No. IT-95-17/1-T, Sentencia de Juicio, 10 de diciembre de 1998, párr. 162; TPIR, Fiscalía c. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de setiembre de 1998, párr. 594; TPIR, Fiscalía c. Laurent Semanza, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

108 Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 505-510 y Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., 2004, pp. 199-205.

109 Antonio Cassese, “Crimes against Humanity”, en

De acuerdo con dicho cuerpo normativa, no es tortura el dolor o sufrimiento que solo provenga, sea inherente o incidental de sanciones lícitas realizadas¹¹⁰. Consideramos que dicha disposición resulta innecesaria si se analiza el tipo objetivo del delito como una duplicidad de funciones, entre sistemática y conglobante¹¹¹, ya que esta última excluiría aquello autorizado por otras normas de los ordenamientos jurídicos implicados.

En cuanto al elemento subjetivo (*mens rea*), de conformidad con la interpretación que ha realizado la CPI, no resulta necesaria la existencia de algún elemento de intencionalidad o propósito adicional a la mera causación de dolor o sufrimiento. Nótese el pie de página número 14 del artículo 7(1)(f) de los Elementos de los Crímenes: “*Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen*”. Es decir, el elemento de finalidad fue excluido del Estatuto de Roma de manera deliberada¹¹².

Es menester precisar que la CPI no se ha referido *in extenso* sobre la tortura. No obstante, traemos a colación el voto disidente de la jueza Sanji Mmasenono Monageng en la Decisión sobre la confirmación de cargos del caso de Callixte Mbarushimana:

Autor (comp.), *The Rome...*, *op. cit.*, p. 374.

110 Artículo 7(2)(e), Estatuto de Roma. De acuerdo con CEJIL esto tiene un fin pragmático, pues es: “*una disposición práctica para distinguir el trato que inevitablemente es parte de un sistema penal, en especial el sufrimiento inherente a la privación de la libertad. En todo caso, dichas sanciones legítimas no pueden contradecir el principio de la absoluta prohibición de la tortura*”. En: CEJIL, *La tortura en...*, p. 178.

111 Vid.: Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 351-363.

112 Dentro de los Trabajos Preparatorios del Estatuto de Roma, se señaló que algunas delegaciones (como la de Canadá y Alemania) solicitaron incluir un elemento de finalidad “por razones de coherencia con el artículo 8”, pero al final no se incluyó expresamente, ver: Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los elementos de los crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, Nueva York, ONU, 23 de noviembre de 1999, p. 4.

[L]os elementos de la tortura como un crimen de lesa humanidad y la tortura como un crimen de guerra son significativamente diferentes, de acuerdo a los Elementos de los Crímenes. En particular, la tortura como crimen de guerra requiere que se demuestre un propósito específico (“requisito de propósito específico”), mientras que la tortura como crimen de lesa humanidad no contiene este requisito. Sin embargo, la tortura como un crimen contra la humanidad incluye el requisito de que “la persona o personas hayan estado en la custodia o bajo el control del perpetrador”, algo que no se requiere para la tortura como crimen de guerra¹¹³.

Pese a dicha interpretación¹¹⁴, consideramos que la tortura como delito de lesa humanidad sí implica una intencionalidad general no específica. No puede olvidarse que para que exista un delito concreto de lesa humanidad deben concurrir los elementos contextuales, pues estos hechos de macrocriminalidad (Ambos) se engloban en un contexto generalizado (Werle) que implica, entre otros requisitos, una política para la comisión sistemática o generalizada de los tipos del artículo 7 del Estatuto de Roma.

Interpretamos que ese elemento subjetivo diferente del dolo, debe ser la finalidad de cumplir con una política de realización de actos de lesa humanidad. En caso contrario, no existiría un nexo de causalidad entre el hecho global y el acto específico de tortura, situación que lo convertiría en un hecho aislado o in-

113 CPI, Fiscalía c. Callixte Mbarushimana, Caso No. ICC-01/04-01/10, Voto disidente en la Decisión de confirmación de cargos, 16 de diciembre de 2011, párr. 29 [traducción libre de los autores].

114 La opinión de la jueza es compartida por la mayoría de la doctrina, ver *inter alia*: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 506 y pp. 509-510; CEJIL, *La tortura...*, *op. cit.*, p. 178 y Kai Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 199-205.

conexo del ataque general que se juzga. Lo anterior explicaría el porqué sí se exige un fin en la tortura como crimen de guerra, ya que en estos casos no existe necesariamente una política, sino que el contexto lo determina el nexos con un conflicto armado determinado.

En todo caso compartimos lo dicho por Werle, sobre que esta nueva definición de la tortura implica una ampliación de los motivos o finalidades, que de por sí ya habían sido interpretados de forma muy amplia por los tribunales *ad hoc*¹¹⁵. Estos han exigido un elemento adicional al dolo al señalar que la acción típica debe realizarse con algún propósito, tal como obtener información o una confesión, con el motivo de castigar, intimidar o coaccionar al torturado o a un tercero, o por motivos discriminatorios contra la víctima o un tercero¹¹⁶. Ambos tribunales *ad hoc* han señalado, en una no muy clara línea jurisprudencial, que dicha lista no es exhaustiva, sino que es *numerus apertus*¹¹⁷. También, han interpretado que el delito de tortura no requiere que se ejecute exclusivamente por un propósito prohibi-

do, como fin principal, sino que este puede ser parte solamente de la motivación¹¹⁸.

4. Análisis del caso mexicano

4.1. Antecedentes

En México, a nivel constitucional, la prohibición de la tortura se encuentra explícitamente estipulada en el artículo 20.b.II (principios del proceso penal acusatorio y oral) y en el párrafo segundo del numeral 29 (derechos indisponibles durante el estado de excepción por parte del Presidente y del Congreso), además se encuentra implícitamente dispuesta en la conjugación del artículos 1° (aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el principio *pro personae*), el numeral 19 *in fine* (detenciones policíacas) y el artículo 22 (prohibición de tormentos como pena)¹¹⁹.

Actualmente se encuentra vigente la *Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura* de diciembre de 1991. Dicho cuerpo normativo tiene aplicación en el fuero federal y en el Distrito Federal como fuero común (artículo 1°) y se dirige principalmente para las autoridades y funcionarios públicos (artículo 2°). Por las características propias del sistema político-administrativo mexicano, este cuerpo normativo tiene alcance federal, lo cual genera que la tipificación de la tortura pueda diferir en las Entidades Federales, circunstancia que genera que en algunos estados no se cumpla

115 Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 510.

116 *Ibid.*, p. 509. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Dragoljub Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, Fiscalía c. Delalic y otros, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párrs. 470-472; TPIY, Fiscalía c. Milorad Krnojelac, Caso No. IT-97-25-T, Sentencia de Juicio, 15 de marzo de 2002, párr. 179; TPIR, Fiscalía c. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de setiembre de 1998, párr. 594; TPIR, Fiscalía c. Laurent Semanza, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

117 Así dicho en las resoluciones: TPIY, Fiscalía c. Mucic y otros, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470; TPIY, Fiscalía c. Delalic y otros, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. **Nota:** en la resolución TPIR, Fiscalía c. Laurent Semanza, Caso No. ICTR-97-20-A, Sentencia de Apelación, 20 de mayo de 2005, párr. 320, dicha cámara expone: "*Torture requires a specific, enumerated purpose: in this case, to obtain information or a confession*", lo cual evidencia que no es una cuestión zanjada a nivel jurisprudencial. En igual sentido ver el análisis realizado en: Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 201-204.

118 TPIY, Fiscalía c. Mucic y otros, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. Cfr. TPIY, Fiscalía c. Dragoljub Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 486; TPIR, Fiscalía c. Laurent Semanza, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

119 También debe exponerse que el numeral 73.XXI.a) dispone como facultad exclusiva del Congreso de la Unión, la expedición de los marcos normativos mínimos referentes al tipo penal de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dicha norma reformada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de julio de 2015.

con los estándares universales y regionales, principalmente en Guerrero¹²⁰.

El artículo 3° (reformado) tipifica el delito federal de tortura conforme al estándar de la Convención contra la tortura¹²¹, pues caracteriza la tortura como un delito funcional y requiere de un propósito específico, pero en este caso resulta ser *numerus clausus* (obtención de información, confesión, castigo o coacción) al omitirse la fórmula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”¹²². Además, en el párrafo final se dispone que las consecuencias gravosas de las sanciones legítimas no constituyen tortura.

En cuanto a la pena, determina un rango de entre tres a doce años de prisión, pena de 200 a 500 días multa e inhabilitación para el ejercicio del cargo por hasta dos tantos de la pena de prisión impuesta (artículo 4°). También son punibles las formas de participación como autor, cómplice e instigador y en caso de que el partícipe no sea funcionario público, existe una comunicabilidad de las circunstancias (numeral 5°). Resulta interesante que ese artículo establece una forma de responsabili-

dad que se podría asemejar a la del “superior jerárquico”, aunque no incluye la responsabilidad por la omisión de sancionar¹²³. Pese a lo anterior, tipifica -como delito de omisión propia- si un funcionario público no denuncia un hecho de tortura que haya conocido en ejercicio de sus funciones (artículo 11).

Se excluyen como causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad la apelación a situaciones de inestabilidad política, urgencia en las investigaciones y el seguimiento de órdenes (artículo 6°). Igualmente, declara la improcedencia de invocar prueba (confesiones e informaciones) producto de actos de tortura (artículo 8°), aunque es una práctica común de las autoridades judiciales -pese a la reciente reforma procesal- darles relevancia probatoria pese a la prohibición vigente¹²⁴, lo cual contraría el artículo 15 de la Convención contra la tortura. En este sentido, en el 2012 el Comité contra la tortura de Naciones Unidas -y reiterado en el 2014 por el Relator Especial Juan Méndez- determinó que ha existido una repetida utilización de actos de tortura en interrogatorios y procesos relativos al crimen organizado, por parte de las autoridades militares y policiales¹²⁵.

120 Ver el punto 11 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea ver el punto 13 de las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.

121 Dispone, en lo de interés: “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada”.

122 Esto también ha sido denotado en la recomendación a) del punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

123 Textualmente dicho artículo estipula, en lo de interés: “autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos; o no evite que se inflijan dichos dolores o sufrimientos a una persona que esté bajo su custodia”.

124 Ver el punto 22 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 15 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

125 Ver el punto 10 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En el mismo sentido ver Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 25. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los dere-

Resalta que es una práctica común en este país que se apliquen tipos diferentes a la tortura, considerados como menos graves por la penalidad que conllevan, como por ejemplo el “abuso de autoridad” (artículo 215.XIII del Código Penal Federal mexicano) y “delitos contra la administración de justicia” (225.XII *ejúsdem*), para sancionar acciones que serían típicas de esta¹²⁶, situación que se repite en la mayoría de los países de la región¹²⁷. En esta línea, salta a la vista que -pese a la enorme cantidad de denuncias y de ser una práctica generalizada¹²⁸- al mes de abril de 2015 so-

chos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 214.

126 Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007; reiterado en el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012; también ver Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 24. **Nota:** desde el punto de vista técnico-penal lo que sucede es un concurso aparente de normas (“concurso ficticio” o “falso”), es decir, que los tipos son muy parecidos y la acción puede ser realmente subsumida en todos, en tal caso debería aplicarse el tipo especial, o bien se debe aplicar el tipo que abarca enteramente la conducta, transformando el otro tipo en accesorio o parte de la comisión. De forma tal -consideramos- que el delito de tortura resulta especial frente al de abuso de autoridad y los otros, pues las acciones de los últimos se comprenden en las acciones del primero. Es claro que si se considera la tortura como un tipo funcional, el autor cometerá desviación de poder, pues los actos constitutivos de tortura le están estrictamente prohibidos, pero ello es absorbido por el tipo especial “tortura”.

127 Por ejemplo, en Costa Rica ha sido una práctica detectada por un Tribunal de Casación Penal, por lo que llamó la atención a la fiscalía, ver: Araya y Ulloa, “¿Tortura en...”, *op. cit.*, p. 71. Igualmente, en el caso de EEUU y Guantánamo, la CIDH detectó que no se ha procesado penalmente a nadie por los casos de tortura, ver: CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 59.

128 Al mes de abril de 2015 existían 2.420 denuncias de tortura, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Catalogada como “práctica generalizada” por

lamente existían 15 sentencias por tortura¹²⁹, en contraposición de una cantidad bastante mayor de casos de abuso de autoridad, ejercicio abusivo de las funciones y uso indebido de atribuciones. Lo anterior denota una especial y preocupante impunidad respecto de los responsables de cometer actos de tortura.

Además, se ha determinado que existe evidencia de colusión entre autoridades del Ministerio Público y la fuerza policial en casos de tortura, así como la indiferencia de las autoridades judiciales para investigar casos de esta guisa¹³⁰. Otra de las circunstancias que ha denotado el Comité contra la tortura, es que el delito sea prescriptible, por la aplicación común del Código Penal Federal Mexicano, pese a que es un delito de lesa humanidad¹³¹.

el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014 en su Informe A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 23. Cfr. Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el Mundo*, Londres, Autor, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016), pp. 302-307.

129 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Cfr. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 32.

130 Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea, ver el punto 13 de las Observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010; Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 27.

131 Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8(d) de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

4.2. Propuesta más reciente de reforma legal

El gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto envió, el pasado 10 de diciembre de 2015, a la corriente legislativa la iniciativa de decreto por el que se expide la *Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes* y otras reformas y derogaciones¹³² (en adelante “la Iniciativa” o “el Proyecto”). Esto como parte de la Meta Nacional “México en Paz” del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 que refiere al cumplimiento de las recomendaciones dadas por organismos internacionales¹³³, expuestas *supra*.

Destaca que para la redacción de esta iniciativa se contó con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en México y la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja, así como de la sociedad civil¹³⁴. De aprobarse, según el Transitorio Segundo, se derogará la actual ley federal.

Propiamente en el texto de la Iniciativa, se establece su observancia y la prohibición del empleo de la tortura en todo el territorio mexicano (artículos 1°, 2° y 3°), de forma tal que no existan diferenciaciones en la regulación

en los estados, como actualmente. Establece como principios rectores en la materia: 1) el de dignidad humana, 2) debida diligencia, 3) enfoque diferencial, 4) no revictimización, 5) perspectiva de género y 6) transparencia y acceso a la información pública (artículo 6°).

El delito de tortura se tipifica en el artículo 21 del Proyecto¹³⁵, el cual no difiere significativamente del tipo vigente, pues dispone que será un delito funcional¹³⁶ y establece que se debe cometer con alguna finalidad, enumerando cuatro razones específicas, a saber: obtener información o confesión, coacción, intimidación o castigo y como medida preventiva. A diferencia del tipo actual, se incluye como motivo las razones discriminatorias y deja la cláusula abierta de “o cualquier otro fin determinado”, por lo que afirmamos que es *numerus apertus*. Otra diferencia es que se establece que será posible la comisión por parte de un particular, pero este debe actuar bajo la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, situación que técnicamente se denomina como comunicabilidad de las circunstancias personales y está prevista en la actual ley (ver *supra*).

Una última divergencia es que el nuevo tipo no incluye la palabra “graves” para graduar los sufrimientos o dolores infligidos. Esta posición se refuerza con el artículo 17, según el cual la intensidad de las penas, dolores o sufrimientos tienen efecto para la individuali-

132 Presidencia de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, 2015, extraído de: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf (consultado el 2 de enero de 2016), p. 1.

133 Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 4-5. Dicha obligación se reafirma en la Recomendación 14 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, p. 233.

134 Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 6-7.

135 Textualmente estipula: “Comete el delito de tortura el Servidor Público o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un Servidor Público, mediante acto u omisión inflija dolosamente penas, dolores o sufrimientos físicos o psicológicos a una persona, con el fin de obtener de la persona torturada o de un tercero información o una confesión; coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada; como medio intimidatorio o castigo personas por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido; como una medida preventiva o por razones basadas en discriminación o cualquier otro fin determinado”.

136 En el artículo 5, fracción XVI se define “funcionario público”.

zación de la pena por imponer (juicio de reproche)¹³⁷, mas no para subsumirlas en el tipo penal de tortura.

El artículo 22 requiere un análisis especial. La fracción I dispone sanción para aquel sujeto que realice todos los actos constitutivos de tortura, aunque no se produzca resultado, llamada “tortura equiparada”¹³⁸. Con ello se transforma el delito de tortura en un tipo de peligro concreto, pues penaliza el solo buscar poner en riesgo el bien jurídico tutelado “dignidad humana” aunque no exista resultado, es decir una “seudo-ofensa”. Lo anterior debe ser tratado con sumo cuidado, ya que con la evolución del derecho penal se ha buscado penalizar aquellas conductas materialmente exteriorizadas y que no impliquen una mera reprobabilidad moral, por ello, doctrinalmente, se ha puesto entredicho la viabilidad de los tipos de peligro¹³⁹.

En otro supuesto hipotético, cabe la pregunta sobre qué sucede si el sujeto cumple con los elementos subjetivos y cree cumplir con los elementos objetivos, pero utiliza un medio inidóneo para causar dolor o sufrimiento en la víctima (tentativa inidónea), parece

ser -por la redacción del tipo contenido en el artículo 22.I- que sería punible, creando una antinomia con el artículo 12 del Código Penal Federal, específicamente con la frase: “que deberían producir resultado”. Ambos casos (el peligro concreto y la tentativa inidónea) son muestras claras de una ampliación del *ius puniendi* y de un retroceso al derecho penal de autor, pues en el fondo lo que se busca penalizar es al sujeto “torturador”, que -aunque no haya causado un resultado (lesión real a la “dignidad humana”) o utilice medios ineficaces- tiene el *animus* de torturar, por ello -de acuerdo con tal inteligencia- debe y merece ser encarcelado por resultar un peligro.

Por otro lado, la fracción II del artículo 22 establece la responsabilidad del superior jerárquico, por la omisión de haber tomado las medidas necesarias para prevenir o impedir que sus subordinados inmediatos y bajo su control efectivo cometieran el delito de tortura. Aquí se intenta adecuar la figura del Derecho Penal Internacional (artículo 28 del Estatuto de Roma), aunque no se incluye la omisión de sancionar cuando los hechos ya han ocurrido. Debe tenerse especial cuidado, pues -siguiendo a Kai Ambos- esta figura es una contradicción en sí misma, al constituir una comisión culposa (imprudente) en un delito esencialmente doloso, lo cual es difícil de adecuar con la dogmática del derecho penal interno¹⁴⁰.

En cuanto a las penas, el artículo 23 dispone prisión de diez a veinte años (un aumento de dos terceras partes de la pena mayor vigente) y de 550 a 1000 días multa al servidor público que cometa el tipo de resultado de tortura; la pena será de ocho a dieciséis años de prisión y de 250 a 500 días multa al

137 Dicho artículo es una pretensión de crear una especie de baremo objetivo para cuantificar dicha intensidad, al disponer que se analizará la frecuencia, la duración y las secuelas físicas y psicológicas, la vulnerabilidad de la víctima, entre otras. Esto constituye un límite a la futura interpretación judicial, para determinar la pena, durante el juicio de reproche. Ahora bien, resulta interesante que se pone una limitación al daño psicológico, pues este solo se puede acreditar si existe alguna consecuencia física o existe anulación de la personalidad, ello en claro beneficio de los futuros imputados, al establecer algunas demarcaciones en las cuales se deberán mover las interpretaciones judiciales.

138 Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 9.

139 Para ver una crítica incisiva al respecto: Zaffaroni, *Manual...*, op. cit., pp. 370-372. Para un detallado análisis de las posturas dogmáticas al respecto, ver: Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Madrid, Civitas, S.A., 1997, pp. 60-62. Sobre ello, debe puntualizarse que dicho autor sí admite los delitos de peligro concreto al existir referencia directa a la tutela de un bien jurídico determinado.

140 Dicho autor expone: “La contradicción dogmática que se encuentra en la responsabilidad del superior de una comisión imprudente de un delito doloso no se puede solucionar, sino solamente explicar”. En: Ambos, *La parte general...*, op. cit., p. 333. Son esas “fricciones” de las que habló Roxin, que ni con una gran sagacidad dogmática se pueden solucionar.

servidor público que cometa el tipo de peligro de tortura, así como la destitución e inhabilitación para cargos públicos hasta por el mismo tiempo impuesto de prisión, que empieza a correr una vez que se encuentre en libertad. Si el responsable es un particular, las penas serán de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa, para ambos casos (de resultado y de peligro).

Las agravantes del tipo se incluyen en el artículo 24 de la Iniciativa, las cuales son: I) la muerte preterintencionada o pérdida de material o funcional de los órganos o miembros de la víctima; II) si la víctima está embarazada, es menor de edad o persona mayor de sesenta años, persona indígena, migrante o con discapacidad; III) la utilización de violencia sexual y IV) si el propósito es el ocultar o impedir la investigación de otro delito (*conexidad* entre delitos). En tales casos, la pena puede aumentarse hasta en un medio, treinta años de prisión en el caso más grave.

La única atenuante del delito de tortura (reducción del extremo mínimo de la pena hasta en una tercera parte) sería que el sujeto ayude en la investigación, con información relevante o elementos de convicción para esclarecer los hechos o identificar a los otros responsables, mientras el imputado no sea reincidente y repare integralmente a la víctima. En este caso, por lo omisivo de la redacción, puede ser la cooperación en la investigación de cualquier delito. Consideramos, por lo grave del tipo de tortura, que debería especificarse en cuáles delitos resulta procedente la aplicación de la atenuante, especialmente para delitos de la misma gravedad¹⁴¹.

141 Aunque se aclara que en la motivación que realiza el Ejecutivo al presentar la Iniciativa, expone que es: “una eficaz colaboración con la persecución de dichos delitos”, ver: Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 10. Ello no es óbice de que la formulación lingüística es sumamente omisiva y sujeta a interpretaciones muy amplias.

En cuanto a las causas de exclusión de la antijuridicidad y de exculpación, se determina que no puede invocarse la obediencia debida, circunstancias especiales, tales como guerras, invasión, peligro inminente¹⁴², suspensión de derechos constitucionales¹⁴³ ni perturbación de la paz pública (artículos 9° y 10°). Esto en concordancia con el artículo 2 de la Convención contra la tortura. Asimismo, se estatuye que los responsables no pueden gozar de inmunidades, indultos, amnistías ni otras figuras (artículo 16), por aplicación del principio de justicia universal¹⁴⁴.

El Proyecto tipifica el delito de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el artículo 26¹⁴⁵. Este resultaría como una espe-

142 Esto por cuanto existen algunas teorías que dicen que los derechos fundamentales ceden ante peligros eminentes de la mayoría de la población. Esto podría denominarse como “bushismo”, en referencia al expresidente estadounidense George W. Bush, quien autorizó y promovió el uso de la tortura y la privación de otros derechos humanos por el peligro del terrorismo, tesis que resurgen actualmente ante la llamada “amenaza yihadista”. Sobre la improcedencia de estas teorías en un Estado respetuoso de los derechos humanos, se recomienda ampliamente: Gustavo Chan-Mora, “«Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar» y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 20, vol. 25, 2008, pp. 109-113.

143 Artículo 29, párrafo segundo.

144 CorteIDH, Caso Barrios Altos c. Perú, Serie C No. 75, Sentencia de Fondo, 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil, Serie C. No. 219, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2010, párr. 147; CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay Serie C No. 221, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 195.

145 Textualmente dispone, en lo de interés: “Al Servidor Público miembro de las Instituciones de Seguridad Pública que inflija a una persona tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de manera dolosa y sin propósito determinado [...] Por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se entenderán las agresiones que causen angustia, miedo o sentimiento de inferioridad fundados, y provoquen el menoscabo de la integridad personal de la Víctima”.

cie de delito residual¹⁴⁶, pues el tipo objetivo es idéntico al de tortura, solamente difiere en el tipo subjetivo al no requerir ningún elemento diferente al dolo, es decir, no requiere de ningún propósito determinado. Ello resulta en una modificación de lo que internacionalmente se ha dispuesto, ya que al ser el tipo de tortura propuesto no gradual (al omitirse la frase “graves”), la única diferenciación se encuentra en la existencia o no de un propósito; además de que este segundo tipo es un delito funcional específico, pues solamente lo pueden cometer servidores públicos miembros de las Instituciones de Seguridad Pública¹⁴⁷. En este punto es menester realizar una puntualización, consideramos que la tipificación propuesta, al incluir la frase “sin propósito determinado”, incluiría actos violentos terminales.

La pena para este delito será de uno a nueve años de prisión y de 250 a 500 días multa, así como la inhabilitación y destitución de cargos públicos hasta por el mismo tiempo de prisión, que corre una vez que se encuentre en libertad (artículo 26). Si fuese cometido por un particular, con la autorización, apoyo o aquiescencia de un servidor público miembro de las Instituciones de Seguridad Pública, la pena por imponer será de tres a cinco años de prisión y de 100 a 300 días multa. Esto último es un contrasentido, pues -de acuerdo

con la lógica del Proyecto- cuando el delito es cometido por un particular se considera como menos grave, por tanto, no tiene lógica que el extremo menor del *quantum* (tres años) sea mayor que el extremo menor (un año) cuando lo comete un servidor público.

Igualmente, se aplicarán las agravantes y atenuantes del delito de tortura, lo cual resulta problemático en varios sentidos. Véase un caso hipotético: si se tiene un caso que se subsume en el delito de tratos y penas crueles, al no existir *prima facie* un propósito, pero se considera que debe agravarse por la fracción IV del artículo 24, por existir el motivo de ocultación o impedimento de investigación de otro delito, resultaría en un concurso aparente de normas con la tortura y la fórmula abierta “o cualquier otro fin determinado”, y al ser un fin que agrava la pena, sería una tortura agravada. Esto no es *peccata minuta*, debe recordarse que es común en las Instituciones Represivas buscar la forma de evadir la imputación del delito de tortura¹⁴⁸, y esta contradicción puede ser utilizada como medio para no aplicar el tipo correctamente.

También se crean otros dos tipos penales (delitos vinculados). El primero refiere al servidor público que injustificadamente se abstuviere de denunciar los delitos *supra* descritos, en tal caso se impone pena de prisión de seis meses a tres años y de 250 a 500 días multa, además de la destitución e inhabilitación para cargos públicos. El segundo, sanciona a quien impida el acceso a los lugares de privación de libertad para que se realicen las inspecciones en cuanto a la materia de la Iniciativa, por no indicarse expresamente, este no sería un delito funcional. Ambos tipos son una forma de combatir la connivencia e impunidad que existe en estos casos.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, se dispone que la investigación se realizará

146 CECC, Fiscalía c. Kaing Guek Eav alias Duch, Caso 001, Sentencia de Juicio, 26 de julio de 2010, párr. 367; TPIY, Fiscalía c. Cerkez y Kordic, Caso No. 95-14/2, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2004, párrafo 1042; TPIY, Fiscalía c. Beara, Caso No. IT-02-57, Sentencia de Juicio, 10 de junio de 2010, párr. 888; TPIR, Fiscalía c. Musema, Caso No. 96-13, Sentencia de Juicio, 27 de enero de 2000, párrs. 230-233; CBH, Fiscalía c. Rasevic y Todovic, Sentencia de Juicio, 28 de febrero de 2008, pág. 50; CBH, Fiscalía c. Damjanovic et al, Sentencia de Juicio, 15 de diciembre de 2006, pág. 23.

147 Estas son Instituciones de Procuraduría de Justicia, Policiales, del Sistema Penitenciario y dependencia encargadas de la Seguridad Pública, sean federales, locales o municipales (fracción VII del artículo 5 de la Iniciativa).

148 Ver: Notas 124 y 125 *supra*.

de oficio o por instancia de parte (artículo 7°) y que es imprescriptible (artículo 8°). Esto último debe tomarse con sumo cuidado, pues la prescripción es resultado de la aplicación de los principios liberales del derecho penal, en donde el sujeto represor (el Estado) se encuentra en una amplia ventaja frente al sujeto que sufrirá la sanción penal¹⁴⁹. Por lo anterior, la desaplicación de un principio general (Capítulo VI, artículo 100 y siguientes del Código Penal Federal) no debe tomarse a la ligera.

Corresponde aclarar que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de guerra se fundamenta en el hecho de que en estos casos, generalmente, las autoridades represivas y judiciales no pueden o no pretenden investigar tales hechos, por las circunstancias excepcionales en que suceden (guerras, conmociones internas, períodos dictatoriales o de supresión de garantías y del Estado de Derecho, etc.), ante ello -con el fin de no generar impunidad- se estableció su imprescriptibilidad¹⁵⁰. Por lo anterior, pese a

las recomendaciones de diversos organismos internacionales, es que consideramos que solamente cuando un hecho pueda calificarse como de lesa humanidad o de guerra, en el sentido estricto del Estatuto de Roma (principalmente en cuanto a la existencia de los elementos contextuales), es que debe aplicarse tal característica, pues en caso contrario sería atentar contra la seguridad jurídica y los derechos del imputado, al someterlo *ad perpetuam* a investigaciones criminales o la amenaza constante de estas¹⁵¹.

El Proyecto contiene especificaciones en cuanto a la investigación de estos delitos (ver artículo 32 y siguientes). Es de interés que se crean Unidades Especializadas para tal propósito (artículo 49 y siguientes), así como la obligación de llevar las investigaciones de forma independiente de los “delitos comunes” (artículo 33). Esto resalta la pretensión de caracterizar la tortura y de los tratos crueles e inhumanos como “delitos especiales”, aspecto de relevancia a la hora de resolver un posible concurso aparente de normas. Asimismo, se reafirman los principios del Protocolo de Estambul, en cuanto a la investigación médico-forense (artículos 34 a 45).

La Iniciativa contempla la creación de un Registro Nacional, el cual contendrá las estadísticas sobre los hechos denunciados y su investigación (artículo 68). Este incluirá, como mínimo, el lugar, la fecha, circunstancias, técnicas utilizadas, los supuestos responsables, el estado de las investigaciones, la información de la víctima, como su situación jurídica, edad, sexo y otras relevantes (artículo 69). Este estará a cargo de la Procuraduría, órgano fiscal de la República (artículo 70). Esto es resultado de las recomendaciones dadas

149 En este punto, siguiendo las ideas de Zaffaroni, una imprescriptibilidad de la acción puede aumentar la problemática latinoamericana de los presos sin condena o los eternamente perseguidos, pues la prescripción resulta ser un límite del poder punitivo estatal a un ejercicio racionalizado en el tiempo, ver: Zaffaroni, *Manual...*, op. cit., pp. 687-689. Con una posición diferente, dice Roxin: “En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano”. En: Roxin, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 165.

150 Al respecto, ver la excelente exposición de Christine Van den Wyngaert y John Dugard, “Non-applicability of statute of limitations”, en Cassese, *The Rome Statute...*, op. cit., pp. 873-888.

te..., op. cit., pp. 873-888.

151 Inclusive a nivel doctrinario no se tiene certeza sobre que dicha característica deba ser adoptada por el derecho interno, al respecto ver: *Ibid.*, 873-888 y Werle, *Tratado...*, op. cit., p. 402.

al Estado mexicano¹⁵² y -de aprobarse- conformará una herramienta importantísima para investigadores y para la confección de los informes estatales ante los organismos internacionales.

Por último, de interés de esta investigación, se derogarían aquellos tipos del Código Penal Federal que pueden entrar en concurso aparente de normas con el delito de tortura, como la fracción XIII del artículo 215 (abuso de autoridad) y la fracción XII del artículo 225 (delitos contra la administración de justicia).

5. Principales conclusiones

A partir de esta batería teórica podemos afirmar que las recientes modificaciones a la Constitución Política mexicana, son un claro avance para cumplir con sus obligaciones internacionales. Estas reformas plasman a nivel jurídico el compromiso de adecuar el derecho interno, de forma tal, que la comisión de la tortura sea proscripta como práctica estatal, sea por acción u omisión, al no investigar o tolerar dichos actos. Asimismo, la transformación del proceso penal mexicano a los estándares de los derechos humanos, con la incorporación del sistema acusatorio, es una forma de observancia de dicha obligación, al excluir y catalogar como absolutamente nula, cualquier prueba derivada de actos de tortura¹⁵³.

En términos generales se puede concluir que la Iniciativa cumple con los estándares internacionales y las recomendaciones de los organismos observadores de los derechos humanos. Destaca la pretensión de que sea una norma uniforme para todo el territorio mexica-

no; la inclusión de pautas de interpretación, por medio de principios generales y estándares para ponderar los sufrimientos de la víctima para imponer la pena; la incorporación de la responsabilidad del superior; así como la creación de todo un sistema institucional-estatal para la prevención, vigilancia e investigación de actos de este tipo.

Sobre lo anterior, debe tomarse en cuenta los aportes de las ciencias sociales, en búsqueda de una formulación normativa que responda a una “Jurisprudencia social-tecnológica”, en términos de Albert. Al respecto deben atacarse aquellos factores que inciden sobre la tortura como acto violento, en especial sobre lo que se denominó como sociedad de la obediencia y el ataque a los sujetos vulnerabilizados. Por ello es importante que los sujetos que se encuentren con poderes situacionales (como investigadores, policías, militares) sepan que serán responsables, tanto ellos como sus superiores, por los actos que cometan; fomentar en los sujetos que realicen juicios críticos para que respeten los derechos humanos como máximas de comportamiento y, en especial, hacer de conocimiento público las sanciones y medidas tomadas contra aquellos sujetos que realicen actos contrarios a la dignidad humana. Sobre estos aspectos, cobra importancia el sistema-institucional de prevención de la tortura, como forma de educación en derechos humanos, y el Registro de acceso público, a manera de disuasión general (tanto como fin de prevención general negativa y positiva).

Un realce especial, en nuestra opinión, merece la exclusión de la graduación del sufrimiento como uno de los elementos del tipo objetivo del delito de tortura, con ello se evita una averiguación de difícil constatación intersubjetiva, que afecta el principio de adecuada tipificación del acto delictivo.

Ahora bien, esto no implica que la Iniciativa sea perfecta -como cualquier obra hu-

152 Ver Recomendación 16 y 19 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, p. 234.

153 Ver Recomendación 15 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, p. 233.

mana-, pues deben revisarse varios puntos propuestos y ponderarse adecuadamente los derechos e intereses que se verán afectados. En primer lugar, aunque así lo dispone la Convención contra la tortura, la inclusión de una cláusula abierta en el tipo subjetivo de “cualquier otro fin”, es una autorización encubierta al uso de la analogía *in malam partem* al momento de subsumir el hecho en el tipo.

En segundo lugar, la inclusión de la “tortura equiparada”, con unas penas no muy diferentes de la tortura “común”, es una evidente ampliación del *ius puniendi* (del mero finalismo al derecho penal de riesgo) al incluirse un tipo de riesgo y una posible penalización de tentativas inidóneas, pues en tales casos el bien jurídico tutelado no sufre afectación. En este punto, pareciera que el derecho penal de autor reaparece, al buscarse penalizar al “torturador”, a ese sujeto que se atreve a torturar, sin importar si hay afectación o no. Sobre ello, consideramos que la regla general de las tentativas incluida en el Código Penal (artículo 12), es apta para resolver situaciones en donde el autor tiene como fin la comisión del tipo, pero por razones externas a él, no logra su cometido. Por tanto, debería considerarse eliminar la “tortura equiparada” del Proyecto.

En tercer lugar, deben revisarse todas aquellos “agujeros” que permitirían eludir la aplicación de la figura de la tortura. Debería establecerse explícitamente que la atenuación es para la cooperación en investigaciones de delitos de igual gravedad que el de tortura y adecuar el tipo de otros tratos inhumanos para que no quepa un posible concurso aparente de normas. Otro aspecto por considerar, es el de la imprescriptibilidad aplicada de modo general, pensamos que debería enmarcarse solo para aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales (elementos contextuales) que los transforman de delitos comunes a internacionales.

Un quinto punto, vinculado al anterior, es que las conceptualizaciones más recientes de la tortura la consideran como un delito que puede ser cometido por cualquier sujeto, siempre que este tenga la suficiente capacidad de tener bajo su control a la víctima, de forma similar a como lo haría el Estado, pero en donde no es necesaria la participación (sea en cualquier nivel) de funcionarios públicos. Esto supera la circunscripción de la tortura como delito eminentemente funcional y sería una forma de sancionar la tortura “extraestatal”, como aquella cometida por grupos criminales.

Como punto final, el cual consideramos como el más controversial, proponemos la supresión de las categorías residuales cuando se habla de estos temas. Es decir, si ya se está dando el paso en eliminar la graduación de los sufrimientos de la víctima como elemento del tipo, debería eliminarse el delito de “otros tratos inhumanos”, que es residual e inespecífico. La lógica de su existencia anterior se daba por ese elemento de graduación, así -antes- cuando un acto no era “suficientemente” doloroso, se tipificaba como ese tipo residual. Al dejar de existir tal elemento indemostrable intersubjetivamente, parece que lo idóneo sería utilizarlo como parte de la culpabilidad, en el juicio de reproche, aplicando el artículo 17 de la Iniciativa. De tal manera, se elimina de una vez por todas esas posibilidades de concursos aparentes de normas, que en el fondo son formas de evadir la aplicación del delito de tortura¹⁵⁴.

154 Desde una posición científica ver: “[...] these findings do not support the distinction between torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment made by the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment.1 Although both types of acts are prohibited by this convention, such a distinction nevertheless reinforces the misconception that cruel, inhuman, and degrading treatment causes less harm and might therefore be permissible under exceptional circumstances”. En: Metin Basoglu, Maria Livianou, & Cvetana Crnobaric, “Torture...”, *op. cit.*, p. 284.

Empero, estas reformas -las ya realizadas y las propuestas- no serán la panacea para el problema político y social de la tortura en México, no debemos caer en ese *wishful thinking*. Por más que se agraven las penas, que se declare su imprescriptibilidad, se amplíen los tipos, se cree más burocracia, nada suce-

derá si no existe un verdadero compromiso de todos los sujetos para eliminar estas prácticas. La confianza no debe estar enteramente en las normas escritas (*law in books*), se debe invertir en el cambio de mentalidad, por medio de la educación y el compromiso permanente sin claudicar.

Referencias

- Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, "Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality", *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28–46.
- Albert, H., *La ciencia del derecho como ciencia real*, traducción de Minor E. Salas, México D.F., Fontamara, 2007.
- Ambos, K., *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C, 2004.
- *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.
- *Derecho y Proceso Penal Internacional*. México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008.
- Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el Mundo*, Londres, Autor, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Araya, M. J. y Ulloa, J. A., "¡Tortura en Costa Rica! Algunas reflexiones hermenéuticas en torno a la sentencia N° 2014-007274 de la Sala Constitucional", *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, Edición Especial Derecho Penal Internacional, diciembre de 2015, pp. 58-75, extraído de: <http://www.acodicr.org/images/Revista/ediciondpi> (consultado el 9 de enero de 2016).
- Barra Almagiá, E., *Psicología social*, Concepción, Universidad de Concepción, 1998, extraído de: http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf (consultado el 30 de julio de 2015).
- Basoglu, M., Livanou, M. & Crnobaric, C., "Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?", *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, pp. 277-285.
- Berger, P. y Luckmann, T., *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Icalma, 2001.
- Cassese, A. (compilador), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volumen I, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia*, Buenos Aires, Autor, 2009.
- Chan-Mora, G., "«Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar» y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 20, núm. 25, 2008, pp. 109-113.

- Chand Vohrah, L. et al (comps.), *Man's Inhumanity to Man*, La Haya, Kluwer International Law, 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Washington, Autor, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016).
- *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*. Washington, Autor, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016).
- *Situación de los derechos humanos en México*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, Washington, Autor, 2016, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los elementos de los crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, Nueva York, ONU, 23 de noviembre de 1999.
- Dondé, J., *Tipos penales en el ámbito internacional*, México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012.
- Christopher Einolf, "The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis", *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, pp. 101-121.
- Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica., 2007.
- Haba, E. P., *Tratado Básico de Derechos Humanos con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen Realista Crítico*, tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1986.
- *Metodología (Realista) del Derecho*, tomo I, San José, Editorial UCR, 2012.
- "Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán «derechos humanos»", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 3-81, extraído de: <http://www.rtdf.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015).
- Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la ONU, Juan E. Méndez en su Misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014.
- International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?*, extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre-la-torture-qui-sont-les-tortionnaires> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Paul D. Kenny, "The Meaning of Torture", *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, pp. 131-155.
- Ling Ching Céspedes, R., *Psicología forense: principios fundamentales*, San José, EUNED, 205.
- Milgram, S. (1965). "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority". *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, 1965, pp. 57-76.

- Naciones Unidas, *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004).
- Noufour, H. (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Buenos Aires, Editorial Cálamo, 1999.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.
- Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.
- Olásolo, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Pichardo, M. A., *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, s.f., extraído de: <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultado el 27 de julio de 2015).
- Pictet, J., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, s.f., extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).
- Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho: EPN*, México, Autor, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combatir-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016)
- Presidencia de la República, *Visita del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos*, México, Autor, 08 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).
- Presidencia de la República, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, México, Autor, 2015, extraído de: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf (consultado el 2 de enero de 2016).
- Roxin, C., *Derecho Penal: Parte General*, tomo I, Madrid, Civitas, S.A., 1997.
- Salas, M. E., *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* San José, ISOLMA, SA., 2011.
- Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Zaffaroni, R. E., *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Zimbardo, P., *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*. Madrid, PAIDOS IBERICA, 2008.

APUNTES SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DERECHO PENAL

*Alonso Salazar*¹

“El orden social (masculino), así dado está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira”²

“con una catástrofe ininterrumpida que el ángel de la historia, arrastrado por la tormenta, con las alas desplegadas, impotente e invadido por el horror, ve crecer ante sí. Lo que, equivocadamente había sido considerado como una marcha triunfal de la humanidad hacia el progreso, en realidad no era sino la marcha triunfal de los vencedores hacia el fascismo y hacia la guerra”³.

No debes venir a ese campo de concentración, Elisa, porque convierte en malos y sucios a todos los que tienen algo que ver con él. Si puedes, desaparece de la ciudad. Escóndete en los bosques hasta que acabe toda esta locura⁴.

1 Profesor Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Costa Rica.

2 Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derecho penal online, ISSN1853-1105, de la República Argentina.

3 Así **TRAVERSO, E.**, *Walter Benjamin y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas*, Imprecor, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33. Benjamin, W. Es la tesis más conocida de la obra (la novena) es probablemente aquella en que Benjamin realiza una interpretación alegórica del cuadro de Klee ‘*Angelus Novus*’, comparando el progreso con una acumulación continua de desperdicios y ruinas.

4 SURMINSKI, A., *Los Pájaros de Auschwitz*, Publicaciones y Ediciones Salamandra S.A, Madrid, 2013, p. 132.

- **Resumen:** ¿Debe existir una perspectiva de género en el Derecho Penal que considere la condición especial de la mujer? Este artículo trata de dar una respuesta a esta interrogante. Para ello, en una primera parte se analiza la situación de la mujer desde varias perspectivas: social, normativo, criminológico. Luego, en una segunda parte se hacen anotaciones sobre lo que debería ser una perspectiva de género, los elementos a tomar en cuenta a nivel de fenómenos sociales, de discurso, la política, la historia, y el ámbito criminal. La invisibilización y el trato discriminatorio hacia la mujer es evidente y es sobre el que más se habla. Sin embargo, es necesario ahondar todavía más en el tema.
- **Palabras clave:** Derecho Penal, género femenino, fenómeno social, perspectiva de género.

Abstract: Should there be a gender perspective in Criminal Law that considers the special status of women? This article tries to answer this question. There for, the first part analyzes the situation of women from various perspectives: social, normative, criminological. Then, in a second part, notes are made on what should be a gender perspective, the elements to be taken into account at the level of social phenomena, discourse, politics, history, and the criminal aerea. Inivisibilization and discriminatory treatment towards women is evident and is the most talked about. However, it is necessary to go even deeper into the subject.

- **Keywords:** Criminal law, feminine gender, social phenomenon, gender perspective.
- **Sumario:** 1) Planteamiento del problema. 2) Apuntes iniciales. 3) Algunas ideas para tomar en cuenta. a) La invisibilización de la mujer en la sociedad. b) La consideración de la mujer en el planto normativo. c) La conceptualización del delito femenino desde una perspectiva criminológica. 4) Apuntes sobre lo que debería ser una perspectiva de género. a) Aspiraciones en el plano discursivo. b) De la triada dialéctica androcentrismo versus ginocentrismo. c) El rol de la mujer desde una perspectiva histórica. d) Del poder político y los fenómenos de criminalización en el ámbito femenino. 5) Conclusión. 6) Bibliografía.

Una de las características que se están poniendo al descubierto gracias a los estudios e investigaciones impulsadas por la corriente que se ha dado en llamar criminología de género, que aglutina a un número cada día mayor de hombres y mujeres que desde distintos ámbitos, académicos y de vertiente práctica, coinciden en el empeño de destacar los factores de vulnerabilidad que empujan a las mujeres al delito, y los elementos que mantienen un trato discriminatorio dentro de las prisiones⁵.

1) Planteamiento del problema.

Al formularme la pregunta sobre si en derecho en general y más específicamente en derecho penal se adolece de una perspectiva de género que considere la condición especial de la mujer debo llegar sin más, a la conclusión de que la respuesta es afirmativa.

La cuestión no es si existe o no un sesgo por género en el derecho, sino que la pregunta a la que pretendo –al menos de manera incipiente dar respuesta-, es si será necesario que una tal perspectiva que diferencie a hombres de mujeres y por consiguiente dé un trato distinto según el sexo, se requiera con el estado actual de la situación.

Creo –y este es un adelantamiento a mis conclusiones-, que esta problemática no resulta tampoco ser exclusiva del fenómeno delincencial en relación con la mujer y su papel en la sociedad, me parece que nuestra realidad, nuestra cosmovisión está matizada por una construcción de la misma desde una conceptualización androcéntrica que invade todas las esferas del conocimiento, pues así se ha desarrollado a lo largo de la Historia.

En relación con el tema que nos ocupa, el derecho, definitivamente, esta conclusión es consustancial a todo individuo en la sociedad, que ejerza un determinado rol. Desde luego, si el derecho es un fenómeno social, únicamente interesará y se dirigirá a aquellos miembros de la sociedad que interactúan en las distintas relaciones sociales. En el tanto y en el cuanto, un determinado individuo no se integre como miembro activo de la sociedad, tampoco será abarcado por el derecho en cuanto tal. Por ello, no resulta desde mi óptica, ni cuestionable y asombrosa la conclusión, sino una obviedad que no merece mayores consideraciones. Desde luego, tampoco creo que al respecto, la perspectiva de género logre realizar aporte alguno por sí misma, pues requiere de la modificación de ciertas bases epistemológicas sobre las cuales se construye nuestra realidad. Más allá de la simple mención acerca de la necesidad de enfocarnos en una dimensión hasta hoy prácticamente desconocida del derecho, lo importante es introyectar esa visión de forma tal, que forme parte de la manera en la cual concebimos la realidad, pues no podemos pretender que por simple magia verbal esa realidad se transforme.

En las prisiones femeninas existe una precaria dotación de recursos económicos, una estructura espacial inadecuada y condicionada, en muchos casos, a un centro de población reclusa masculina unas instalaciones poco habilitadas, una oferta muy reducida de programas rehabilitadores y un personal de orden y régimen poco preparado para atender la problemática de las mujeres⁶.

5 Así **OLMOS, Y.**, Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas, REIC (Revista Española de Investigación Criminológica), Número 5 (2007), p. 4.

6 Así **ALMEDA SAMARACH, E.** Ejecución Penal y Mujer en España: Olvido, Castigo y Domesticidad, V/lex, versión generada por el usuario, Universidad de Barcelona, 2012, p. 2. Se refiere la autora a las cárceles españolas, pero bien vale para nuestra realidad sobre todo cuando sólo existen en nuestro país dos centros penitenciarios El Buen Pastor y el Módulo de Mujeres en el

2) Apuntes iniciales.

Luego de esta pequeña introducción es posible afirmar, que en efecto, no cabe duda alguna de que la perspectiva de género debe ser considerada –además de una manera seria–, dentro de la construcción jurídica en general y desde luego, no puede obviarse de modo alguno dentro del fenómeno delincuencia. Si en términos generales, nuestra sociedad está conformada tanto por hombres como por mujeres⁷, está claro que no solo en los procesos de definición del delito, sino en su juzgamiento y por supuesto durante la ejecución de una eventual condena, se debe de tener presente las grandes diferencias que existen entre hombres y mujeres y las necesidades de cada uno de esos grupos [así como de los grupos minoritarios ya citados] y que no pueden simplemente ser ignorados como hasta ahora lo ha sido⁸.

Por otra parte claro está, no debemos caer tampoco en un modismo o quimera, que nos lleve a considerar que con la única consideración de una perspectiva inclusiva, solucionare-

mos todos los problemas que podrían presentar el tratamiento del delito, el delincuente y el fenómeno delincuencia, dicho de un modo más actual, de la cuestión criminal, término con el que ahora, más modernamente, con el abandono de las tendencias tradicionales, hacia los años 80 del siglo anterior y en adelante, los antes denominados “criminólogos” han venido a recalcar en una nueva disciplina sobre el funcionamiento y la interacción de los distintos componentes sociales y la operación de dichos componentes en torno a la cuestión criminal⁹, ello por medio de la denominada so-

Centro de Atención Institucional de Liberia, Guanacaste, conocido como Calle Real.

7 No quiero entrar aquí al análisis de otras categorías hoy en día reconocidas incluso jurídicamente como homosexuales, transexuales, gay, lesbianas, bisexuales por ejemplo, pues no es este el punto que me interesa resaltar.

8 Complementando este panorama, hay una circunstancia fundamental que tiñe especialmente el ingreso de cualquier mujer en prisión, pues si para un hombre, su encarcelamiento tiene consecuencias graves en el ámbito familiar cuando se trata de una mujer madre de familia, este hecho es vivido por ellas como un auténtico cataclismo. La mujer, a su ingreso, en su bagaje personal trae consigo la culpabilidad, la angustia e incertidumbre por la responsabilidad familiar en el exterior: hijos, padres o personas dependientes e incapacitadas; la pérdida de la vivienda, o la inseguridad hacia el mantenimiento de la estabilidad marital, etc. La impotencia ante la previsión de consecuencias irreversibles en la red familiar por su encarcelamiento; sobre todo les pesa su ausencia en las enfermedades, o ante la adolescencia de los hijos, que pueden verse encaminados a la drogadependencia, o a engrosar pandillas o redes delictivas. Así **OLMOS**, op cit. p. 7.

9 La llamada cuestión criminal, en los campos del conocimiento relativos al estudio y comprensión de las sociedades, ha ido empleando en las últimas décadas, en Europa, principios, categorías y métodos de investigación en las disciplinas sociales. En ciertos terrenos más restringidos del comportamiento humano tales cambios fueron idóneos para explicar, complementar o rectificar lo que hasta entonces habían constituido los únicos parámetros de comprensión de la conducta criminal: el médico y el jurídico. De tal modo, y con alteraciones también acaecidas en el terreno de las teorías sociales, en el cual se hizo sentir con mucho vigor el influjo del pensamiento crítico de la llamada Escuela de Frankfurt, el conocimiento criminológico se convirtió, asimismo, poco a poco, en un fértil terreno de cuestionamiento al saber tradicional. Las causas individuales de la conducta criminal, orientadoras de tal conocimiento y complementarias de la definición jurídico-penal de dicha conducta, comenzaron a perder el interés central y a ser reemplazadas por el estudio de los procesos mediante los cuales las sociedades construyen y aplican las definiciones de los comportamientos reprobables, tanto social como jurídicamente. De este modo fue como el conocimiento criminológico se amplió y, a la vez, se hizo más social y político. La verdadera revolución epistemológica se produjo cuando, definitivamente, el objeto de estudio de la tradicionalmente denominada criminología mudó del delito al control del mismo.

Una nueva forma de abordar la cuestión criminal había sido inaugurada y, a través de ella, por primera vez de manera coordinada, iban a ser analizados, por ejemplo, los procesos de creación de la ley penal (Sistema Penal estático) o la conformación y actuación de las agencias policiales, judiciales y penitenciarias (Sistema Penal dinámico). En efecto, el objeto de estudio se había desplazado: se trataba ahora de estudiar, investigar y observar al propio Sistema Penal...Así **BERGALLI, R./RIVERA, I.**, en **FORERO/RIVERA/SILVEIRA**, 2012. Contraportada y contracubierta.

ciología del control penal, que como señala **BERGALLI** dicha propuesta consiste en "... salirnos de los marcos estrechos que nos fijaba la tradicional denominación de criminología (...), que nos mantiene dentro del círculo vicioso que consiste en seguir discutiendo sobre el objeto y el método que determinarían el carácter científico de la disciplina, apegada a la ideología penal que da origen a su existencia y condiciona su contenido..."; para denominar sociología del control penal "al estudio de todas aquellas instancias, instrumentos, categorías y momentos sólo previstos por las normas jurídico-penales que promueven la legitimación del orden, pero no ya en su dimensión dogmática, sino en aquella dialéctica que pretende demostrar cuáles son los intereses socio-culturales y político-económicos que articulados en el sistema de producción están en su génesis, desarrollo y aplicación..."¹⁰.

Por otra parte, no son ni el machismo ni el feminismo, las perspectivas que nos pueden ayudar a elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que considere ambos sexos en la diversidad, de manera comprensiva de los distintos componentes de la individualidad, que se conjuguen en una verdadera visión del ser humano en la doble dimensión del tándem hombre y mujer, de forma tal que discrimine donde sea necesario discriminar y equipare allí donde se puedan considerar ambos sexos de manera similar por no ser el género un factor de relevancia¹¹.

10 Citado por **BOMBINI**, a quien se puede consultar in extenso sobre este desarrollo de las distintas corrientes criminológicas. Me he inclinado por esta referencia por su elocuencia, sin embargo, debo advertir al lector, que en el texto de Bombini, se da la solución de continuidad como Bergalli, 1985:18-19, no obstante, al consultar la bibliografía de ese trabajo, en la misma no se cita ninguna obra de Bergalli del año 1985, por lo que no he podido verificar la fuente original.

11 En el ámbito de la ejecución penal por ejemplo nos señala **SERRANO TÁRRAGA**... "la población penitenciaria femenina constituye un grupo minoritario. Las normas penitenciarias diseñadas para el grupo mayoritario

Claro está, que al hablar de un discurso que reúna las características aquí esbozadas estamos haciendo referencia a un discurso que se concentre no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro.

De lo que nunca más podemos tener duda, es de la existencia de esta perspectiva, la cual, quiérase o no, debe ser considerada en la construcción del discurso jurídico en general y dentro de este, del discurso jurídico-penal.

Como bien señala **DANIELA ZAIKOSKI**:

"(...) la asignación de roles fijos a las mujeres que impiden que ellas construyan su identidad como personas. Dentro de la familia las mujeres tienen un rol tradicionalmente reproductivo, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana. Confinado al hogar, este puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por las normas. A su vez, la sexualidad que gira alrededor de la maternidad, es vista como la situación normal. De allí que se construya la figura de la prostituta, como la contracara de ese modelo de mujer esposa y madre. Si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicaliza-

[se refiere a España pero igual vale para Costa Rica aun en ausencia de una ley de ejecución penal], y partiendo del principio de igualdad, se ocupan de la mujer en aspectos muy concretos, relacionados con estados propios de su sexo, como son el embarazo, parto y la posibilidad de tener con ella sus hijos menores hasta los tres años. En necesario introducir en la ejecución de las penas privativas de libertad la perspectiva de género, que incluya las características peculiares de cada género, para conseguir las finalidades de rehabilitación y reinserción, recogidas en la Constitución y evitar la reincidencia". **SE-RRANO TÁRRAGA, D.**, La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad. Estudios penales y criminológicos, vol. XXX (2010). Lo mismo *ceteris paribus* aplica según me entendimiento para los procesos de definición de las conductas delictivas y el enjuiciamiento.

ción (intervención de siquiatras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que desviación se trata de una debilidad o una patología..., mientras que con la prostituta se pone en funcionamiento toda una batería de mecanismos de intervención, propios del modelo represivo del control social.

Si cambia el estereotipo social otorgado a la mujer, por ejemplo últimamente cuando se trata de amplificar el rol público de las mujeres, o bien cuando se ponen en la agenda de políticas públicas a la violencia doméstica o sexual, ello redundará en un mayor control social formal sobre ellas, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio..., ya que por un lado no se democratizan las instancias del control informal respecto a la construcción de identidad de las mujeres, y se hacen más brutales las intervenciones del aparato represor del control formal”

Las instituciones de reclusión femeninas han tenido y tienen su propia historia, su propia filosofía, su propia lógica de funcionamiento y su propia fisonomía, porque a lo largo de los siglos ha habido una forma diferente de castigar a los hombres y mujeres que han vulnerado las leyes penales¹².

a) La invisibilización de la mujer en la sociedad.

Lo que no vemos, lo que no conocemos, lo que ignoramos, ese *im Schatten da sein*¹³, en el que se ha mantenido a la mujer a lo largo de la historia, a lo que lleva precisamente es a no tomar en consideración las grandes dife-

rencias existentes entre los distintos sujetos, la diferente entidad entre hombres y mujeres.

Soy de la opinión que el problema de no considerar la perspectiva de género en los ejercicios dogmático-penales, obedece precisamente a esta condición. Independientemente de que se haga o no una correcta valoración de las diferencias en ambos sexos, no sólo de cara a los procesos de definición de conductas delictivas [fenómenos de criminalización], más grave que ello resulta el hecho, de desconocer por completo esas diferencias en el procesos de ejecución. Esto es, los delitos se piensan y contruyen sobre la base del delincuente, no de la delincuente, de hecho, en el lenguaje coloquial, en los noticiarios y en general, cuando acontece un hecho delictivo de inmediato pensamos en “el ladrón”, “el violador”, “el agresor”, generalmente –y aquí reacción por igual hombres y mujeres–, no se piensa *ab initio* en la posibilidad de que el delito sea cometido por una mujer.

La invisibilización de la situación de la mujer desde una perspectiva jurídica, no es algo nuevo y data desde sus orígenes, incluso ALEMEDA SAMARANCH llama la atención hacia ese aspecto remontándonos no sólo al origen del encierro femenino, sino con un fino apostillamiento criticando a FOUCAULT cuando señala:

“En este sentido, se podría rebatir, en cierta manera, las tesis de Michel Foucault (1986) según la cual el castigo que mayoritariamente se aplicaba durante el Antiguo Régimen a las personas infractoras de las leyes y normas sociales era un castigo corporal. Efectivamente, no es hasta finales del dieciocho y principios del diecinueve que, con el surgimiento de las ideas correccionales, el castigo se convierte en un castigo moral del alma y la voluntad. Sin embargo, este argumento solo es válido en el caso de los

12 Así ALMEDA, E., Mujeres y Cárceles. Pasado y presente de las cárceles femeninas en España, Congrés Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciaria, Barcelona, 2006.

13 En alemán significa: estar en las sombras.

hombres infractores y no lo es el el caso de las mujeres. Tal vez Foucault (1986), en su análisis histórico de las cárceles, no tuviera en cuenta la situación de las mujeres encarceladas, una circunstancia habitual, por otra parte, de los estudiosos del tema, aunque ello no implica que sea justificable. O puede que Foucault (1986) considerase que las instituciones de reclusión femeninas no eran propiamente un castigo, argumento que, no hace falta decir, es igualmente erróneo por todo lo que ha ido constatándose hasta aquí. Ciertamente es que la idea de corregir a los reclusos y castigarlos moralmente por su conducta surgirá, como bien dice Foucault (1986), a finales del dieciocho, principios del diecinueve, pero forzoso es reconocer que los ideólogos de las primeras cárceles de mujeres de finales del dieciséis ya pretendían conseguir este objetivo y, ciertamente, se les debe considerar como los antecedentes más directos de esta nueva manera de concebir la pena y el castigo¹⁴.

La prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el encierro para las mujeres y para los hombres¹⁵.

b) La consideración de la mujer en el plano normativo.

Desde una perspectiva estrictamente formal, es claro que el plano normativo la consideración de la mujer ha sido abandonada casi por completo¹⁶.

14 Así **ALMEDA SAMARANCH**, op. cit. p. 164.

15 **ANTONY, C.**, Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina, Nueva Sociedad, No 208, marzo-abril de 2007, p. 73-85, [76].

16 Existe en Alemania un intento, bastante fallido y

Por otra parte, claro está en la sociología criminológica, la criminología clásica, la nueva criminología incluso en la dogmática jurídico-penal, así como en la victimología y los nuevos desarrollos en penología y derecho penitenciario, que existe un marcado desprecio por el correcto tratamiento y desarrollo de teorías sobre la ejecución penal, los fines de la pena, el encierro como tal, penas alternativas a la prisión, en fin, todo lo relacionado con la pena. Se privilegia el estudio y tratamiento de la definición delictiva, la creación de conductas delictivas y su juzgamiento, pero lo referente a la ejecución y la traumática experiencia humana del encierro, es vista de reojo e incluso, despreciada. Me refiero aquí a la ejecución penal en general. En lenguaje de **Iñaki Rivera**, se trata aquí de la denominada "hija pobre del principio de legalidad"¹⁷. Hablo aquí de lo que **ERWING GOFFMAN** denominó «institución total» para referirse a un tipo de institución que abarca totalmente a los individuos que la integran. Esta tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada y demostrada por las barreras que se oponen a la interacción con el exterior; grandes puertas blindadas, altos muros, alambres electrifica-

mal logrado por incorporar a nivel lingüístico, más con un carácter formal que con un verdadero efecto práctico la mención por género en la definición de conductas delictivas, lo cual se hizo por medio de la sexta ley de reforma del Código Penal alemán. Vid por todos **SALAZAR, A.** 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 sptes.

17 Señala el profesor Rivera, que el principio de legalidad se compone de cuatro garantías: a) No hay delito sin ley (*nullum delictum sine lege*), b) No hay pena sin delito (*nullum poena sine delicto*), c) No hay delito sin proceso (*nullum delictum sine procesum*) y d) La hija pobre del principio de legalidad: la garantía de ejecución penal conforme a la ley y en estricto apego a los derechos fundamentales del imputado.

dos, ríos, bosques, etc.¹⁸.

Ahora bien, si esto sucede (de una forma muy clara en nuestro medio), con respecto al derecho penal en general, y ya sabemos que poco o casi nada se ha considerado la perspectiva de género ¿cómo se encuentra esta perspectiva en relación con las grandes diferencias existentes entre hombres y mujeres, si se ha ignorado prácticamente de una forma sistemática, allí donde se le ha puesto si acaso algo de atención al tema en general?

“... una vez que el Estado ha decidido enviar a prisión a un ser humano, adquiere la responsabilidad de mantener a esa persona. No es respuesta argumentar que “todos son pobres” o “los reclusos están al final de la fila y son loque menos merecen”¹⁹.

c) La conceptualización del delito femenino desde una perspectiva criminológica.

Desde el punto de vista criminológico²⁰, a partir de las concepciones epistemológicas del

positivismo clásico italiano²¹, desde Lombroso y sus seguidores²², se ha procurado el abordaje del delito como una realidad con causas determinables y por tanto, objeto de estudio²³.

21 “La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías patológicas de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales” y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías eran propias de la criminología positivista que, inspirada en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, predominó entre los fines del siglo pasado comienzos del presente. Así **BARATTA** (1986:21). Se refería el autor los siglos XIX y XX.

22 El texto de Lombroso *L'uomo delinquente* se publica por primera vez en el año 1876 y entre sus principales seguidores de encuentran Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. Visto en *ibíd.*

23 Señala **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA** (1994): “Las ciencias biológicas, por de pronto, han desvirtuado el dogma clásico de la «equipotencialidad», es decir, la suposición de que todos los seres humanos nacemos con un idéntico potencial o materia prima que nuestra sola libertad es capaz de moldear y desarrollar en el futuro. Cada código genético sella los rasgos diferenciales e irrepetibles de cada individuo. Todos nacemos desiguales, distintos, conociendo la ciencia llamativos sucesos de rebelión contra la propia identidad y mutaciones genéticas que pudieran representar un auténtico desafío a las reglas de la lógica. No nacemos, pues, con un repertorio innato de respuestas (a excepción de los instintos primarios), sino que adquirimos éstas, las aprendemos a través de la experiencia.

Pero tampoco es de recibo el principio de «diversidad» del delincuente que esgrimió el positivismo criminológico (el delincuente sería, desde un punto de vista cualitativo, distinto del no delincuente, residiendo en dicho factor diferencial la explicación última del comportamiento delictivo). En efecto, la supuesta diversidad del delincuente no es sino un conocido mecanismo tranquilizador y autojustificatorio de la sociedad, que prefiere siempre culpabilizar a terceros, para librarse a sí misma de su tanto de culpa, y a ser posible refiriendo los comportamientos contrarios al consenso social a algún tipo de patología individual. Pero nada más. El principio de diversidad parece, más bien, un prejuicio que vicia la necesaria neutralidad del científico, y carece hoy día de todo respaldo empírico. Estadísticamente, no cabe asociar significativamente tasas relevantes de comportamiento desviado a cualquier suerte de patología individual, y son cada vez más los grupos de infractores, que se rebelan contra las normas comunitarias, que responden al prototipo de personas «absolutamente normales»: la delincuencia juvenil, la imprudente, en general (en particular, la relacio-

18 Así **MARTÍNEZ, F.**, en RIVERA (2004: 199), con referencias adicionales.

19 **COLE, A.**, Seguridad Penitenciaria y Derechos Humanos en Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe, Siglo XXI Editores, México, 2009, p. 145.

20 En cuanto a la relación de la criminología con el derecho penal señala **LARRAURI PIJOÁN** (1999): “En mi opinión, a pesar de las disputas, el Derecho penal mantiene con la criminología una relación privilegiada. La disciplina de la criminología normalmente estudiará los comportamientos criminalizados, los procesos históricos y contemporáneos de criminalización, las personas que están involucradas en el sistema penal y las instituciones penales. Entiendo que la intervención de los juristas es positiva; sirve, cuando menos, para mantener alerta la sensibilidad de que el sistema penal trata de castigos, por lo que es necesario extremar las cautelas antes y durante su imposición. Pero también parece cierto que el penalista desconoce en numerosas ocasiones qué tipo de efectos tienen las normas y qué tipo de respuesta puede producir unos efectos menos perjudiciales en el ámbito social e individual”. Visto en *ibíd.*, p. 12.

Ese paradigma etiológico ha producido desde entonces, diversos intentos por explicar el origen del delito²⁴ y por consiguiente, el de la conducta delictiva, más como un fenómeno causal que como una realidad en sí misma, desvinculada por completo de una causalidad; con ello se ha tratado de ubicar conceptualmente el origen del delito y que éste sea capaz de dotar de sentido su naturaleza²⁵ y entidad y por tanto, que permita abordar el conflicto, desde el punto de vista profiláctico, procurando con ello la evitabilidad de la conducta y por tanto una menor incidencia. Señala **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA**:

“No cabe duda, sin embargo, que la formulación y desarrollo de modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal es un objetivo científico de primera magnitud. Que no se puede abordar rigurosamente el problema de la criminalidad sin un conocimiento previo de su génesis y dinámica, ignorando que

nada con el tráfico rodado), la criminalidad de funcionarios, empleados públicos y profesionales, la criminalidad económica y de cuello blanco, etc., etc., corroboran este postulado. Es obvio, por otra parte, que no todo factor diferencial tiene, necesariamente, relevancia criminógena; y que, sin duda, es fácil detectar factores diferenciales más significativos entre subgrupos de infractores -esto es, de infractores entre sí- que entre aquéllos y otros grupos de ciudadanos respetuosos de las leyes”. Visto en *ibíd.*, p. 13.

24 La existencia del delito no es solo un problema de los individuos sino de la sociedad que tiene un importante peso, ya sea en la formación de valores, ya sea en el mecanismo de las oportunidades que brinda ya que sus instituciones respondan a los fines que por las que fueron creadas. Así **MILLÁN ACOSTA/DÍAZ ARNAU** (1999:197). Visto en *ibíd.*, p. 14

25 Sobre el carácter antinatural de la conducta delictiva señala **HULSMAN**: “No hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o un delito”, al respecto señala el autor la diferencia existente en el derecho penal francés sobre el crimen y el delito, atribuyendo al primero consecuencias más graves. **HULSMAN/BERNAT DE CELIS** (1984:52); la misma situación que se presenta en el derecho penal alemán al hablar de Verbrechen y Delikte. Visto en *ibíd.*

se trata de un fenómeno muy selectivo, solo desde una concepción mágica y fatalista, despótica o doctrinaria (dogmática), tiene sentido la absurda actitud de desinterés hacia la determinación de las variables de la delincuencia e integración de ésta en los correspondientes modelos teóricos. Refugiarse en cosmovisiones sacras, apelar a la intuición y a la sabiduría popular o ceder a la praxis rutinaria, son estrategias que no aseguran el éxito en el delicado y complejo problema de controlar el crimen. Por otra parte, el propio progreso científico reclama modelos teóricos más sólidos y convincentes, metodológicamente mejor dotados y más operativos desde un punto de vista político-criminal. Ambiguas referencias a la sociedad como explicación última del crimen o a la supuesta diversidad (patológica) del hombre delincuente (al igual que la fórmula de compromiso de F. v. Liszt: predisposición individual/medio ambiente), no son hoy argumentos de recibo”²⁶.

Traigo aquí, solo a manera de ejemplo, mi crítica en torno a la relación señalada constantemente en criminología sobre el delito y la marginalidad social. El presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**²⁷, 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

26 Así **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA** (1994), visto en *ibíd.*, p.16.

27 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.

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.

El punto en cuestión, es que los estudios en el campo criminológico y el enfoque tradicional se orientan a la explicación del fenómeno delincencial desde una perspectiva androcéntrica, no por nada el libro de Lombroso se denomina *Luomo Delinquente* publicado en 1876, al enfoque de la mujer delincuente hemos dedicado poco o casi nada nuestros estudios.

Creo con sinceridad, que no estamos aquí frente a lo que **BERGER** señala como mala fe, es decir, hacer creer que se ha tenido que actuar de esa manera, cuando lo cierto es que se ha tenido opción de hacerlo de una manera distinta.

Mi opinión al respecto es bien diferente, creo que muchos de quienes nos hemos formado en la disciplina jurídica, no hemos abierto los ojos a que en la construcción del fenómeno delictivo, es decir, en los procesos de creación y aplicación del derecho penal, se encuentra presente ese orden social masculino muy inmerso, al cual no se le ha prestado la debida atención, como digo, no por mala fe, sino por ignorancia. Al menos eso es lo que de momento, como conjetura (**POPPER**) lanzo en estas líneas, pues me resulta muy difícil creer, que pueda haber existido una especie de conspiración intelectual mundial, que haya permitido a los distintos autores, de una manera coordinada y sistemática, simplemente desconocer, ocultar un tema y que éste pueda haber permanecido oculto por tanto tiempo sin que se me haya revelado antes.

El estudio de la delincuencia femenina es reciente coincidiendo con los movimientos de emancipación de la mujer, como reacción a un

aumento de las tasas de criminalidad específicas que se producen a partir de la década de los años 60 [se refieren los autores al siglo XX]. Hasta entonces, la tendencia de todos los teóricos fue estudiar la delincuencia femenina como una extensión de la masculina, sin una identidad propia²⁸. Tómese en cuenta que como señala **ANTONY** que "...era llamativa la invisibilidad –o, más bien, la ausencia de una mirada de género- en los trabajos criminológicos y penales sobre esta cuestión. Las investigaciones sobre la delincuencia femenina se ajustaban a parámetros derivados de una concepción androcéntrica y etnocéntrica que privilegiaba la mirada sobre el delincuente varón. Tanto el discurso como las normas jurídicas giraban alrededor del hombre delincuente, sus motivaciones y el tratamiento que recibía en las cárceles y los establecimientos penitenciarios. La historia de las mujeres y su rol en la sociedad no tenían lugar para estos análisis y estudios²⁹.

La privación o restricción de libertad, considerada de manera estricta como sanción penal y su forma de ejecución, pertenece a los modernos métodos de represión de la criminalidad, y el tema de la prisión específicamente el de la cárcel de mujeres, es uno que trata de borrarse del registro de la memoria colectiva³⁰.

3) Apuntes sobre lo que debería aportar la perspectiva de género en derecho penal.

Es común encontrar que cuando se aborda el tema de la perspectiva de género [o más

28 AAVV, Género y Delito. Delincuencia Femenina, consultado en <http://dspace.universia.net/bitstream/2024/83/1/GENERO+Y+DELITO.pdf>.

29 Así **ANTONY**, op. cit., p. 74.

30 **MENA PACHECO, O.**, EL Buen Pastor. Una población olvidada, Talleres de Nuestra Tierra, San José, 2012. p. 29.

bien, la falta de ella] en derecho penal se parte de la idea que existe un orden social masculino – este planteamiento pareciera generalizado, absoluto e incuestionado, además presente en todas partes-, así sin más, si se acepta como tal la existencia de ese citado orden, ergo, nadie se pregunta si esto es así.

Pareciera que una tal postura ideológica nos lleva aquí por un camino que **WILLIAM I. THOMAS** (teorema de Thomas) había señalado ya hace mucho tiempo y harto conocido en sociología, a saber, de que si las personas definen situaciones como reales, estas son reales en sus consecuencias.

El punto en cuestión, es que por lo que he podido apreciar, no es cierto que exista un orden social masculino que no requiera legitimación. En la actualidad, no sólo en Europa, sino en América y otras latitudes, existen una cantidad importante de ejemplos de movimientos que han reivindicado a la mujer y han conformado una perspectiva de género consolidada a nivel de instrumentos internacionales, organizaciones mundiales y se han generado grandísimos cambios en el plano jurídico, institucional, organizativo, ha existido participación femenina activa en distintos órdenes de la sociedad moderna general.

De lo dicho se extrae, que contrario a lo que tradicionalmente se piensa, hoy en día no se parte de la idea de que el orden masculino como tal es aceptado y mucho menos, que no requiera ser legitimado, sino todo lo contrario, las políticas inclusivas, la consideración de la mujer es hoy en día una asignatura presente en prácticamente todas las esferas del quehacer social, por lo tanto, mi opinión al respecto es que debemos procurar un balance adecuado entre las esferas del Ser y el Deber Ser del derecho, pues la tendencia a discriminar positivamente a favor de la mujer podría conducir a extremos que tampoco serían sanos en la dinámica hombre/mujer.

¡Es tan amargo el presidio y hay tanto sabor a fiera entre sus paredes!³¹.

a) Aspiraciones en el plano discursivo.

Cómo se aborde el tema del discurso jurídico, tiene que ver, en mi opinión, de cómo se conciba el derecho. Por ejemplo, si compartimos con HABA la concepción de que el derecho no es otra cosa que una forma de hablar, agregaría yo, que el hablar, no es otra cosa que una forma de expresar el pensamiento. Me adelanto a la crítica, que no estamos aquí frente a lo que **VAZ FERREIRA** señala como una simple cuestión de palabritas, o **WITTGENSTEIN** identifica como juegos del lenguaje, sino que a como yo lo veo estamos más bien frente a lo que **LLEWELLYN o FRANKL** conciben como la diferencia entre la *Law in action o law in books* (la ley en cuanto texto y la ley en la práctica).

Sostengo la tesis de que el derecho y en concreto el derecho penal como tal, no es una ciencia -en el sentido lato de las ciencias exactas- sino más bien una disciplina social. Para tales efectos, se entiende que el estudio del derecho como fenómeno social, se encuentra muy alejado de las ciencias exactas y desde el punto de vista metodológico, no aplica un método científico que permita sostener que los resultados obtenidos son verificables y/o comprobables. Más aun, es claro que el derecho, sus postulados y sus conclusiones e incluso su aplicación práctica, son producto más de la especulación teórica, que de un proceso de elaboración de carácter científico en sentido estricto. Es claro que algunos abordajes del fenómeno jurídico vgr. como los estudios criminalísticos, los abordajes del fenómeno criminógeno desde el punto de vista estadístico, e incluso algunos de los abordajes del delito como fenómeno social desde el punto de vista

31 Así **SÁNCHEZ, J.L.** La isla de los hombres solos. Debolsillo, 7 reimpresión, México, 2012, p. 16

de la política criminal, echan mano al uso de ciertos saberes científicos para sus desarrollos, lo cierto es que el derecho, es más un fenómeno político y el delito como tal, producto de dicho fenómeno, no puede tener otra entidad –desde el punto de vista ontológico-, que el de su origen, es decir, el delito lo entiendo como una manifestación del poder político de un Estado y en ese carácter, existe y cobra vigencia, más no por ello, su estudio y los desarrollos teóricos y prácticos que de eso se deriven, podrán ser considerados como científicos, independientemente de la concepción epistemológica que se siga³².

Con base en lo dicho, no acepto como válido que se hable de una tensión entre el género y el derecho penal, más bien, concibo que estamos frente a un problema de pragmática lingüística (desde la perspectiva semiótica), esto es; el problema, es que expresamos nuestro pensamiento a través del lenguaje, qué sentido práctico -pragmática del lenguaje- le damos a las palabras, depende de cómo comprendamos –o queramos comprender- a nivel intersubjetivo el sentido de las mismas. Así pues, si el derecho y en particular el derecho penal, a nivel discursivo, no realiza una distinción clara con respecto al género y por tanto, no hallamos categorías jurídicas adecuadas a esta percepción, esto no obedece a un problema del derecho en sí, sino que nos enfrentamos a un problema en nuestros esquemas de pensamiento, es allí y no en el derecho donde debemos buscar la solución, por ello concluyo, que como señalaban nuestros abuelos, mientras nuestro punto de vista se enfoque en el derecho en cuanto tal, no solucionaremos el problema, debemos enfocarnos en nuestros esquemas mentales, el frío no está en la cobijas.

32 Para ampliar sobre el tema puede consultarse **Salazar, A.**, *Poder Político y fenómenos de criminalización*, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.

“... los Derechos Humanos son aplicables a todas las personas, sin importar su sexo, raza, color, edad, nacionalidad, ideología política o religiosa, nada de esto puede servir como parámetro para determinar el respeto de los derechos humanos de los hombres y las mujeres, incluyendo por supuesto el derecho a la vida y la integridad física”³³.

b) De la triada dialéctica androcentrismo versus ginocentrismo.

De acuerdo con el estado actual de la situación, existe un conjunto importante de autores que se orientan en la defensa de la inclusión de la perspectiva de género en el derecho penal y han centrado sus esfuerzos en el plano de la ejecución penal.

Resulta de especial importancia señalar que existen una serie de conflictos epistemológicos internos a nivel de la perspectiva de género en el derecho, que hacen imposible afirmar una uniformidad discursiva. Así que una primera conclusión de mi parte, es que la perspectiva de género, inmersa dentro de una concepción epistemológica “novedosa” desde un punto de vista histórico, es el resultado “síntesis” de una concepción epistemológica androcéntrica enfrentada con una concepción epistemológica ginocéntrica³⁴, que es

33 Así **SALAZAR, A.**, Tratos crueles, inhumanos y degradantes (Jurisprudencia Constitucional), en Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica, Número 130, Enero – Abril 2013, p. 175-199 [181].

34 Este surge a comienzos de los sesenta y su principal exponente es la socióloga Dorothy Smith, quien diseñó una teoría social sobre las experiencias, intereses y valores de las mujeres. Esta sociología feminista intenta comprender cómo las fuerzas socioculturales conforman y oprimen la vida de las mujeres, de modo que este conocimiento transforme las condiciones materiales y simbólicas de las mismas. De esta manera, el género se concibe como una categoría teórico-analítica que estructura tanto la organización y el funcionamiento

su opuesto, que como tal, se encuentra en un proceso de tríada dialéctica frente a un discurso jurídico-formal, poco claro al respecto y en desarrollo.

“La dialéctica (en el sentido moderno, especialmente en el que da Hegel al término) es una teoría según la cual hay cosas –muy especialmente, el pensamiento humano– que se desarrollan de una manera caracterizada por lo que se llama tríada dialéctica: tesis, antítesis y síntesis. Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una “tesis”. Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas de este mundo, probablemente será de valor limitado y tendrá sus puntos débiles. La idea o movimiento opuesto es llamada la “antítesis” porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis, la de reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada la “síntesis”. Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio. Pues en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antíte-

sis. De este modo la tríada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis”³⁵.

Señala **BERGER**³⁶ que puede decirse que la máxima principal de la sociología es esta: “las cosas no son lo que parecen”. Esta afirmación también es engañosamente simple. La realidad social pasa a tener muchos estratos de significado. El descubrimiento de cada nuevo estrato cambia la percepción del conjunto. Por lo que, venir a afirmar con **ZAIKOSKI** que toda la vida social –una falacia del todo–, está estructurada mediante un esquema binario [HOMBRE/MUJER³⁷] y que esto nos basta para comprender una realidad tan compleja, es un simplismo, científicamente imperdonable.

La sociedad en última instancia, es la conformación de las relaciones intersubjetivas de los seres que la conforman. Las estructuras de esas relaciones y la complejidad de las mismas, desde luego van a depender de esos mismos sujetos. Basta con echar un vistazo a la psicología y sus estudios, para darse cuenta de que el ser humano no tiene una estructura binaria tan simple como la propuesta y con solo conocer los más mínimos textos de sociología, podríamos tener un panorama amplio lo complejo que resulta el entendimiento de la sociedad y los individuos, como para largarse a la simpleza de afirmar que todo se puede comprender bajo un código binario jerarquizado.

social como los procesos de (re)construcción del conocimiento. Así, la categoría de género circunscrita en el conocimiento teórico, metodológico e investigativo procura desarticular sus propiedades y atributos “universales”, dado que en éste participan hombres y mujeres incardinados/as ideológicamente. (Duby y Perrot 1993; Montecino y Obach 1999; Matus 2006). Así **LIZANA, V.**, *Representaciones Sociales sobre Feminidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation*, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.

35 Así, **POPPER, K.**, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, pp. 376-376.

36 **BERGER, P.**, *Introducción a la Sociología*, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967, p.40.

37 Señala **ZAIKOSKI, D.**: “*Toda la vida social está enmarcada en diferencias organizadas de a pares: blanco-negro, fuerte-débil, afuera-adentro, público-privado, hombre-mujer, que se corresponden exactamente con las características atribuidas a cada sexo. Además de estar establecidas estas categorías binarias (se tiene una de las dos nunca las dos), las mismas se encuentran jerarquizadas*”

Concebir la sociedad en la forma que lo hace la autora, para señalar que esa estructura binaria jerarquizada corresponde exactamente a las características atribuidas a cada sexo, simplemente es una conclusión que desde mi punto de vista, no solo es vaga e imprecisa, sino que además requeriría de una explicación de qué es lo que entiende la autora por esto.

Como corolario puedo afirmar, que este tipo de afirmaciones son las que permiten a los detractores de la perspectiva de género presentar críticas serias a lo que denomino para tales efectos como un *reduccionismo sexista*, esto es, pretender explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista pura y simplemente.

Más que conceptualizar la sociedad y sus estructuras de pensamiento a través de la lucha entre sexos, el panorama se presenta como más nítido si se logra integrar al hombre y a la mujer como partes de una misma realidad no en conflicto, sino iguales en la diversidad, es decir, como seres con los mismos derechos, dignidad y obligaciones frente a sus semejantes, pero tomando consciencia de la diversidad existente entre ambos en toda dimensión, de forma tal que se pueda dar contenido a la necesidad de reconocer en cada uno de ellos sus particularidades y función social pero a la vez, procurando de forma justa la equiparación allí donde quepa de las condiciones de vida de cada uno.

La intervención del sistema penal en la cuestión de la violencia machista contra las mujeres no es nueva. Desde sus orígenes, los primeros códigos penales de la modernidad justificaron y minimizaron las violencias contra las mujeres. En muchos países dichas violencias siguen recibiendo un tratamiento que deja en la impunidad la

*mayor parte de las conductas y que reproduce el sexismo*³⁸.

c) El rol de la mujer desde una perspectiva histórica.

No pretendo en este apartado hacer un análisis histórico de la mujer y su papel en la evolución de la especie humana, tarea por demás que superaría por mucho el contenido y espacio de los presentes apuntes. Más bien, quiero aprovechar algunos de los aportes que sobre la historia y la memoria hiciera uno de los [hoy en día –pues no lo fue en su tiempo– más destacados autores de la Escuela de Frankfurt], Walter Benjamin, sobre esos conceptos, para echar mano de ellos en el planteamiento de mis tesis sobre la perspectiva de género en el derecho penal.

En 1940, **BENJAMIN** escribe sus tesis sobre el concepto de historia, que contienen reflexiones fundamentales sobre el tiempo histórico y las tareas del materialismo histórico. Benjamin critica en este escrito los conceptos de historia fáctica, tiempo lineal y progreso en los que se basa el historicismo de los vencedores, y le contrapone el objetivo de la memoria de los vencidos, su concepto de *Jetztzeit* (“tiempo-ahora³⁹”) y de la “verdadera imagen del pasado” que pasa velozmente. Al ser el último texto que redacta, este escrito ha quedado como legado intelectual de Benjamin. Aquí aparece también la figura clave en la que se plasma la idea de Benjamin de historia y me-

38 Así **BODELÓN, E.** Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p. 15.

39 En Benjamin el “tiempo ahora” es ese punto de significación que tiene el pasado y que no ha sido amortizado todavía y que está vivo de alguna manera. Esto es el aspecto más original y más discutible de Benjamin, porque se entiende qué quiere decir cuando dice que el pasado nos asalta, pero para eso hay que dar el pasado un carácter casi mágico, como si tuviera vida propia, estuviera por encima de nosotros. Así **FORERO, A./ RIVERA, I./ SILVEIRA, H.,** *Filosofía del mal y memoria*, Antropos, Barcelona, España, 2012, p. 83.

moria: el Ángel de la Historia que Benjamin ve en el “Angelus Novus” de Paul Klee⁴⁰.

Desde luego, sin entrar en consideraciones de tipo epistemológico y – más conjetura de mi parte⁴¹ –, de manera instintiva que reflexiva, a menudo vemos cómo los procesos de definición de las conductas delictivas “alcanzan” a ciertos sectores sociales que son “clientela del sistema penal”. De la misma manera por oposición, ese mismo proceso, deja por fuera [excluye] a otros sectores de la población, mi tesis sin embargo; [considero que es lo rescatable], es que como esto siempre sucede de la misma manera, nos parece normal y por lo tanto, no percibimos [o no nos interesa percibir], la sutileza del proceso definitorio de segregación social que ello implica. Se ha señalado en otro momento que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincencial difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire⁴².

La verdadera pregunta es ¿cómo serían las categorías de delito, delincuente, proceso y víctima, por citar algunas; si en lugar de ser definidas por las clases detentadoras del poder político, fueran estas definidas por quienes mejor las conocen -para quienes se diseñan en última instancia-, y no por quienes las construyen desde la cosmovisión de los “opresores” según la concepción de Benjamin?⁴³.

40 Así, **PINILLA, R./RABE, A.**, *Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin* (27 del 12 de 2001), Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf. **PINILLA/RABE**,

41 En lenguaje popperiano. Al respecto puede consultarse in toto **POPPER**, óp. cit., n. p. [7].

42 Señala **HULSMAN**: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. **HULSMAN/BERNAT DE CELIS** (1984:52).

43 Al respecto y con relación al derecho internacional

Señalan **PINILLA/RABE** ⁴⁴ ...el *Angelus Novus*, el “Ángel de la Historia” en las *Tesis sobre el concepto de Historia*, que dirige su mirada al pasado presenciando espantado la acumulación de escombros que va dejando la historia. En el marco de este planteamiento, **GONZÁLEZ GARCÍA** diferenció dos maneras opuestas en las que se puede presentar la Fortuna en el siglo XX. Como muestra la imagen (de 1907) de la cubierta del libro de González García, puede haber una buena Fortuna, representada con la palma de la victoria (la figura en primer plano de la cubierta), y una mala Fortuna, una Fortuna derrotada (la figura que aparece al fondo de la cubierta sosteniendo un neumático roto en la mano.) El conferenciante resaltó también la transformación que se produjo en Prusia con respecto a la figura de la *Niké*, diosa de la Victoria, que va a adoptar los atributos del ángel cristiano. En el siglo XVIII empiezan a aparecer en Prusia ángeles en el espacio público donde asumen una función político-religiosa. En Berlín nacerán en plazas, palacios, puentes y fachadas de casas incontables ángeles, muchos de ellos vinculados a la idea de la victoria, que marca la ideología política y militar prusiano-alemana del siglo XIX. Como afirmó González García, Benjamin tuvo que convivir con todos estos ángeles urbanos en su ciudad natal. Aunque Benjamin no hizo nunca referencia, según González García, a la Fortuna, sí habló de un ángel que se encontraba en aquel entonces en un lugar destacado de la capital alemana y que representaba de manera muy clara la ideología de los Hohenzoller: se trata del Ángel de la Victoria (en *Infancia en Berlín hacia 1900*). El Ángel de la Victoria de los escritos

público existe un interesantísimo texto de **Zolo, D.**, *La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Ediciones Trotta, 2006. , el cual recomiendo como una lectura para ampliar los conceptos aquí expuestos.

44 Resumiendo la conferencia de **JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA**, ver **PINILLA, R./RABE, A.**, óp. cit., n. p. [14], pp.294-295.

de *Infancia* y el Ángel de la Historia de las *Te-sis de Historia*, muestran, para González García, dos formas opuestas de tratar la historia. Mientras el primero representa la historia tal y como la escriben los vencedores, el segundo se hace cargo de la historia y memoria de los vencidos.

Ahora bien, creo firmemente que tal y como lo señala en mismo Benjamin, si asignamos a la mujer nuevos roles en la definición de las conductas delictivas, el procesamiento de los implicados en la realización de esas conductas desviadas y sobre todo en la ejecución penal, obtendremos resultados distintos a los alcanzados hasta hoy.

La repuesta sobre si los resultados por alcanzar serían mejores o peores de los que conocemos queda en mi mente aun pendiente, me gustaría creer que las mujeres lograrían mejores resultados que los hombres y abusarían menos del poder que los hombres, serían más sensibles al dolor ajeno y su instinto maternal las orientaría por derroteros muy diferentes a los que hemos circulado los hombres, sin embargo, viendo algunos ejemplos en legislaciones “de avanzada” hoy en día vigentes en nuestro medio como la Ley de Protección de la Violencia Doméstica, o incluso habiendo presenciado como testigo de excepción el abuso procesal de algunas mujeres en delitos en el ámbito sexual por su condición de “testigos calificados” para incriminar a los hombres en algunos casos con un claro abjetivo económico, me angustio y desconfío de que ese objetivo se logre alcanzar tal y como se plantea la hipótesis. En este último apositllamiento quisiera sinceramene estar totalmente equivocado y algún día ver cambios radicales al respecto.

El pensamiento humano es habitualmente <estructuralista>, si se puede utilizar este término que, por usado

desmedidamente, se ha vuelto ya casi inaplicable. Esto significa que sólo somos capaces de entender cualquier cosa en relación a pares de opuestos, uno de cuyos miembros es la cualidad entendida; dicho de otra manera: que sólo entendemos por contraste, cuando podemos entender lo que es la ausencia de lo entendido, que el objeto sólo aparece en el transfondo del mundo, que el él mismo no es⁴⁵.

d) Del poder político y los fenómenos de criminalización en el ámbito femenino.

Empleando esta categoría del “progreso”, si nos remontamos a los tiempos de la ilustración cuya figura sobresaliente resulta la de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, y su famosa obra *De los delitos y de las penas*⁴⁶ y confrontamos el discurso de la “moderna” teoría del delito, pronto caeríamos en cuenta, que no hemos avanzado tanto como creemos en el estudio de la cuestión criminal, tal y como se expone al plantear el problema en este mismo texto.

El punto medular desde mi perspectiva que debe de ser considerado en este momento, es el del poder político.

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem

45 Así KOLAKOWSKI, L., La presencia del mito. Cátedra, Madrid, 1999, p. 67.

46 Crf. BOMBINI, G., *Breve recapitulación epistemológica en torno a la “cuestión criminal”* (s. f.), Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>. Además, ver por todos BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984, LLOBET RODRÍGUEZ, J., *Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, 1999 y *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización⁴⁷, es precisamente el otro poder, “el oculto” el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales. Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión, resultan de fácil descubrimiento.

De que el poder existe, creo que nadie duda, me refiero al poder “oculto”, de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido, esa es otra historia, ¿quién lo ostenta?, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta aunque

probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores, pero que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera, tampoco tengo duda⁴⁸.

Precisamente, es en este punto y vistas las tres categorías anteriores esbozadas por Benjamin, que nos acercamos a la tesis central de esta exposición, la categoría de “la memoria”, como instrumento para “espabilar” nuestras mentes adormecidas y “advertir” los intrincados caminos que el poder político, sobre todo “el oculto” recorre en los procesos de criminalización y así aprender de nuestra propia experiencia.

Ahora bien, visto el planteamiento anterior, cabe entonces la pregunta de si ¿será o no cierto que en toda la construcción del fenómeno jurídico y en particular del fenómeno jurídico penal, la perspectiva de género y política operan en un mismo nivel? Estos es, ¿la construcción social del fenómeno delictivo se comporta de la misma manera frente al fenómeno político que frente al denominado orden social masculino.

No pretendo dar respuesta a estas interrogantes básicamente por falta de datos empíricos que permitan afirmar o rechazar uno u otro punto de vista, dejo eso sí, abierta la discusión al respecto, pues me parece que en la respuesta a esta interrogante se encuentra la respuesta a muchos de los planteamientos de la perspectiva de género.

Mas en cambio, al estudio de las relaciones subyacentes de la realidad política y su incidencia en la conceptualización e instrumentalización del delito como mecanismo de control social, no se le ha dedicado tanta importancia, si se analiza en forma comparativa.

Debería, eso sí, hacerse hincapié, en que una corriente criminológica⁴⁹ y especialmen-

47 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”. Así **GÓMEZ, A.**, *Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología*, Revista Brasileira de Ciencias Criminales, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212, p. 204.

48 Para consultar in extenso acerca de este tema, ver **SALAZAR, A.**, 2012.

49 “La Criminología es una ciencia empírica e inter-

te en la versión latinoamericana, sí ha hecho énfasis en ello, me refiero por supuesto a la denominada criminología⁵⁰ crítica. Sin embargo coincido con **BARATTA** al señalar que “cuando hablamos de criminología crítica, y dentro de este movimiento nada homogéneo de pensamiento criminológico contemporáneo situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política, de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, un trabajo que tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaboradas en el ámbito del marxismo, no sólo estamos conscientes de la relación problemática que subsiste entre criminología y marxismo, sino que consideramos también que semejante elaboración teórica no puede hacerse derivar únicamente, por cierto, de una interpretación de los textos marxianos (por otra parte, bastante fragmentados sobre el argumento), sino que requiere de una vasta obra de observación empírica en la cual ya pueden considerarse válidos datos bastante importantes, muchos de los cuales han sido recogidos y elaborados en contextos teóricos

disciplinaria que se ocupa del delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que trata de suministrar una información válida, asegurada, sobre la génesis y dinámica del problema criminal y sus variables; sobre los programas y estrategias de prevención eficaz del delito; y sobre las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente.

Esta definición provisional de la Criminología permite caracterizar su método (empírico e interdisciplinario); delimitar el objeto de esta joven disciplina científica (delito, delincuente, víctima y control social); y esbozar algunas de sus funciones (explicación y prevención del delito e intervención en el delincuente).

Pero un análisis más detenido de la «aportación de la Criminología» pone de manifiesto la existencia de otras claves, problemáticas y controvertidas, más allá de la en apariencia pacífica polémica academicista.” Así **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994)**, visto en *ibíd.*

⁵⁰ Etimológicamente hablando, la Criminología es la ciencia del crimen, deriva del latín, su primer uso se atribuye al antropólogo francés Topinard (1879), y al jurista italiano Garófalo (1885), según Kaiser citado por **GÓMEZ PÉREZ** en **GÓMEZ**, *óp.*, cit., p. 203.

diversos del marxismo”⁵¹.

Queda claramente expuesto, que el esencialismo no es entonces un yerro únicamente achacable a una visión del fenómeno jurídico-penal que no integre una perspectiva de género, para nada, durante muchos años y sobre todo durante la vigencia de la concepción epistemológica del denominado positivismo italiano, fue ampliamente utilizado y posteriormente, más avanzado el siglo XX, se empleó en otros modelos políticos como el nacionalsocialismo, las guerras de exterminio de la extinta Yugoslavia, varios conflictos políticos y movimientos genocidas en el continente africano.

Es decir, no se trata de una serie de razonamientos ilativos que siguen un proceso lógico explicativo, desde un razonamiento básico hasta una conclusión por medio de un procedimiento intersubjetivamente aceptado y verificable, sino, que se trata de meras especulaciones teóricas y como estrategia de inmunización, de inmediato, se anuncia la dificultad probatoria de que adolece, pero se justifica por una supuesta complejidad para alcanzar tal fin.

Véase como funciona la estrategia de inmunización (**ALBERT**) *la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres* no se dice nada de ello, no se fundamenta en absoluto, simplemente se afirma sin más. La verdadera pregunta aquí sería ¿qué hay con la selectividad del sistema, cómo funciona, cómo lo sabe, qué efectos prácticos tiene? Los bienes jurídicos ¿qué, a qué se refiere, qué tiene que ver eso con la perspectiva de género, en qué se basa, qué efectos prácticos tendría seleccionarlos o definirlos de una tal manera, etc.? El etiquetamiento para con las mujeres ¿a qué se refiere,

⁵¹ Así **BARATTA** (1986:165), visto en **SALAZAR**, *óp.*, cit., n. p. [9], p.17.

al *labelling approach* o a otra cosa?, ¿en qué consiste, cómo lo sabe, etc.?

Muchos de estos temas no se han abordado aun, o bien, el abordaje de la perspectiva de género se ha centrado básicamente en señalar los aspectos en que sobresale la invisibilización y el trato discriminatorio hacia las mujeres, eso que **BODELÓN** llama violencia machista en contra de las mujeres. Desde mi perspectiva queda aun mucho trecho por andar y es en esa dirección en que debemos transitar.

Die letzte weißen die Hunde.

5) Conclusión.

El moto de este apartado tiene una traducción algo así como “a los últimos los muerden [alcanzan] los perros”, la traducción literal no

tiene mucho sentido en español, se entendería mejor en inglés **last but not least**, con ello quiero indicar que si bien es cierto he abordado algunos de los tópicos que hoy en día se tratan por distintos autores y en distintas latitudes en relación con la perspectiva de género en derecho penal, queda un larguísimo trecho por andar y son muchos los aspectos que por distintas razones no he podido desarrollar. Este tipo de esfuerzos en nuestro medio, son apenas incipientes, pues no abunda [más bien es escasa] la literatura al respecto. Quisiera dejar estas líneas aquí, con la esperanza de que este trabajo sirva de motivación para que el lector se atreva a criticarlo, analizarlo, determinar si me asiste no razón en mis señalamientos, que a la postre es la única manera en que podremos seguir avanzando en el abordaje de este tema tan sensible.

6) Bibliografía

- Antony, C.**, Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina, Nueva Sociedad, No 208, marzo-abril de 2007, p. 73-85.
- Albert, H.**, *La ciencia del derecho como ciencia real*, Distribuciones Fontanamara, S.A., 2007.
- Almeda, E.**, Mujeres y Cárceles. Pasado y presente de las cárceles femeninas en España, Congreso Penitenciari Internacional: La función social de la política penitenciaria, Barcelona, 2006.
- Andreski, S.**, *Las ciencias sociales como forma de brujería*, Taurus Ediciones, S.A. Madrid, España, 1973.
- AAVV**, Género y Delito. Delincuencia Femenina, consultado en <http://dspace.universia.net/bitstream/2024/83/1/GENERO+Y+DELITO.pdf>.
- Berger, P.**, *Introducción a la Sociología*, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967.
- Bodelón González, E.** Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Ediciones Didot, Benos Aires, 2013.
- Bombini, G.**, *Breve recapitulación epistemológica en torno a la "cuestión criminal"* (s. f.), Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>.
- Castillo, E.**, *Vida social y derecho*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.
- Cole, A.**, Seguridad Penitenciaria y Derechos Humanos en Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe, Siglo XXI Editores, México, 2009.
- Forero, A./Rivera, I./Silveira, H.**, *Filosofía del mal y memoria*, Antropos, Barcelona, España, 2012.
- Gómez, A.**, *Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología*, Revista Brasileira de Ciências Criminales, Instituto Brasileiro de Ciências Criminales, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212.
- Haba, P.**, *Metodología contrabu(r)ocrática para la docencia y la investigación del Derecho*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007.
- Haba, P.**, *Metodología (realista) del derecho*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2012.
- Kolakowski, L.**, La presencia del mito. Cátedra, Madrid, 1999.
- Lizana, V.**, *Representaciones Sociales sobre Femenidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation*, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.

- Martínez, Felipe**, Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las <<instituciones totales>> encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving Goffman, en **Rivera Beiras, Iñaki**, *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Editorial Anthropos, España, 2004.
- Mena Pacheco, O.**, *EL Buen Pastor. Una población olvidada*, Talleres de Nuestra Tierra, San José, 2012.
- Olmos, Y.**, Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas, REIC (Revista Española de Investigación Criminológica), Número 5 (2007).
- Pinilla, R. /Rabe, A.**, *Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin* (27 del 12 de 2001), Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.
- Popper, K.**, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972.
- Salas, M.**, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, *Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, Editorial Isolma, San José, Costa Rica, 2012.
- Salazar, A.**, „Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), núm. 3, pp. 139-154, España, 2000.
- Salazar, A.**, *El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin*(09 del 05 de 2012), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,774,0,0,1,0>
- Salazar, A.**, *Poder Político y fenómenos de criminalización*, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.
- Salazar, A.** 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.
- Salazar, A.**, *Tratos crueles, inhumanos y degradantes* (Jurisprudencia Constitucional), en Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica, Número 130, Enero – Abril 2013, p. 175-199.
- Sánchez, J.L.** *La isla de los hombres solos*. Debolsillo, 7 reimpresión, México, 2012.
- Serrano Tárraga, D.**, *La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad*. Estudios penales y criminológicos, vol. XXX (2010).
- Traverso, E.**, *Walter Benjamin y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas*, Imprecor, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33.
- Zaikoski, D.** (04 de 12 de 2008). *Revista electrónica Derecho Penal Online*. Retrieved 29 de 07 de 2012 from <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,426,0,0,1,0>
- Zolo, D.**, *La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Ediciones Trotta, 2006.

**DESVALOR DE ACCIÓN
Y DESVALOR DE RESULTADO**

Alberto Alpizar

- **Resumen:** El autor hace un exhaustivo análisis sobre el injusto penal en materia de Derecho Penal. El injusto penal era anteriormente conformado sólo por un aspecto objetivo, el desvalor de la acción, sin embargo, esto cambió y ahora el injusto se compone además de un elemento subjetivo, que sería el desvalor de resultado. Sobre el tema existe una amplia discusión con muchas teorías y opiniones diferentes, por lo que aquí se analiza la discusión tan amplia que existe al respecto. Alpizar considera que en efecto es necesario que el desvalor de resultado forme parte del injusto penal.
- **Palabras clave:** Derecho Penal, desvalor de acción, desvalor de resultado, teorías penales.
- **Abstract:** The author makes an exhaustive analysis on the unjust in the matter of Criminal Law. The unjust was formerly formed only by an objective aspect, the devaluation of the action, however, this changed and now the unjust is also composed of a subjective element, which would be the devaluation of result. On the subject there is a wide discussion with many different theories and opinions, so the discussion here is analyzed as wide as exists in this regard. Alpizar considers that in fact it is necessary that the devaluation of result be part of the unjust.
- **Keywords:** Criminal law, devaluation of action, devaluation of result, penal theories.

La doctrina clásica partía de un injusto fundamentado en el desvalor de resultado, estableciendo una tajante separación entre el injusto entendido como puramente objetivo y la culpabilidad que comprendía lo subjetivo¹, lo que llevaba a “una determinación objetiva del ilícito y, por ende, una unión exclusivamente con el ilícito de resultado”². La posterior inclusión de los elementos subjetivos en el tipo de injusto, no impidió que el injusto siguiera viéndose como predominante objetivo³; así, por ejemplo, MEZGER señalaba que “en los llamados delitos de intención y en la tentativa es necesaria, para la fundamentación del injusto, la «intención» o la «resolución» del autor; la intención o la resolución forman un elemento del tipo del injusto. Pero cuando la intención o la resolución se realizan, la realización «objetiva» toma el lugar del elemento subjetivo”⁴.

Esta posición, que consideraba al injusto como fundado exclusiva o predominantemente en el aspecto objetivo, entendido este último como afectación al bien jurídico, es minoritaria hoy día⁵. Además ha sido objeto de críticas, pues se dice que la posición objetiva clásica

convertía “en imposible, desde estos presupuestos, la eliminación de la responsabilidad objetiva”⁶; conclusión que habría que matizar, indicando que no se trata de una consecuencia necesariamente vinculada con dicha posición, aunque es cierto que frecuentemente se asocian.

En la constitución del injusto un paso posterior viene dado con el surgimiento de la teoría finalista de la acción. Con ella la inclusión en el tipo penal de lo subjetivo, que había iniciado con la introducción de los elementos subjetivos, culmina con la inserción del dolo y la imprudencia en el tipo de injusto. De tal manera el ilícito pasa de asentarse en lo meramente objetivo, el ataque al bien jurídico (norma de valoración), a presentar una faceta subjetiva: la acción desvalorada (norma de determinación).

La anterior concepción de un injusto dualista, compuesto tanto por el desvalor de resultado como por el desvalor de acción, constituye la posición mayoritaria compartida incluso por quienes no sustentan las tesis finalistas⁷. No obstante, en la actualidad no sólo se parte de la introducción del desvalor de acción junto al desvalor de resultado, sino que ha surgido la polémica sobre la importancia de uno u otro; en esta discusión se busca apoyo en las dis-

1 Sobre el punto cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo DP*, 1982, pp. 19-26; CERESO MIR, en: «Problemas Fundamentales del DP», 1982, p. 26; WELZEL, *PG*, 3ª ed., 1987, pp. 89-93; ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, pp. 16-17; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 215.

2 MAURACH/ZIPF, *DP, PG*, 1994, p. 271. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo DP*, 1982, p. 26.

3 En tal sentido, cfr. MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 125.

4 MEZGER, *Libro*, 1989, p. 145.

5 Lo considera predominantemente objetivo RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP, PG*, 1978, p. 334, quien señala: “la impunidad de la denominada tentativa irreal –defendida incluso por quienes otorgan primacía al desvalor de acción– viene a demostrar que el primado corresponde verdaderamente al desvalor de resultado”. También SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 569. apoyándose en el diverso tratamiento penal de la tentativa y el delito consumado considera que “de cara a un ordenamiento positivo como el español, lo decisivo es el desvalor de resultado”

6 MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligros y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 74.

7 Así, entre otros, cfr.: BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo DP*, 1982, p. 30; STRATENWERTH, *DP, PG*, 1982, p. 91; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 20-21; WELZEL, *PG*, 3ª ed., 1987, p. 92; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 216; MAURACH/ZIPF, *DP, PG*, 1994, p. 272; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 129; LUZÓN PEÑA, *Voz: Desvalor de la acción y del resultado*, en EJB-II, 1995, p. 2466; del mismo *Curso*, 1996, p. 332; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 88; ROXIN, *PG*, 1997, p. 320; MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 133; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 347; QUINTERO OLIVARES, *Manual DP, PG*, 2ª ed., 2000, p. 291.

posiciones legales encontrándose argumentos ambivalentes extraídos de un mismo texto, así se dice que habla a favor del desvalor de resultado la exigencia de resultado en los delitos imprudentes, el mayor castigo del delito consumado, o bien, como veremos luego, la existencia de tipos penales como el hurto en que el resultado juega un papel fundamental; aunque por otra parte cabe anotar que “hay un dato que confiere al desvalor de la acción un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de acción, por mucho que haya desvalor del resultado, no puede haber antijuricidad”⁸, aunque a su vez tampoco cabría plantearse un injusto basado exclusivamente en el desvalor de acción.

Sin embargo, el debate sobre la preponderancia del desvalor de acción o del desvalor de resultado se ha dicho que es superfluo al no existir “una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuricidad de un comportamiento”⁹; de ahí que, como se dijo, la doctrina dominante considere la existencia de ambos en el ilícito.

En la discusión señalada, la posición extrema es asumida hoy día por quienes excluyen del todo el desvalor de resultado y fundamentan el injusto únicamente en el desvalor de acción. Se trata de una tesis influida por el determinante papel que el finalismo asignó al desvalor de acción y que algunos han desarrollado hasta sus últimas consecuencias excluyendo el resultado del injusto, aunque también es posible encontrar el origen de las

tesis monistas incluso antes del surgimiento de la doctrina finalista en la confrontación entre injusto y culpabilidad, en donde “el punto angular de esa polémica estribaba en la cuestión de qué contenido tiene la norma penal y a quién se dirige”¹⁰. Aspecto, éste último, que es mencionado al tratar sobre la función de motivación de conductas que se atribuye al tipo penal, haciéndose referencia a la discusión entre quienes atribuyen carácter valorativo a la norma y quienes la consideran un mandato (carácter imperativo), aunque parece preferible indicar que la norma penal presenta tanto carácter valorativo como imperativo: a nivel del injusto el carácter valorativo estaría asociado a la exigencia de la afectación de bienes jurídicos y el segundo en la desvaloración de la conducta, con lo que la doctrina mayoritaria incluye en el injusto un desvalor de acción y un desvalor de resultado.

1.- Exclusión del desvalor resultado

Un primer aspecto que interesa señalar es la diferencia entre el desvalor de resultado y el resultado típico¹¹, pues éste último se presenta sólo en los delitos de resultado y por el contrario por desvalor de resultado se entiende, mayoritariamente, la disvaliosa lesión o puesta en peligro del bien jurídico y por ende estaría presente en todos los tipos penales¹². Sin embargo, considerando que aquí únicamente interesan los delitos de resultado y dado que, salvo las excepciones de resultados neutros,

8 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 336, del mismo, *Voz: Desvalor de la acción y del resultado*, en EJB-II, 1995, p. 2468.

9 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 348. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo DP*, 1982, p. 30, señala los inconvenientes de fundamentar el injusto exclusivamente en el desvalor de resultado (responsabilidad objetiva) o bien en el desvalor de acción (responsabilidad subjetiva absoluta).

10 ROXIN, *PG*, 1997, p. 321.

11 Sobre la definición de resultado, v. *supra* p. 27-38.

12 Parten de tal concepto de desvalor de resultado, entre otros: HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, p. 22; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, 3ª ed., 1990, p. 567; JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 6; LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 333; ROXIN, *PG*, 1997, p. 320; CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p.154; MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 133; MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, pp. 177-180; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 346; QUINTERO OLIVARES, *Manual DP, PG*, 2ª ed., 2000, p. 291.

el resultado típico constituye la lesión o peligro para el bien jurídico, se utilizarán indistintamente ambos conceptos, lo que por otra parte es frecuente en la doctrina; pero recalcando que se trata de conceptos diversos y que no toda lesión o peligro para el bien jurídico constituye resultado típico conforme se le ha definido.

En la polémica sobre el papel del resultado es posible apreciar como el objeto de la misma ha oscilado de una posición, en su momento mayoritaria, que consideraba el injusto exclusivamente desde la perspectiva del valor del resultado, hasta la posterior concepción de un injusto dualista, que hoy día goza de mayor aceptación. Por ello, el paulatino desplazamiento del objeto de la discusión ha provocado que la posición marginal sea asumida en la actualidad por quienes consideran que el ulterior desarrollo del concepto de ilícito penal conduce a erradicar completamente el resultado del ámbito del ilícito¹³, el cual pasaría a fundamentarse únicamente en el desvalor de acción¹⁴, tesis arduamente debatida; dentro de estas corrientes que propugnan por excluir el resultado del injusto es posible distinguir las teorías subjetivo-monistas, objetivo-monistas y las dualistas relativas.

2.- Teoría subjetivo-monista

La exclusión del desvalor de resultado ha sido considerada como el desarrollo posterior

y consecuente de los puntos de partida del finalismo y que “marca el cierre provisional, en cierta medida, de la discusión alemana en torno al finalismo, subjetivizando totalmente el concepto de ilícito y, por consiguiente, orientando también la justificación del actuar típico exclusivamente a los elementos subjetivos de la acción”¹⁵; por lo anterior, a los seguidores de la anterior tesis se les ubica en la denominada escuela subjetivo-monista¹⁶.

La escuela subjetivo-monista fundamenta su crítica sobre el papel del desvalor de resultado en el carácter imperativo de las normas penales, el que consideran otorga “al desvalor de acción de un rol esencial e imprescindible en la constitución del injusto”¹⁷, con lo que si bien la creación de la norma exige un previo juicio de desvaloración, propio de la norma de valoración, únicamente la norma de determinación formaría parte del injusto; en lo que interesa, ello implica que el resultado juega un importante rol al momento de promulgación de la norma, pero no sería parte del tipo de injusto y por ende no necesitaría ser abarcado por el dolo.

Se ha considerado a ZIELINSKI “quien ha llegado más lejos y ha sido el más consecuente en la eliminación del desvalor de resultado desde el concepto de ilícito”¹⁸, por ello en lo que sigue se expondrán, junto con otros autores, sus ideas fundamentales sobre el punto.

13 Así, DORNSEIFER, DocP, 49-52, 1990, p. 135.

14 En relación con el concepto de «desvalor de acción», TORÍO LÓPEZ, en: «Presupuestos para la reforma penal», 1992, p. 172, ha dicho que “es en principio un concepto formal, algo como una forma vacía, que permite colmarse con múltiples contenidos”. Sin embargo, respecto a su contenido puede distinguirse una parte subjetiva compuesta por el dolo o la imprudencia, además en algunos tipos los elementos subjetivos del injusto, y una parte objetiva que consiste en el modo y circunstancias de la ejecución; sobre el punto cfr. LUZÓN PEÑA, *Voz: Desvalor de la acción y del resultado*, en EJB- II, 1995, pp. 2466-2469, también del mismo autor: *Curso*, 1996, pp. 334-336.

15 Así ZIELINSKI, *Desvalor de acción y desvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. XXI (prólogo), también del mismo autor: DocP, 41-44, 1988, pp. 283-284.

16 Así les denomina HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 25, señalando: “La que, con GALLAS, podríamos denominar tesis subjetivo-monista, considera que el desvalor de acción –entendido como desvalor de la intención– basta para la apreciación del injusto”; en igual sentido SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, 1992, p. 17; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 98.

17 Así, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 20-21.

18 MAURACH/ZIPF, *DP, PG*, 1994, p. 273.

ZIELINSKI fundamenta su posición en el carácter imperativo de la norma penal, conforme al cual al Derecho le interesa “ante todo, el efecto de sus mandatos y prohibiciones, o sea, que determinadas acciones sean ejecutadas, o bien, que no lo sean”¹⁹, lo cual exige que el tipo describa de modo comprensible sólo el qué de lo prohibido, con lo que se logra el carácter comunicable de la norma y con ello cumple su función de motivación²⁰. Así entonces, el ordenamiento cumpliría una función de regulación, además de una función de valoración, conforme a la cual “las normas son únicamente las órdenes con las cuales el ordenamiento jurídico se dirige a los súbditos de las normas, para realizar la situación objetiva, que es apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico en su función de valoración”²¹.

Respecto al surgimiento de la norma, ZIELINSKI parte de un juicio de valor positivo que determina los bienes jurídicos, del que a su vez deriva un juicio negativo sobre las lesiones a dichos bienes y por último un juicio secundario negativo sobre los actos que producen dichos resultados. De tal manera aunque las tres valoraciones se relacionan, al depender los juicios negativos primarios y secundarios de la estimación positiva de un determinado bien jurídico, no se refirieren al mismo objeto, pues señala dicho autor que “el resultado valorado negativamente (=«contrario a la norma») puede producirse sin una acción (causalidad); la acción valorada negativamente (=«contraria a derecho») puede quedar sin resultado (casualmente)”²².

19 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 129.

20 Así, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 131.

21 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, pp. 135-136.

22 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 137; en el mismo sentido cfr. DORNSEIFER, DocP, 49-52, 1990, pp. 143-144.

Lo anterior conduce a establecer que el desvalor del acto depende de la intención con la que se realiza el resultado, por lo que faltando el resultado subsistiría la intención en que se basa el desvalor y por el contrario, como antes se dijo, sin desvalor de acción, por mucho que haya desvalor del resultado, no puede haber antijuricidad. Como corolario a todo lo anterior ZIELINSKI concluye:

“El ilícito, desde el punto de vista del contenido, es idéntico al objeto del juicio de valor secundario: la acción (final) contraria a derecho, dirigida a la lesión del objeto del bien jurídico. El desvalor de acción constituye el ilícito. El mero perjuicio del bien jurídico, en el sentido del juicio de valor primario, no es un ilícito, en este sentido; él es sólo un suceso jurídicamente indeseado, el resultado de una acción ilícita o bien de una casualidad. El desvalor de resultado no es constitutivo del ilícito”²³.

Siguiendo con dicha posición, de lo anterior resulta que el desvalor de resultado es abarcado por el desvalor de acción, pues la finalidad de protección de bienes jurídicos se cumple con que sean evitadas las acciones que puedan ser calificadas *ex ante* como capaces de resultado, ya que la consideración *ex post* únicamente tendría un valor indiciario respecto al desvalor del acto²⁴. A lo anterior

23 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 143.

24 Sobre el valor indiciario de la acción de la acción considerada *ex post*, cfr. SANCINETTI, DocP, 35, 1986, pp. 505-519. En dicho artículo, comentado una sentencia, crítica la existencia “de un rito cultural inconsciente y mágico; aquel según el cual la producción efectiva de un resultado «equis» implica un indicio de que, quien lo ha causado, también ha querido producirlo, y que, concordantemente, la ausencia del resultado «equis» dificulta la prueba de que el autor haya querido producirlo” (*Ibid.*, p. 505); concluye dicho autor en “que la circunstancia de que no se produzca el resultado no dice nada acerca de que no existiera dolo en el autor del hecho, y, consecuentemente, ninguna consecuencia a favor de la existencia del dolo puede derivarse del hecho de que se produzca un resultado” (*Ibid.*, p. 515).

habría que agregarle el que dichas acciones sean imputables, pues la sola realización del resultado puede deberse a factores casuales. En cuanto al juicio sobre la capacidad de resultado, corresponde a la perspectiva de un espectador objetivo, quien partiendo del acto como finalidad, independientemente de las condiciones objetivas que pueden provocar o impedir el resultado²⁵, determina si según las reglas de la experiencia de vida cabía esperar el resultado en el momento de decisión de la acción, que es cuando tiene sentido la prohibición del ordenamiento jurídico²⁶.

El juicio sobre la capacidad de resultado no sería parte del acto sino un juicio sobre las consecuencias previsibles del mismo, por ello la norma de determinación sólo podría tener por objeto el acto tendente a la lesión del bien jurídico y no el acto capaz de resultado, lo que es válido según el citado autor tanto respecto de la norma de consumación como de la tentativa²⁷. Por ello la norma prohíbe la acción dirigida a la producción del resultado a aquél que es capaz, conforme a su suposición, de realizar el resultado, por lo que todo obligado por la norma de la consumación ya está obligado necesariamente por la norma de la tentativa²⁸, de allí que, independiente-

mente del castigo de la tentativa, sería ilícito la acción final ejecutada contra la prohibición. Todo ello lleva a considerar como idénticas la norma de determinación que rige para la consumación y la de la tentativa, por lo que no cabría distinción entre delito consumado y tentado, únicamente entre tentativa inacabada y acabada²⁹. Por último, al resultado separado del injusto se le asignan en esta construcción dogmática otras consecuencias, que luego se expondrán.

En la doctrina española CUELLO CONTRERAS, siguiendo en lo fundamental las anteriores ideas, considera que la producción del resultado depende en gran medida del azar y por ende no forma parte de la norma³⁰; ésta última, según dice, “sólo puede tener por objeto un comportamiento prohibido por estar dirigido a la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico (producción del resultado); prohibición en la que se agota toda su eficacia”³¹.

todo lo necesario según el plan del hecho, entonces el desvalor de acción aparece completo y concluido. La producción del resultado (desvalor de resultado) no puede agregarle nada más”.

29 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 163; pues “no es seguro, antes de la terminación del acto, si el objeto del juicio de valor, que está en la base de la prohibición, será realizado en toda su extensión”. Cfr. también GONZÁLEZ MATEOS, RPJ-61, 2001, pp. 171 y ss.

30 En tal sentido, CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1983, p. 86, considera que la producción o no del resultado es condición objetiva de punibilidad pues, dice, “constatada la realización de tal acción (desvalor-acción), la acción dolosa valorada por el ordenamiento jurídico como susceptible de producir el resultado que lesiona el bien jurídico, se ha realizado la totalidad del injusto del delito doloso”. También el mismo autor, en ADPCP, 1991, p. 794, ha manifestado: “Por eso se decía antes que la relevancia del resultado constituía una auténtica antinomia del Derecho Penal: el Derecho quiere evitar lesiones de bienes jurídicos, prohibiendo su puesta en peligro; pero la capacidad del individuo de prever los peligros de lesión es limitada. Por eso, la lesión del bien jurídico que quiere evitar el Derecho Penal no la puede prevenir siempre”

31 CUELLO CONTRERAS, PG, 2ª ed., 1996, p. 357.

25 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 151, considera: “Pero, para que un elemento esté en la relación de finalidad, no tiene que ser real, «objetivamente» existente; es necesario y suficiente que el que actúa crea que la circunstancia de hecho respectiva está realmente dada. Sólo sobre la base de la realidad reflejada en su percepción y representación, puede obrar la persona actuante; sólo a tal actuar puede ser motivada por las normas la voluntad humana; sólo tal actuar puede ser el objeto pleno de sentido de la valoración jurídica” (*Ibid.*, p. 164)

26 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 150.

27 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 156.

28 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 159. En idéntico sentido DENCKER, DocP, 13, 1990, p.116, señala (citando a Kaufmann) “si el autor ha realizado

En líneas generales, este autor reafirma la tesis subjetivista³² planteada por ZIELINSKI³³ y por ello critica el carácter objetivo del juicio de peligrosidad que exige MIR PUIG³⁴, señalando “que la única peligrosidad objetiva *ex ante*, en fin, es la que se deriva del poner en marcha un curso causal adecuado, aunque nunca haya experimentado el bien jurídico el más mínimo peligro real de lesión”³⁵. Por ello señala que lo importante no es un estado, sino la representación del autor y en consonancia con lo expuesto por ZIELINSKI parte de que “la capacidad para infringir la norma la tiene ya quien, según su representación, en el momento de actuar, posee capacidad para intentar matar, esto es, se ha representado el objeto y el medio del homicidio disparar a quien duerme con una pistola, aunque, objetivamente, ni el medio ni el objeto estén dados realmente (porque la pistola está descargada y la cama vacía)”³⁶.

3.- Teoría objetivo-monista

Se puede incluir dentro de la misma a MIR PUIG³⁷, principalmente por sus escritos

32 En tal sentido señala: “Por eso se puede concluir que el tipo de injusto se realiza con la subsunción en el tipo de las circunstancias objetivas de la realidad por medio de la psique del autor”, CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 384.

33 Indica CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 358, que “se debe a ZIELINSKI el desarrollo más exhaustivo de la fundamentación lógica de la tesis genuinamente finalista según la cual el llamado disvalor-resultado no aporta nada a la fundamentación del injusto”.

34 CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, 1991, pp. 807-808: “El propio Mir Puig no es ajeno a las consideraciones anteriores. Es más, precisamente por intentar, erróneamente, construir su concepto de peligrosidad *ex ante* sobre el tipo objetivo, y no sobre el tipo subjetivo, tiene dificultades y ha de conformarse, a la hora de reconocer que la peligrosidad *ex ante* debe completarse (?), en el Estado de Derecho, orientado a la prevención, con la voluntariedad del autor”.

35 CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, 1991, p. 810.

36 CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 358.

37 Cercanos o coincidentes con la tesis de MIR PUIG, cfr.: FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 33-36; MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito*

iniciales, pues posteriormente ha matizado su posición inicial, aunque reafirmando las ideas esenciales³⁸.

El citado autor considera que si bien la antijuricidad parte de un juicio sobre el desvalor del resultado, la función de prevención de delitos que cumple el Derecho penal significa que “la evitación de resultados lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados”³⁹, de allí que únicamente se pueden impedir los resultados lesivos para el bien jurídico “prohibiendo las **conductas voluntarias** que aparezcan *ex ante* como capaces de producir dichos resultados (**desvalor de la conducta**)”⁴⁰; con ello fundamenta su posición en la función de determinación de conductas que cumple la norma penal.

irreal, 1999, pp. 78 y ss.

38 En tal sentido, MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, pp. XXV-XXVI (prólogo a la 4ª ed.), indica: “En diversas ocasiones he tratado de subrayar que mi convicción de que el resultado delictivo no puede integrar la infracción de la norma de conducta (que no en vano se llama así: de conducta, y no de resultado), no implica que conceda menor importancia político-criminal a la exigencia del desvalor de resultado del hecho. Es más, he aportado diversos argumentos que tratan de fundamentar la necesidad de esta exigencia de resultado. Sin embargo, admito que mi construcción sistemática anterior (como toda sistemática, que no posee un puro valor formal) propiciaba una determinada valoración, al partir de la infracción de la norma primaria y del consiguiente desvalor de la conducta y dejar para un segundo momento la consideración del desvalor de resultado”.

39 MIR PUIG, *ADPCP*, 1988, p. 662. Agrega el citado autor, *ADPCP*, 1983, p. 8: “La concepción preventiva de la pena es la que tiene más sentido en orden a la regulación y evitación de conductas, puesto que dicho objetivo sólo puede conseguirse mediante una incidencia anterior a las conductas a regular y que mire al futuro, es decir; desde una perspectiva «*ex ante*». En cuanto la retribución en sí misma, sólo mira al pasado, sólo se presenta como una respuesta «*ex post*» al hecho ya producido, y no aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos”; cfr. también del mismo autor: *ADPCP*, 1994, p. 8.

40 MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 131 (letra negrita en el original).

Sin embargo, a diferencia de la posición subjetivo-monista, MIR PUIG otorga un papel importante al desvalor de resultado, pues distinguiendo entre la valoración y la norma – bajo el supuesto de que toda norma exige una valoración pero no toda valoración se concreta en una norma–, afirma que debe empezarse por la exigencia de un desvalor de resultado suficiente para que intervenga la valoración jurídico-penal⁴¹. La importancia del desvalor de resultado no acaba en la génesis de la norma, sino que mantiene su trascendencia posteriormente al ser presupuesto de la tipicidad penal y, por tanto, de la relevancia penal⁴², por lo que integra junto con el desvalor intersubjetivo del hecho a la antijuricidad objetiva.

Además, en relación con la función del desvalor de resultado, las conductas antinormativas se prohibirían en la medida en que pueden producir una indeseable lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y, en sentido inverso, la lesión o peligro sólo puede desvalorarse en cuanto constituya el resultado objetivamente imputable de una conducta peligrosa *ex ante*⁴³. No obstante, a pesar de que la antijuricidad objetiva sería la base de la antijuricidad penal completa, entendida por este autor como antinormatividad, de los componentes de ésta únicamente el desvalor intersubjetivo de la conducta integraría la antinormatividad, no así el desvalor de resultado que resulta excluido de la misma, aunque no del tipo penal en sentido amplio, que por ende no coincide con el tipo de injusto.

De tal manera el desvalor intersubjetivo de conducta sería, para este autor, “el puente o elemento de enlace entre la antijuricidad objetiva y la antinormatividad como antijuri-

dicidad completa”⁴⁴, aunque, como luego se verá, tampoco permite afirmar la antijuricidad completa o antinormatividad. Conforme expone MIR PUIG, el valor intersubjetivo de la conducta exige una valoración *ex ante* sobre la peligrosidad de la conducta⁴⁵, en contraposición con la valoración *ex post* propia del desvalor de resultado, pues “la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquirido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiere al delito ya producido (*ex post*)”⁴⁶. De donde desprende el citado autor que la valoración de la peligrosidad de la conducta⁴⁷ para el bien jurídico constituiría el núcleo de lo injusto⁴⁸ y no el resultado separado de la conducta, porque éste se produce en un momento posterior a aquel en que la norma puede dirigir su imperativo al sujeto, tampoco se podría integrar

44 MIR PUIG, ADPCP, 1994, p. 22.

45 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 64, indica: “el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida la acción deberá efectuarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad resultante *ex post*”.

46 MIR PUIG, ADPCP, 1983, p. 6. Agrega el autor mencionado, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 60: “Pues bien, a mi juicio, la función de prevención de la pena a través de la motivación impone contemplar el hecho *ex ante*, desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado”; también cfr. del mismo autor ADPCP, 1988, pp. 668-669 y *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 140.

47 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 62: “El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el Derecho pretende prevenir”.

48 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 61: “La antijuricidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal, y no como la causación, como estado, de la lesión de un bien amparado por el Derecho penal”.

41 MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. XXVI (prólogo 4ª ed.). Sobre los criterios que influyen en la creación de un bien jurídico-penal, cfr. de dicho autor, *EPCrim*, XIV, pp. 205-215.

42 MIR PUIG, ADPCP, 1994, pp. 21-22.

43 MIR PUIG, ADPCP, 1994, p. 9.

al injusto el resultado que aparece como posible en el momento de la acción dado que “la norma sólo puede prohibir lo que sus destinatarios pueden hacer, y lo que los ciudadanos pueden hacer son sólo conductas”⁴⁹.

En cuanto al juicio de peligrosidad *ex ante* de la conducta, se trata de un juicio objetivo que parte de la exteriorización de la misma⁵⁰ “en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado «*ex ante*»”⁵¹; con lo que se aparta de la tesis subjetivo-monista señalando MIR PUIG que no se trata de una subjetivización del injusto pues “se remite al juicio de la sociedad, representando por el criterio generalizador, normativo-social, del espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces éste dispone”⁵², se trataría entonces de un peligro objetivo⁵³.

49 MIR PUIG, ADPCP, 1988, p. 672. En el mismo sentido se manifiesta FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, p. 34; MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, p. 80.

50 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 63: “Desde el planteamiento preventivista que resulta forzoso en un Estado social al servicio de la sociedad, la selección de los comportamientos que ha de prevenirse y prohibirse bajo pena debe tener lugar en función del peligro objetivo que cada conducta supone para bienes jurídicos –y no en base a la gravedad de la actitud interna demostrada por la decisión delictiva-”.

51 MIR PUIG, ADPCP, 1988, p. 663. En el mismo sentido cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 35-36; MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, pp. 80-81.

52 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 65. Señala dicho autor, ADPCP, 1994, p. 19, que “si el autor posee conocimientos especiales, ese hombre ideal puede y debe imaginarse en posesión de tales conocimientos, pues sin duda los tendría presentes para valorar la peligrosidad de su acción. En cambio, no cabe suponer que un hombre inteligente y prudente carezca del mínimo de conocimientos que precisamente se suponen en un hombre inteligente como él”.

53 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 64. “El peligro objetivo a que ahora aludo consiste en

Sin embargo es precisamente el carácter objetivo, en el sentido de intersubjetivo, el que hace considerar a MIR PUIG que el mismo no constituye antinormatividad completa. En tal sentido considera la conducta humana como una unidad objetivo-subjetiva o interno-externa⁵⁴, por lo que el desvalor de la conducta no dependería sólo de la parte objetivo-externa del hecho (representada por el juicio del hombre ideal) sino que, al dirigirse la norma a él, debe ser posible imputarle personalmente su incumplimiento y por ello señala: “desde mi punto de vista, la antijuridicidad completa ha de ser verdadera antinormatividad del hecho del autor, y ésta exige que la antijuridicidad objetiva pueda imputarse individualmente al mismo, como antijuridicidad objetiva y subjetiva”⁵⁵; negando con lo anterior a la norma el carácter de mandato general dirigido a todos por igual, pero la antinormatividad queda como primera condición de la imputación personal (culpabilidad)⁵⁶.

4.- Teoría dualista relativa

Dentro de ella se comprenden aquellas posiciones que si bien aceptan una composición dualista del injusto (desvalor de resultado y desvalor de acción) conceden mayor preponderancia al desvalor de acción considerando que excepcionalmente el injusto puede estar compuesto exclusivamente por el desvalor de acción.

la capacidad propia de una determinada conducta para producir un resultado lesivo –en sentido paralelo al en que se utiliza el concepto de peligrosidad de la acción en los delitos de peligro”.

54 MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 142.

55 MIR PUIG, ADPCP, 1994, p. 20; en el mismo sentido MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligros y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 85.

56 En tal sentido MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 549, señala: “la imposibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho excluye la infracción de una norma concretamente dirigida a su autor”.

En tal sentido puede citarse en la doctrina española a CEREZO MIR, quien parte de que el resultado no puede pertenecer a la materia de prohibición (o del mandato)⁵⁷, afirmando también que el Derecho únicamente puede prohibir la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de una lesión al bien jurídico o que lleven consigo el peligro de dicha lesión; no obstante señala que los mandatos o prohibiciones están en función de los juicios de valor que son su presupuesto, por lo que dice: “lo injusto de los delitos dolosos de acción queda sólo constituido, por ello, cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor de resultado”⁵⁸, partiendo de que es preciso mantener en el tipo todos los elementos que fundamentan el injusto aunque no pertenezcan a la materia de prohibición⁵⁹. A pesar de lo anterior considera, definiendo el desvalor de resultado como la lesión o peligro concreto para el bien jurídico⁶⁰, que en algunos hechos éste no se presenta y en concreto afirma “el desvalor del resultado puede faltar, por ej., en la tentativa y en los delitos de peligro abstracto”⁶¹, situaciones en las cuales el injusto se agotaría en el desvalor de acción; además de considerar difícil la ubicación del resultado en el tipo de injusto de los delitos imprudentes⁶².

Una posición similar mantiene SOLA RECHE, quien no considera esencial al desvalor de resultado, pues “para que quede constituido lo injusto, el desvalor de la acción es necesario y suficiente; y el desvalor del resultado, contribuye a su agravación en las formas dolosas”⁶³; también parte del carácter imperativo de la norma penal⁶⁴, coincidiendo sobre el punto con lo expuesto anteriormente por MIR PUIG⁶⁵. Interesa señalar las consecuencias que extrae de la peligrosidad de la conducta, pues hace depender el juicio sobre la peligrosidad de la conducta del peligro objetivo para el bien jurídico lo que, según indica, constituye una expresión del principio de intervención mínima, pues sólo se han de tipificar las conductas más peligrosas para los bienes jurídicos. Señala dicho autor los siguientes principios conformadores del juicio de peligrosidad: protección de bienes jurídicos, independencia de la valoración del resultado⁶⁶, la causalidad debe tener un fundamento naturalista, la acción debe ser orientada por la voluntad y, por último, el juicio ha de referirse al conocimiento ontológico⁶⁷. Finalmente, cabe agregar que SOLA RECHE considera su posición como dualista relativa y por ende distanciada de las tesis monistas (subjetivas u objetivas), pues si bien no considera imprescindible al desvalor

57 CEREZO MIR, en: «Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca», 1982, p. 175; también del mismo autor, en: «Problemas Fundamentales del DP», 1982, p. 128.

58 CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 156.

59 CEREZO MIR, en: «Problemas Fundamentales del DP», 1982, p. 128.

60 CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 154.

61 CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, pp. 154-156, para lo que distingue entre el resultado de peligro y la peligrosidad de la acción, afirmando que la tentativa (conforme la legislación actual) sólo exige la peligrosidad de la acción y no el resultado de peligro, negando la distinción entre tentativa inidónea y tentativa idónea, sobre el punto cfr. del mismo autor: RDPCr, 1998, pp. 21-22.

62 Sobre el punto, CEREZO MIR, en: «Problemas Fundamentales del DP», 1982, pp. 15-24.

63 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 170; también del mismo autor *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, p. 109: “la aparición de un desvalor del resultado no es exigencia para que lo injusto quede constituido; sino que apreciado lo injusto de una acción disvaliosa, éste puede verse incrementado por aquél (o disminuido)”.

64 Sobre el punto, cfr. SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, pp. 51-52.

65 En tal sentido, SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, p. 54, señala: “Aunque la norma refiera la prohibición o mandato sobre un comportamiento, mediatamente opera protegiendo bienes jurídicos”.

66 Sobre el punto señala dicho autor: “Siendo el objeto de la norma un comportamiento, lo que en ella se prohíbe no es la efectiva lesión del bien jurídico, sino el comportamiento agresor”, SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, p. 62.

67 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, pp. 176-177.

de resultado para la constitución del injusto, sí parte de que el resultado puede intensificar la medida del injusto⁶⁸.

5.- Consecuencias de la exclusión del desvalor de resultado

La constitución de un tipo de injusto ajeno al resultado conlleva una serie de implicaciones diversas a las tradicionalmente aceptadas desde una óptica dualista. Particularmente, en cuanto al dolo ello significaría excluir el resultado como objeto de su referencia al no ser parte del injusto. Sin embargo, también se derivan otras consecuencias de las tesis anteriormente citadas; derivaciones que se desprenden, no solo de un ilícito fundado exclusivamente en el desvalor de acción (como proponen dichas tesis), sino del mismo resultado, pues como bien señalan quienes propugnan tal posición: “no se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto al del injusto”⁶⁹. Por ello el resultado, para las teorías monistas, también influiría en la responsabilidad penal pero desempeñando su papel desde una posición diversa a la que le conceden las posiciones dualistas, significando su nuevo destino un distinto cometido al que cumple desde el injusto⁷⁰.

68 SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, p. 113-114.

69 MIR PUIG, ADPCP, 1983, p. 13. Agrega dicho autor, en ADPCP, 1988, p. 672, “que el resultado no puede integrar el injusto, no significa que haya de perder un solo ápice de su importancia político criminal. Con frecuencia parece suponerse que la posición sistemática del resultado dentro del injusto es la única que le reconoce suficientemente su importancia”.

70 En tal sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 126, señala: “En cuanto al resultado, su exclusión del injusto no supone negar la necesidad del mismo, sino tan sólo un cambio de ubicación sistemática. Se trata de un elemento que condiciona o limita la punibilidad y cuya exigencia cumple importantes funciones político-criminales (seguridad jurídica, al ofrecer una prueba, a veces la única segura de la peligrosidad de la acción; necesidad de pena...),

6.- Derivaciones de un injusto fundamentado exclusivamente en el desvalor de acción

La primera conclusión que se extrae de un injusto integrado únicamente por el desvalor de acción se refiere a la tentativa y su castigo. Como se adelantó, al comentar las diversas posiciones sobre la exclusión del resultado, la disociación del desvalor de resultado del ilícito se encuentra relacionada con las diversas teorías sobre la tentativa, no solamente porque se extrae del castigo de la tentativa el argumento para señalar como innecesario el desvalor de resultado en el injusto, lo que luego se discutirá, sino también se afirma que con la tentativa acabada es completo el desvalor de resultado y por ende el injusto, no agrega nada más el resultado y de allí que no tendría sentido una distinción entre delito consumado e intentado, por el contrario si la tiene entre tentativa acabada y la inacabada⁷¹. En cuanto al diverso castigo que se asigna al delito consumado y a la tentativa, dichas teorías lo justifican con la producción del resultado y las funciones que cumple desde una ubicación fuera del injusto⁷², aunque también *de lege lata* se propugna la asimilación de la pena del delito consumado y la tentativa⁷³.

Otro aspecto en el que también resulta trascendente la desvinculación entre injusto y

pero «únicamente el desvalor de acción (objetivo y subjetivo) puede integrar el injusto».

71 En tal sentido cfr. ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 163; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 357; CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 155.

72 MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, p. 337, señala que entre los hechos tentados y los consumados “no hay ninguna diferencia, al menos en el nivel de merecimiento de pena relacionado con la magnitud del ilícito cometido”.

73 CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, pp. 155: “Las normas prohibitivas en los delitos dolosos de acción quedan ya, por ello, plenamente infringidas en la tentativa acabada, que debe equipararse en la pena, por regla general, al delito consumado”.

bien jurídico (desvalor de resultado) es respecto al juicio sobre la peligrosidad de la conducta. Así entonces, dependiendo de la posición que se asuma respecto al carácter subjetivo u objetivo del juicio se llega a muy diversas consecuencias, señaladas con claridad por ZIELINSKI para quien la consideración de una acción como peligrosa o no peligrosa depende de la posición que se asuma y en tal sentido indica: “una acción ejecutada con ligereza sobre la base de una constelación favorable de circunstancias (las cuales habían permanecido ocultas para el autor, pero eran conocidas, sin embargo por el observador objetivo), se demuestra como no peligrosa al extremo, y, con ello, incapaz de resultado, o bien, como extraordinariamente peligrosa para el bien jurídico, y, con ello, capaz de resultado”⁷⁴, también puede pensarse en el caso contrario de la acción minuciosamente planeada que sin embargo, por circunstancias desconocidas para el autor, no es capaz de resultado. Como puede notarse se llega a muy diversas conclusiones si se parte de un juicio subjetivo, desvinculado de la afectación al bien jurídico, que si se toma en cuenta un criterio objetivo que parte de la afectación del bien jurídico desde la perspectiva de un observador objetivo: los casos que conforme al primero son peligrosos podrían no serlo de acuerdo al segundo criterio y de allí extraerse consecuencias diversas respecto a su castigo.

En todo caso, desde la perspectiva monista del injusto, el peligro no necesariamente tiene que ser real, sino que puede ser supuesto, aunque cabe distinguir según se parta de una posición subjetivo-monista, en cuyo caso la valoración sobre la peligrosidad es desde la perspectiva del autor de la acción⁷⁵, o bien de

la tesis objetivo-monista, en cuyo caso el juicio sobre la peligrosidad corresponde al criterio del ciudadano medio o espectador objetivo⁷⁶; sin embargo, como se señaló, tanto en uno como en otro caso el peligro tanto puede ser real como supuesto y lo único que varía es el grado de consenso exigido.

Lo anterior, como luego se verá en detalle al tratar el tema, tiene repercusiones en el castigo de la tentativa, pues dependiendo del carácter objetivo o subjetivo del juicio sobre la peligrosidad de la acción ingresan dentro del ámbito de punición de la tentativa más o menos conductas. Las teorías monistas no tienen problema alguno en coincidir en el castigo de la tentativa inidónea o delito imposible, pues desde su punto de vista la conducta es peligrosa; aunque como señala CUELLO CONTRERAS en la tentativa inidónea no se afecta bien jurídico alguno pues a pesar de “encontramos ante una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad”⁷⁷ (tentativa relativamente inidónea) y de allí que su castigo depende de la representación del autor y no del peligro para el bien jurídico⁷⁸, por ello critica a las teorías objetivo-monista señalando que sólo serían objetivas en apariencia, pues también deberían partir de la peligrosidad de la conducta conforme al plan del autor.

En lo que respecta a las tesis dualistas-relativas, si bien consideran necesario la exigencia de un desvalor de resultado, conjuntamente con el desvalor de acción, tratándose de la

74 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 150.

75 Así, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 164, señala: “Sólo sobre la base de la realidad reflejada en

su percepción y representación, puede obrar la persona actuante; sólo tal actuar puede ser el objeto pleno de sentido de la valoración jurídica”. También CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1991, p. 816: “lo importante no es un estado de hecho, sino las representaciones del autor”.

76 En tal sentido MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 69.

77 CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1991, p. 814.

78 Así, CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1991, p. 817.

tentativa prescinden del mismo. Por ello, si exigen un juicio objetivo sobre la peligrosidad de la conducta se trata de un juicio intersubjetivo, pues tampoco exigen un peligro real y por el contrario consideran que el injusto de la tentativa representa un caso excepcional fundamentado únicamente en el desvalor de acción. Así por ejemplo, CEREZO MIR, quien como se dijo parte de una posición dualista del injusto (desvalor de acción y de resultado), ve en el castigo del delito imposible (no acepta la denominación de tentativa inidónea) un caso excepcional en que el injusto se fundamenta únicamente en el desvalor de acción⁷⁹; también SOLA RECHE, quien parte de un juicio objetivo⁸⁰, estima que si el injusto puede constituirse sobre el desvalor de acción, los criterios de imputación objetiva del resultado no decidirán sobre la existencia del injusto y por ello el juicio sobre la peligrosidad de la acción es independiente de la afectación del bien jurídico, además, fundamentándose en los criterios que sustenta sobre el juicio de peligrosidad antes señalados, considera que “dependiendo de los condicionamientos del juicio de peligrosidad, si son aceptados los referidos, se abre camino a la impunidad de tentativa no peligrosa⁸¹”.

Por último, cabe señalar que al excluir las teorías monistas el resultado, se hace innecesario establecer el nexo entre acción y resultado, pues, según dichas teorías, el resultado sería producto de la casualidad o del azar. Las teorías sobre la causalidad y la imputación objetiva del resultado son sustituidas por

el juicio sobre la peligrosidad de la conducta y se considera imposible que la imputación objetiva pueda constituir el nexo entre el resultado típico y el autor⁸². En este sentido SOLA RECHE afirma: “Si se decide que en las formas dolosas el desvalor de la acción puede constituir por sí solo lo injusto sin necesitar de la concurrencia del desvalor del resultado, no puede mantenerse ahora que el desvalor de aquella desaparece cuando éste no sea objetivamente imputable⁸³”, pues, continua señalando, aunque el resultado no fuere imputable debe resolverse la existencia del desvalor de acción de la tentativa, en donde los criterios de la imputación objetiva “dan lugar a soluciones satisfactorias mientras podamos contar con la lesión del bien jurídico —que falta en la tentativa— y pueda añadirse la relación de causalidad⁸⁴”.

7.- La función del resultado en las teorías monistas

En cuanto a la ubicación del resultado, aquellos que lo excluyen del ilícito usualmente lo ubican entre las condiciones objetivas de punibilidad. Así lo hace ZIELINSKI, quien partiendo de que el resultado no puede tener ninguna vinculación con la culpabilidad, señala: “El resultado efectivo —si debiera serle otorgada influencia sobre el «sí» y el «cuánto» de la pena— sería, por tanto, un presupuesto de la punibilidad independiente de la culpabilidad⁸⁵”. También lo señala como condición obje-

79 Así, CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, pp. 155-156.

80 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 177: “Los parámetros de valoración objetiva deben referirse al conocimiento ontológico (todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por el juez, más las conocidas por el autor), y al conocimiento nomológico (experiencia común de la época sobre los cursos causales)”.

81 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 184.

82 Así KAUFMANN, ADPCP, 1985, pp. 807-826; señalando que de la atribución objetiva únicamente queda “un conjunto de *topoi*, útil para la interpretación de este tipo o aquél, a veces para grupos de tipos”. Sobre la teoría de la imputación objetiva en general y las críticas que se le hacen, cfr. FRISCH, en: SILVA SÁNCHEZ (Ed.), «Sobre el estado de la teoría del delito», 2000, pp. 21 y ss.

83 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 182.

84 SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 183.

85 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 167; en el mismo sentido: DORNSEIFER, DocP, 49-52, 1990,

tiva de punibilidad CUELLO CONTRERAS⁸⁶. En cuanto a MIR PUIG no lo sitúa entre las condiciones objetivas de punibilidad, lo ubica como integrante del tipo (en sentido amplio)⁸⁷ y por ende como “condición de la intervención penal”⁸⁸, limitando o condicionando la punibilidad del hecho principalmente por razones de seguridad jurídica y de falta de necesidad de pena⁸⁹, por lo demás debe tenerse presente que su posición actual destaca un tanto más el papel del resultado, pero sin incluirlo dentro del injusto penal.

No obstante, cabe señalar que la ubicación del resultado como condición objetiva de punibilidad constituye una solución de compromiso para las teorías monistas, que se ven obligadas a brindarle algún papel al resultado en virtud de la importancia que la legislación le otorga, como lo demuestra el diverso castigo de la tentativa y el delito consumado, la impunidad de la tentativa en las faltas, la exigencia de un resultado en los delitos imprudentes, etc.. Sin embargo, respecto a las condiciones objetivas de punibilidad “sólo existe acuerdo sobre el punto de partida, a saber, que en todo caso tales elementos no pueden pertenecer al injusto o a la culpabilidad”⁹⁰, con lo que lo único claro es la idea de desplazarlo del injusto y la imposibilidad de desentenderse del mismo en virtud de su innegable relevancia legal.

Ante ello, las posiciones monistas consideran que “es fácticamente necesario preguntarse por el valor de la ubicación de una eventual orientación legítima al resultado

dentro del derecho penal de culpabilidad”⁹¹ y concluyen que en definitiva, lo que se pretende es sustituir el modelo hoy día tradicional, fundado tanto en el desvalor de resultado como en el desvalor de acción, por lo que se considera “un sistema de atribución racional y personal que reserve al resultado únicamente un papel para la apreciación legislativa de la difícil cuestión de la necesidad de pena”⁹²; además, según exponen las teorías monistas, el resultado (como afectación del bien jurídico) da lugar a la desvaloración de las conductas peligrosas para dicho bien y por ende se encontraría incluido por la acción peligrosa.

En todo caso, como bien señala SCHÖNE, la ubicación del resultado dentro de las condiciones objetivas de punibilidad no significa que los partidarios de las teorías monistas lo traten en el cuarto nivel de la estructura del delito, reservado precisamente para las condiciones de punibilidad, sino que por lo general “verifican su existencia bajo la rúbrica de «adecuación típica»”⁹³, cuestión sobre la que SCHÖNE ha dicho que no reviste importancia sistemática al ser “indiferente para la decisión sobre la punibilidad si la producción del resultado encuentra su lugar junto con la lesión de la norma o sólo después del delito”⁹⁴, siendo preferible su ubicación en el tipo (en sentido amplio), pues se ahorra la comprobación atinente a sí el autor ha realizado todo lo requerido según sus representaciones para lograr el resultado, igual sucede en el delito imprudente en que reviste necesidad práctica ya que los requisitos de la lesión de la norma no son descritos por la ley.

No obstante, más importante que la ubicación, son las consecuencias que dichas teorías extraen del resultado en el papel que le

p. 145: “El resultado es una condición objetiva de punibilidad”.

86 CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 357: “la efectiva producción del resultado se configura como condición objetiva de punibilidad ajena al injusto y a la culpabilidad del autor”.

87 MIR PUIG, *ADPCP*, 1994, p. 27.

88 MIR PUIG, *ADPCP*, 1988, p. 673.

89 MIR PUIG, *ADPCP*, 1983, p. 13.

90 ROXIN, *PG*, 1997, p. 970; cfr. también: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*- VII, 2ª ed., 1977, p. 15-27.

91 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 236.

92 DORNSEIFER, *DocP*, 49-52, 1990, p. 149.

93 SCHÖNE, *CPC*, 1977, p. 65.

94 SCHÖNE, *CPC*, 1977, p. 68.

asignan fuera del tipo de injusto. Así entonces, partiendo de que el ilícito y la culpabilidad son presupuestos de la pena, pero no los únicos, el resultado es considerado como un criterio de necesidad de la pena⁹⁵, criterio que dependería entre otras circunstancias de la indignación de la comunidad jurídica o del efecto retroactivo sobre la conciencia del autor; también se indica que es más fácil descubrir el ilícito que ha provocado un resultado y por ello éste último cumpliría una función de intermediación para poder conocer el ilícito cometido⁹⁶.

Como criterio decisivo sobre la imposición de una pena, el resultado haría conveniente la aplicación de la misma por la repercusión de la fractura del orden jurídico⁹⁷. Desde el anterior punto de vista, el fundamento y justificación de la pena lo seguirían siendo la culpabilidad y el ilícito; sin embargo el resultado tiene “su valor en el fin de prevención general de la pena, tiene que poner a prueba al orden jurídico o bien defenderlo: la punición de la fractura del derecho debe actuar en contra de los efectos negativos que el ilícito manifestado produce sobre la confianza de los sujetos en la validez del derecho”⁹⁸, es la única

medida en que la función de prevención de la pena puede abarcar el resultado, sin caer en la venganza; en consonancia con lo expuesto, MIR PUIG señala “que la Sociedad está más dispuesta a perdonar en caso de ausencia de lesión (consideración posiblemente irracional, pero sociológicamente cierta) y que, por tanto, la ausencia o disminución de pena no escandaliza ni perjudica en orden a la prevención”⁹⁹.

Sin embargo, el papel que más frecuentemente asignan al resultado las teorías monistas es de indicio del desvalor de acción; aunque con ello se traslada al resultado del Derecho penal sustantivo al Derecho procesal. En todo caso se trata de un tema controvertido aún para las mismas teorías monistas, pues dentro de estas teorías algunos consideran “que la producción de un resultado lesivo constituye una prueba, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entraña la realización de la acción que lo ha causado”¹⁰⁰. Sin embargo en lo que se refiere al dolo se apunta que la realización del resultado no constituye una demostración del mismo¹⁰¹, ni tampoco lo sería respecto a la peligrosidad de la conducta, afirmándose por estas teorías que la producción del resultado no implica necesariamente la peligrosidad de la conducta¹⁰², pues “si el

95 Así, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 240, en donde señala: “la determinación del merecimiento de pena de una conducta se basa únicamente en una valoración jurídica, para la cual son decisivos el modo y la magnitud del ilícito; la cuestión de la necesidad de la pena es influida, en cambio, también por factores que están fuera del ilícito y de la culpabilidad”. La ubicación sistemática de «la necesidad de la pena» fuera del ilícito y de la culpabilidad, que propone ZIELINSKI no es, ni mucho menos, una posición mayoritaria; también señalan el resultado como criterio sobre la necesidad de la pena: DORNSEIFER, DocP, 49-52, 1990, p. 145; SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, 1996, p. 216. Sobre la relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena, cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1993, p. 21-33

96 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 242.

97 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 242.

98 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 249. En el

mismo sentido DENCKER, DocP, 49-52, 1990, p. 127; señala: “La impresión de conmoción jurídica es mayor cuando el delito produce resultado; el delito que tiene éxito podría perjudicar también (si no es castigado o si no lo es suficientemente) con mayor fuerza la conciencia jurídica del autor y de la generalidad”.

99 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 71.

100 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 66.

101 Así SANCINETTI, DocP, 35, 1986, p. 515; señala: “la circunstancia de que no se produzca el resultado no dice nada acerca de que no existiera dolo en el autor del hecho, y, consecuentemente, ninguna consecuencia a favor de la existencia del dolo puede derivarse del hecho de que se produzca un resultado”.

102 Así, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 244: “El

resultado producido no constituye realización del peligro que ostentaba la conducta, tampoco podrá dicho resultado desplegar función indiciaria¹⁰³ y en sentido contrario tampoco la falta del resultado típico conduciría necesariamente a señalar la ausencia de peligro.

Aún así, partiendo del valor indiciario de la producción del resultado, las teorías monistas consideran que en determinadas circunstancias su ausencia es demostrativa de una menor peligrosidad de la conducta, “por lo que conviene ofrecer al juez la facultad (de la que pueda no hacer uso) de atenuar la pena para la tentativa y la frustración”¹⁰⁴, aún cuando cabe adelantar que no es una conclusión que pueda extrapolarse a la tentativa en general, ya que en la tentativa acabada no se denota esa menor peligrosidad. También, partiendo del valor indiciario del resultado, MIR PUIG propone distinguir *ex ante* entre un peligro típico de la consumación y un peligro típico de la tentativa o frustración, “propio de las acciones que en mayor medida puede preverse que no lleguen a producir el resultado”¹⁰⁵, aunque el mismo autor acepta que aún en la tentativa inidónea debe reconocerse *ex ante* un peligro de consumación, desde la perspectiva de un espectador objetivo¹⁰⁶, y de allí que si *ex ante*

se puede prever que no se va a producir el resultado no podría hablarse siquiera de tentativa.

También para quienes parten de la tentativa como un caso excepcional en que no se afectan bienes jurídicos, la falta del resultado es a su vez una demostración de la ausencia de peligro, señalando que éste sólo puede comprobarse *ex post* y que desde tal perspectiva la única prueba del peligro sería la efectiva lesión¹⁰⁷, negando con ello la existencia de un «resultado de peligro»¹⁰⁸, aspecto que se reservará para tratarlo al discutir sobre la tentativa.

Sin embargo es en el delito imprudente en donde, conforme a la posición comentada, el resultado cumple en mayor medida un papel probatorio como indicio de peligrosidad. La ausencia de resultado se señala como un factor que “puede venir a dar la razón al sujeto que no creía que su acción fuese tan peligrosa como otros pudieran pensar”¹⁰⁹; aunque, como luego se verá, su valor probatorio aparenta ser escaso pues, ya que según se acepta, la falta de resultado puede deberse a factores casuales, por lo que en última instancia su ausen-

resultado no es, por cierto, ninguna prueba del ilícito cometido; pero, en principio, sí facilita su demostración”.

103 En tal sentido, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 69-70, indica que “si el resultado producido no constituye realización del peligro que ostentaba la conducta, tampoco podrá dicho resultado desplegar función indiciaria”

104 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 66.

105 Así MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 67.

106 MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 346. Por lo demás dicho autor -en *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 70 (la letra negrita ha sido añadida)- señala que “pueden distinguirse entonces (**ex post**), una vez que se conocen todas las características del hecho,

las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Sólo éstas constituyen tentativa inidónea”

107 CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1991, p. 799.

108 Así ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 233, quien señala que se debe prescindir “de los, dogmáticamente equivocados, delitos de puesta en peligro como resultado, en lugar de cómo calidad de la acción”; también cfr. MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, p. 330.

109 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 67. También, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 245-246, considera que “es en todo caso, un rédito de la seguridad probatoria, que -en ausencia de consecuencias- queden excluidas de la persecución penal las acciones ilícitas no comprobables o sólo muy dificultosamente comprobables”.

cia no sería prueba suficiente de la falta de peligrosidad y desde tal perspectiva no es un elemento probatorio idóneo sobre tal aspecto.

Aunque más importante que la faceta negativa de la ausencia del resultado es la trascendencia que se le da a la producción del resultado en los delitos imprudentes, no sólo por estar legalmente supeditado su castigo a la realización del resultado, sino también porque usualmente la acción imprudente vista *ex ante* pone en peligro varios bienes jurídicos indistintamente¹¹⁰; lo que implicaría, desde una posición monista del injusto, la necesidad de castigar cada uno de estos peligros para los diversos bienes jurídicos. Sin embargo, es la lesión efectiva de uno de dichos bienes jurídicos la que viene a señalar el castigo de la acción imprudente; por ello ZIELINSKI, quien encuentra aquí una acción múltiplemente merecedora de pena al ponerse en peligro varios bienes jurídicos, considera que en tal situación la necesidad de pena se satisface con la sanción determinada para el resultado de lesión al bien jurídico¹¹¹, con lo que el resultado en los delitos imprudentes vendría, conforme a dicha tesis, a señalar la pena con la cual se satisface el castigo de la acción a pesar de haberse puesto en peligro otros bienes.

Por último, podría señalarse que las anteriores son algunas de las funciones que el resultado cumpliría válidamente para las teorías monistas; pero por otra parte se le reconocen al resultado otras manifestaciones que se consideran incorrectas y que, según se dice, son propias de un ordenamiento notablemente in-

110 Así ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 245, indica "una acción de ese modo peligrosa raramente pone en peligro sólo un bien jurídico, y, por eso, las reglas de cuidado sirven, en su mayoría, para la protección de diferentes bienes jurídicos, una acción contraria al cuidado es casi siempre contraria a la norma en varios sentidos, es decir, es ilícito, con relación a diferentes juicios de valor primario".

111 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 245.

fluido por el resultado. Así la más destacada se refiere a las deformaciones de la percepción que provocan los resultados especialmente significativos y que amenazan al principio de culpabilidad¹¹², lo que se manifiesta al vincular la pena al resultado, lo cual significa un trato desigual en relación con aquellas conductas peligrosas que por diversos factores, ajenos al autor, no condujeron al resultado, lo que es incorrecto ya que "la exigencia de justicia (de la pena) contiene como elemento central (además de aquello que siempre está presente), la exigencia del igual tratamiento de los iguales (ilícito y culpabilidad)"¹¹³.

8.- Crítica y posición personal

La concepción monista del injusto, respondiendo a su condición de minoritaria, ha sido objeto de innumerables críticas. Sin embargo, no cabe hacer una descalificación absoluta de la misma, pues en su fundamentación se apuntan certeras censuras a un injusto que ha sobrevaluado el papel del resultado. Aunque la solución al excesivo «objetivismo» no necesariamente ha de conducir a excluir el resultado del injusto. En todo caso la crítica a las posiciones monistas debe partir de una valoración de las consecuencias a las que conduce, principalmente desde los valores asociados a un Estado social y democrático de Derecho, con lo que el juicio sobre la posición monista del injusto depende de las derivaciones que provoca su aplicación, contraponiéndolas con un injusto dualista en donde tanto el desvalor de resultado como el desvalor de acción juegan un papel determinante.

9.- Consideraciones generales

La discusión entre un injusto monista o dualista, aunque nueva en sus actuales pos-

112 Así, DENCKER, DocP, 49-52, 1990, p. 128.

113 DENCKER, DocP, 49-52, 1990, p. 126.

tulados, es antigua, pues, como se dijo, inicia con la determinación de las funciones atribuidas a la norma penal, discusión en la que subyace la pugna entre lo individual y lo colectivo. Partiendo exclusivamente de la norma penal como norma de determinación se pretende proteger en mayor medida los intereses colectivos en detrimento de los individuales, lo que no deja de ser criticable desde el punto de vista de la libertad individual, aunque tampoco puede olvidarse que fundamentar el injusto exclusivamente sobre la función valorativa conlleva el riesgo de la responsabilidad por el resultado. La tensión existente a nivel del injusto señala una tendencia actual a primar los intereses colectivos sobre los individuales, lo que en el ámbito de la política criminal es correlativo a la opinión “de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales, pero de gran importancia para amplios sectores de la población”¹¹⁴.

El tipo penal, entre otras, cumple una función de motivación de conductas, la que tiene por presupuesto la existencia de una norma de determinación. Sin embargo, no menos importante es la función político-criminal que cumple el bien jurídico señalando qué bienes necesitan de la tutela penal y en qué medida la requieren¹¹⁵, lo que se traduce en la prohibición de determinadas conductas que afectan (lesionan o ponen en peligro) al bien jurídico.

Con lo anterior no se ha establecido ninguna objeción en contra de las teorías monistas, pues en general también ellas aceptan el papel

político-criminal del bien jurídico, ya que parten de la existencia de un inicial juicio de valor que establece el bien jurídico, un posterior juicio de desvalor sobre la afectación al bien jurídico y por último un juicio de desvalor de las acciones que afectan a dicho bien¹¹⁶. Por ello, difícilmente podría objetarse a dichas teorías el no tener “presente que ciertas conductas se prohíben sólo por su carácter lesivo u ofensivo para otra persona o para la sociedad”¹¹⁷, de allí que “la cuestión, entonces, no es tanto que no se dé un desvalor de resultado en algunos delitos, sino si dicho desvalor tiene o no un «rol» fundamentante del injusto”¹¹⁸.

No obstante, la desvaloración del resultado únicamente sería, según dichas teorías, el motivo para la prohibición de la conducta, quedando el juicio de desvalor de resultado totalmente absorbido en el desvalor de la acción¹¹⁹, de allí que la función valorativa de la norma, manifestada a través del desvalor de resultado, queda relegada a su papel po-

114 MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 135.

115 En tal sentido; DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP*, 1990; p. 9, señala: “las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera, en relación con esto último, que si para llevar a cabo el control social que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquéllos y desechar éstos”.

116 Así, por ej.: ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 136; MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, p. 37.

117 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 100. Por el contrario ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 251, señala que el resultado es importante en el injusto, en tanto es recogido por el desvalor de acción, o sea “siempre y cuando se realice en él el objeto del juicio de valor primario fundante del disvalor de acción”.

118 HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 24.

119 Sobre el punto HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 31, comentando la posición monista del injusto señala: “el desvalor de resultado no se añade al desvalor de acción, aumentándolo y con él al injusto, sino que se integra en el desvalor de acción conformándolo”. No obstante, CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 387, quien parte de una posición monista sobre el injusto, señala que el “injusto penal se compone de un elemento subjetivo (disvalor-acción) y de un elemento objetivo (disvalor-resultado) de tal manera entrelazados que sólo cuando el autor se ha representado y aplicado una ley causal válida (objetiva en sentido de aceptada por la ciencia como capaz de producir un resultado) habrá injusto”.

lítico-criminal con lo que su función dogmática pierde su importancia, excluyéndose del injusto e inclusive proponiéndose su total irrelevancia. Con lo anterior, una serie de exigencias que implica el desvalor de resultado desaparecen o cuando menos se minimizan, principalmente por obligar el desvalor de resultado a un examen específico sobre la afectación del bien jurídico y, particularmente en los delitos de resultado, a verificar la relación de causalidad e imputación objetiva.

Excluir el desvalor de resultado del injusto tiene por consecuencia más importante extender el ámbito de las conductas punibles, pudiendo señalarse como punto de partida que cuanto menos exigencias se establezcan para que una conducta concreta configure una determinada figura penal, mayor será el número de conductas que puedan ingresar dentro de la configuración abstracta. Lo que resulta especialmente evidente en las teorías subjetivo-monistas, respecto de las que se ha dicho, con razón, que sus ideas supondrían “conceder al individuo la capacidad de determinar mediante su imaginación la materia de prohibición, el contenido del injusto”¹²⁰.

La idea de ampliar y endurecer la aplicación del Derecho penal, que propugnan las teorías monistas, resulta evidente en la formulación de propuestas político-criminales para que se castigue de igual forma la tentativa acabada y el delito consumado, así como también sobre el castigo de los hechos imprudentes sin sujeción al resultado¹²¹. Aunque las anteriores son únicamente propuestas de *lege*

ferenda, se corresponden con el ulterior desarrollo de las ideas que excluyen el resultado en el injusto; por ello es innegable el riesgo que tal posición implica, pues “podría llevar a la supresión de la exigencia del resultado como un residuo histórico, sustituyendo los delitos imprudentes de resultado por delitos de peligro (ligando la pena exclusivamente a la lesión del deber de cuidado) y el delito consumado por la tentativa, lo que llevaría a un Derecho penal de delitos de peligro abstracto, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica y la conversión de nuestro Derecho penal liberal en un Derecho penal autoritario, propio de un Estado policial”¹²².

Esa tendencia, de anticiparse a la lesión del bien jurídico, es propia de un Derecho penal en el cual “ya no se trata fundamentalmente de una respuesta adecuada a un hecho pasado, sino del dominio del futuro”¹²³, donde el carácter imperativo de la norma penal desempeña un papel importante en conjunto con un criterio de eficacia, conforme al cual es mejor castigar la conducta peligrosa que esperar a la producción del resultado¹²⁴. Sin embargo, es evidente que partiendo del criterio de eficacia como único o principal principio rector las consecuencias a las que podría llegarse serían graves desde la perspectiva de un Estado social y democrático, requiriéndose el contrapeso del bien jurídico como principio rector que permita moderar no solamente las conductas que el legislador puede castigar (función político-criminal), sino posteriormen-

120 MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 69.

121 Así lo hace ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 245, lamentando en los delitos imprudentes “esta restricción de la punibilidad” y respecto al delito doloso señalando sobre la eliminación del resultado que “ese cambio de orientación –axiológicamente– se debería aprobar, porque sería útil, en el derecho penal, para la eliminación de una concepción del resultado irracional y encubridora de la culpabilidad” (*Ibid.*, p. 248).

122 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 134.

123 HASSEMER, ADPCP, 1992, p. 243.

124 En tal sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo DP*, 1982, p. 28; considera que partiendo exclusivamente del desvalor de resultado la acción se castigaría por implicar “un rasgo interno de peligrosidad, con lo cual llegamos al derecho penal de autor, o, por último, a que se considere que el desvalor de acto en sí o la acción mala en sí debe ser castigado, con lo cual lo que se está castigando son las meras acciones contrarias a la moral”.

te la aplicación de tales reglas (función dogmática)¹²⁵. Por ello es necesario que el juicio de desvalor del resultado se mantenga en el injusto y no sólo como motivo inicial para la prohibición de conductas¹²⁶.

10.- Contraste entre posiciones monistas y regulación legal del resultado

Las propuestas de *lege ferenda* que la teoría monista señalan respecto a la tentativa y el delito imprudente evidencian un contraste entre sus planteamientos y la regulación legal de dichas figuras, conduciendo a la reflexión de que “el hecho de que una determinada concepción del injusto obligue a proponer reformas de la parte general del C. P., indica que esa concepción adolece de alguna incompatibilidad con el Derecho positivo”¹²⁷; además de contraponerse con el sentimiento general que no concibe un divorcio entre la acción y sus consecuencias. Esta divergencia entre las propuestas monistas y el sistema vigente es clara en relación con la tentativa, cuya pena es menor respecto al delito consumado¹²⁸, en las faltas, en que sólo se castigan las intentadas contra las personas o el patrimonio (art.

15.2 CP), y respecto a los delitos imprudentes, en que únicamente se castigan aquellos que producen un resultado lesivo¹²⁹. Todo lo cual demuestra la importancia que tiene el resultado y por ello se ha señalado como un argumento más¹³⁰ a favor del desvalor de resultado y en contra de las tesis monistas¹³¹.

Es por ello que, enfrentados con la anterior situación, quienes propugnan por excluir el desvalor de resultado del injusto han debido aceptar la relevancia que el legislador otorga al resultado y, al no poder excluirlo del todo¹³², proponen ubicarlo como condición objetiva de punibilidad, asignándole una función probatoria y como criterio de necesidad de la pena. Así entonces, tal como atrás se indico, en cuanto a la tentativa señalan que el resultado tiene un valor indiciario en relación con la peligrosidad de la conducta, al menos en la tentativa inaca-

125 Desde tal perspectiva la posición de MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 62, se aparta de la teoría subjetivo monista del injusto al indicar que “el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el Derecho pretende prevenir”.

126 Sobre el papel del bien jurídico en la tipicidad y antijuridicidad, cfr. HORMÁZABAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 1991, pp. 171-174. Cabe indicar que inclusive desde la perspectiva del «control social» se mantiene la importancia del bien jurídico, cfr. CUERDA RIEZU, *El legislador y el DP*, 1991, pp. 56-60.

127 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 95.

128 El art. 62 CP indica: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado”.

129 En el CP costarricense la pena de la tentativa será “la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del Juez” (art. 73), además de no castigarse en general la tentativa en las faltas o contravenciones (art. 24); sin embargo dentro de los parámetros para la determinación de la pena deben apreciarse los aspectos objetivos del hecho punible y la importancia de la lesión o peligro (art. 71 inc. A y B) con lo que en su aplicación práctica implica la imposición de una pena menor a la que hubiera correspondido para el hecho concreto si se hubiera consumado.

130 No se trata de un argumento decisivo, como pretende CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 157, quien indica como “evidente, en todo caso, que las diversas concepciones según las cuales lo injusto de los delitos dolosos de acción queda ya constituido o se agota en el desvalor de la acción no se ajustan al Código penal español, pues en nuestro Código se establece para la tentativa una atenuación obligatoria –y no meramente facultativa como en el Código penal alemán- de la pena del delito consumado (art. 62)”.

131 Así HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 36, señala que “no parece posible explicar, desde este punto de vista, el por qué existe una diferencia punitiva entre los respectivos injustos del delito consumado y del delito intentado”.

132 En tal sentido ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 235, indica que se trata de un progresivo desarrollo del principio de culpabilidad, cuyo avance necesariamente continuará.

bada, y por ende es indicativo de una menor necesidad de pena; también respecto al delito imprudente, el resultado cumpliría idéntica función como indicio de peligrosidad de la conducta y criterio sobre la necesidad de la pena.

11.- Crítica al resultado como indicio de peligrosidad

Como antes se dijo, la función que las teorías monistas asignan al resultado como indicio sobre la peligrosidad de la conducta es una función procesal y no sustantiva, por ello las tesis monistas afirman que “realmente no hace falta destacar que es en el proceso penal y para el proceso penal donde justamente el resultado desempeña un papel importante”¹³³. En consecuencia, se trataría mediante la producción o ausencia del resultado de fundamentar un elemento del tipo de injusto: el desvalor de acción. Sin embargo a ello podría objetársele que como elemento probatorio indiciario sobre la peligrosidad, el resultado también cumpliría dicha función si el legislador no lo mencionará en la descripción del delito, pues ello no impediría su apreciación por los tribunales en un sistema de libertad probatoria¹³⁴; de allí que si expresamente se ha incluido en la figura delictiva, ello muestra la voluntad de que el resultado desempeñe en el tipo penal funciones que exceden a lo mera-

mente probatorio como indicio de peligrosidad de la conducta.

Sin embargo, más importante aún es señalar que el resultado difícilmente cumple la función que se le atribuye como indicio sobre la peligrosidad de la acción, pues la producción o no del resultado no ofrece certeza sobre tal aspecto¹³⁵, lo que es aceptado e incluso recalcado por las teorías monistas, las que consideran la producción del resultado como algo casual o azaroso y, a pesar de ello, luego le asignan una función indiciaria al resultado. Así por ejemplo, en la tentativa acabada la ausencia del resultado no se presenta por sí sola como indicativa de la menor peligrosidad de la acción y tampoco en el caso contrario, la sola producción del resultado no señalaría una mayor peligrosidad de la acción cuando falta la conexión entre este y la acción (causalidad e imputación objetiva).

Particularmente en cuanto al delito imprudente no resultan menos las carencias del resultado para demostrar la peligrosidad *ex ante* de la acción¹³⁶, si bien en algunos casos la ausencia del resultado puede ser indicativa del respeto a la norma de cuidado y con ello evidenciar “circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, circunstancias en las que tal vez se base acertadamente la opinión del sujeto de que su conducta se halla bajo su control”¹³⁷, también podría contradecirse dicho indicio, demos-

133 Así DENCKER, DocP, 49-52, 1990, p. 129.

134 De tal manera los hechos sometidos al proceso son susceptibles de ser probados mediante cualquier medio de prueba, salvo las limitaciones impuestas, como por ej. la prueba obtenida con violación de garantías constitucionales (art. 182 CPP). Respecto al proceso español se ha dicho que “en el ámbito del principio dispositivo, los sujetos jurídicos que disponen de sus derechos y deciden hacerlos valer jurisdiccionalmente, pueden también disponer de los hechos en que se fundan esos derechos y disponen, desde luego, de los derechos procesales correspondientes a cada una de las posibilidades de actuación procesal (por ejemplo, la probatoria)”, DE LA OLIVA SANTOS, en DE LA OLIVA y otros, «Derecho Procesal Penal», 2ª ed., 1995, p.16.

135 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 96 (nota 293): “La presencia o ausencia del resultado no tiene nada que ver con la peligrosidad de la conducta”.

136 Así HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 42, que considera que la producción del resultado no demuestra una menor peligrosidad de la acción y “lo que sí demuestra la imprudencia sin resultado siempre es un menor poder de resultado de la acción, *ex post* considerada”.

137 Así MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 67-68.

trándose que el resultado no se produjo por causas ajenas al autor (que habría incumplido la norma de cuidado), por ello la ausencia de resultado no es por sí misma indicativa de una menor peligrosidad de la acción y de allí que la impunidad de la acción imprudente sin resultado no depende de la pretendida función indiciaria que se le atribuye a éste.

Iguals argumentos se pueden sostener sobre la producción del resultado, ya que tampoco puede partirse de las dificultades de prueba con relación a la peligrosidad de la acción para tomar "en consideración el dato de la causación de una lesión como indicio de peligrosidad *ex ante* de la acción"¹³⁸, por lo que se puede afirmar que la sola producción del resultado, independientemente del desvalor de acción, no permite fundar un indicio válido sobre la peligrosidad de la acción, de allí que extraer una conclusión partiendo exclusivamente del mismo más que un elemento indiciario constituiría una presunción de peligrosidad contraria al principio de inocencia.

Por último, si se sujeta el juicio de peligrosidad a la producción del resultado habría que reconocer que éste no tendría un contenido autónomo¹³⁹, resultando en consecuencia una posición contradictoria con las afirmaciones iniciales de las tesis monistas que señalan la independencia del desvalor de acción. De lo anterior se deriva la necesidad de "fundamentar el papel del resultado como elemento del tipo no desde una perspectiva fáctico-probatoria, sino de acuerdo con la tarea social del

Derecho penal"¹⁴⁰, pues como se ha señalado el resultado por sí sólo no cumple una función probatoria (indiciaria), lo que además resulta incongruente luego de afirmar que el resultado es producto de la causalidad o azar.

12.- Crítica al resultado como criterio sobre la necesidad de la pena

Igualmente es criticable la ubicación del resultado como criterio de necesidad de la pena. Los criterios sobre la necesidad de la pena no pueden entenderse como una categoría objetiva desvinculada de la afectación del bien jurídico e independiente del criterio de «merecimiento de pena»¹⁴¹, como propone ZIELINSKI¹⁴² quien señala que la «necesidad de la pena» es influida, en cambio, también por factores que están fuera del ilícito y de la culpabilidad, dependiendo entre otras circunstancias de la indignación de la comunidad jurídica y del efecto retroactivo sobre la conciencia del autor.

Por el contrario la «necesidad de pena» es un criterio que debe interpretarse desde la óptica del principio de protección de bienes jurídicos, de forma tal "que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria"¹⁴³; por ello el resultado desvinculado de la afectación del bien jurídico, como criterio objetivo, no podría servir como criterio de la necesidad de la pena, menos aún amparado

138 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 67, agrega dicho autor (p. 68) que "puede considerarse razonable, en aras de la seguridad jurídica y por el principio de *in dubio pro libertate*, que no sea punible el hecho hasta que se cuenta con la base indiciaria del resultado".

139 MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligros y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 109.

140 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 97.

141 Así, LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1993, p. 25.

142 *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 240. También, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 70, señala el resultado como criterio de «necesidad de la pena».

143 LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1993, p. 26.

en un criterio de difícil determinación y excesiva ambigüedad como lo es el reclamo de la comunidad jurídica¹⁴⁴.

También es discutible la función de determinación de la pena que se le asigna al resultado en los delitos imprudentes, conforme tal idea la acción imprudente que pone en peligro varios bienes, a pesar de ser múltiplemente merecedora de sanción, su castigo sería únicamente el señalado para el resultado con el cual sería satisfecha la necesidad de pena. No obstante en la situación contraria, cuando la acción que pone en peligro varios bienes provoca a su vez varias lesiones, la necesidad de pena no se ve satisfecha con una única sanción sino que los diversos resultados señalan una mayor gravedad del injusto¹⁴⁵, exigiendo el castigo de las diferentes infracciones¹⁴⁶, lo que no sucedería si el resultado fuere únicamente un criterio de necesidad de la pena desligado del criterio del bien jurídico, en cuyo caso bastaría únicamente con la sanción del hecho más grave¹⁴⁷. Por último,

144 Así lo pretende ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 240, señalando: "el llevar a cabo la coacción penal no parece conveniente, sin embargo, frente a toda transgresión a la norma, sino sólo si la comunidad jurídica, por el resultado de lesión producido, reclama la reacción contra la transgresión a la norma".

145 En tal sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), «Comentarios al CP», 1997, p. 270, señala: "El concurso ideal tiene como sustrato fáctico un hecho que constituye dos o más infracciones, sin que ninguna de ella sea por sí sola capaz de abarcar la totalidad del desvalor del hecho". Sobre la pena en el concurso ideal, cfr. SANZ MORAN, en: CALDERON CEREZO (Dir.), CDJ «Unidad y pluralidad de delitos», 1995, pp. 224-228.

146 Sobre el concurso ideal de infracciones imprudentes, cfr.: LUZÓN PEÑA, en: «DP de la circulación», 2ª ed., 1990, pp. 161-166.

147 En sentido contrario, CÓRDOBA RODA, en: «Comentarios al CP», t. II, 1976, p. 351, comentando la anterior legislación, señalaba: "La causación de varios resultados típicos por obra de un acto infractor del cuidado debido, implica la existencia de una única infracción de imprudencia punible"; sin embargo, la anterior posición, que seguía la tesis del «crimen culpae», es criticada

de tal manera la responsabilidad penal sería fundamentalmente objetiva, pues dependería la imposición de la pena del resultado, que estaría desligado tanto de la imprudencia como del dolo¹⁴⁸.

13.- Inclusión del resultado en el injusto

Lo anteriormente dicho lleva a considerar que la mención del resultado tiene en el tipo penal una función que no es precisamente la de servir como medio de prueba o criterio sobre la necesidad de la pena, sino la de ser portador en el injusto del juicio de desvalor que está en la génesis de la norma. La anterior función dogmática no podría suplirse con la exigencia de un juicio de valoración que únicamente cumpliría una función político-criminal como justificación de la prohibición de la conducta, ni tampoco con el posterior juicio sobre la peligrosidad de la conducta ya sea este subjetivo o, en el mejor de los casos, objetivo.

Si se destierra el resultado a las condiciones objetivas de punibilidad, su total desvinculación de los principios de responsabilidad subjetiva y culpabilidad no le permitirían cumplir la función que debe ejercer en el injusto; a ello se sigue que tampoco sería necesario establecer una conexión entre la acción y el resultado mediante la causalidad y la imputa-

por SANZ MORAN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 215-216; también por LUZÓN PEÑA, en: «DP de la circulación», 2ª ed., 1990, p. 164, quien señala "que, en general, ello es incorrecto y que debe apreciarse un concurso ideal de infracciones culposas cuando la misma acción imprudente realiza varios tipos lesionando bienes jurídicos diversos"; 148 De manera contraria, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, 1977, p. 56, quien considera que la eliminación de la culpabilidad como exigencia de la noción dogmática de delito y su sustitución por el requisito de la necesidad de la pena, no puede ser aceptada, aunque si considera "el postular, en este orden de cosas, el que la pena deje de ser impuesta en todos aquellos casos en los que resulte innecesaria; esto es, el introducir la necesidad de la pena como una exigencia adicional a la culpabilidad".

ción objetiva del mismo¹⁴⁹.

El criterio de la peligrosidad de la conducta, tal como se dijo, no permite restringir el ámbito de lo punible y ello es especialmente patente en el caso de la teoría subjetivo-monista en la que el juicio sobre la peligrosidad de la conducta depende de la representación del autor sobre la misma¹⁵⁰, de tal manera si alguien acude resfriado a su trabajo en la esperanza de contagiar a sus compañeros sería —conforme a la tesis subjetivo-monista— punible, pues la conducta es peligrosa conforme al plan de su autor¹⁵¹; en igual sentido si desde la óptica del autor su acción conduce a lesionar un bien jurídico, sería castigada aún cuando el curso causal fuera inadecuado (tentativa irreal); con lo que no importaría que la conducta no sobrepasase el riesgo permitido o bien que objetivamente no fuere peligrosa *ex ante*¹⁵², las que no pueden menos que consi-

derarse consecuencias indeseables desde la óptica de la libertad individual.

Además, la teoría subjetivo-monista a pesar de fundar la constitución del injusto exclusivamente en el desvalor de acción, cuando se trata de decidir sobre la exclusión del injusto no considera suficiente con el valor de acción, lo que constituye una incongruencia, pues “como es sabido la fundamentación del injusto y su exclusión deben basarse en los mismos criterios puesto que se trata de las dos caras —anverso y reverso— de una misma magnitud”¹⁵³.

Si para fundamentar el injusto basta, según la teoría monista, con la realización de una conducta peligrosa desde la perspectiva de su autor, entonces sería consecuente con ello que quien actúa bajo la errónea creencia de que se dan los supuestos de una causa de justificación no cometería ilícito¹⁵⁴; sin embargo para la teoría monista aquí el desvalor de resultado si es determinante y por ello “el resultado de lesión innecesario es suficiente para asociar la pena por el ilícito anterior no excluido, si él, precisamente, habría podido ser evitado por la observancia de las exigencias de cuidado”¹⁵⁵.

Ello ha provocado que se reproche la incoherencia de tal posición pues “mientras la antijuridicidad de la acción es completamente

149 Así, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 38, quien censura “no sólo su extradición del ámbito del injusto, sino también el que no se requiera relación de causalidad alguna entre la conducta capaz de resultado (y, por ello, peligrosa) y el resultado realmente acaecido”. Tampoco en el caso del delito imprudente, en tal sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 105, señala: “Si se llega a considerar el resultado y su imputación como una mera condición objetiva de punibilidad, no es preciso exigir una especial vinculación normativa entre conducta y resultado, convirtiéndose el tipo imprudente en una mera yuxtaposición entre ambos”.

150 Así lo hacen: ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 146; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 384.

151 No es así desde la perspectiva de MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 63-64, quien además de partir de un criterio objetivo sobre la peligrosidad, también exige su imputación objetiva.

152 Con relación a la tentativa, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 28, critica tal tesis indicando: “Esas conductas concretas —y de conductas concretas se trata aquí— son inofensivas para una concepción del injusto que exija en la conducta concreta de lesión o puesta en peligro concreto de un bien. Esas conductas tal cual aparecen y surgen en el mundo de

la realidad, carecen de toda virtualidad lesiva. Sólo en la creencia del autor tienen tales conductas carácter típico”.

153 HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 93. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963, p. 34.

154 MAURACH/ZIPF, *DP, PG*, 1994, p. 272, lo considera el desarrollo consecuente de los principios monistas, criticando el innegable peligro “de una subjetivización de las causales de justificación, con lo cual lo decisivo no sería la existencia objetiva de la situación justificante, sino el convencimiento subjetivo del autor sobre la existencia de una causal de justificación”.

155 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 338.

independiente de la producción de la lesión del bien, se hace en cambio depender la justificación de la producción real de un resultado exterior positivo, a saber, la evitación de un ataque, etc.¹⁵⁶; situación que no sólo socava los fundamentos de un injusto monista, sino que también sirve de apoyo a quienes propugnan la idea de un injusto dualista pero con un marcado acento en lo objetivo, afirmando que “en estos casos, la lesión del bien jurídico (desvalor de resultado) fundamenta la antijuricidad del hecho, pese a que falta el desvalor de acción”¹⁵⁷.

Las anteriores críticas conducen a la formulación de un injusto compuesto tanto por el desvalor de resultado como por el desvalor de acción, que tendría como origen una norma penal que presenta tanto una faceta valorativa como imperativa. De tal manera si bien la norma como imperativo constituye el fundamento para la existencia de un desvalor de acción en el injusto, por otra parte no puede ignorarse que el contenido material de la antijuricidad lo constituye la protección de bienes jurídicos¹⁵⁸, por ello si se prohíben u ordenan determinadas conductas es por su carácter lesivo para el bien jurídico¹⁵⁹ y así desde “ese primer momento valorativo, el resultado aparece en

el injusto, como elemento constitutivo del mismo, determinando qué conductas va a prohibir u ordenar la norma”¹⁶⁰; de allí que lejos de existir un divorcio entre acción y resultado, como pretende la teoría monista, es cierto que tanto la legislación como el sentir común, tachado por dichas teorías de irracional¹⁶¹, permite establecer una unión entre ambos conceptos, de manera tal que si bien es cierto que no se puede prohibir la sola causación de resultados¹⁶², si resulta posible sancionar dichos resultados cuando son imputables a acciones dolosas o imprudentes¹⁶³.

Así entonces, se puede afirmar que las “normas jurídicas prohíben primariamente causar evitablemente resultados mediante acciones humanas dolosas o imprudentes (esquemáticamente: se dice «prohibido matar» y no «prohibido intentar o poder matar»), y ya secundariamente se plantean también prohibir la tentativa o los delitos de peligro”¹⁶⁴; conforme a lo anterior en el delito consumado de lesión no se castiga la conducta peligrosa (intentar matar) sino aquella que lesiona el bien jurídico (el matar) y únicamente mediante el

156 SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963, p. 38, ampliando además dicho autor la argumentación con la consideración de los delitos de omisión impropia, pp. 39-55.

157 RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP, PG*, 1978, p. 335.

158 Así, entre otros, cfr.: JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, p. 211; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 130; LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, pp. 323-324; ROXIN, *PG*, 1997, pp. 558-562; MIR PUIG, *DP, PG*, 5ª ed., 1998, pp. 122-123; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 4ª ed., 2000, p. 343; QUINTERO OLIVARES, *Manual DP, PG*, 2ª ed., 2000, p. 276.

159 LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 324; también del mismo autor, *Voz: Antijuricidad*, en EJB-I, 1995, p. 472, quien define más amplia y precisamente la antijuricidad material indicándola como “lesión o puesta en peligro reprobables (y graves) de un bien jurídico protegido en concreto y del propio Derecho”.

160 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, pp. 130-131. También HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, p. 69, señala “que el desvalor de resultado se incardina ya, desde un primer momento, en el injusto, constituyéndolo junto al desvalor de acción”.

161 Así, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, pp. 234-235: “La orientación fáctica al resultado de la teoría jurídico-penal y de la praxis es un fenómeno jurídico-real, cuyo origen y repercusión puede ser, por cierto altamente irracional y emocional, pero que no por eso tiene una existencia menos real”.

162 En tal sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 336, señala: “sin desvalor de acción, por mucho que haya desvalor del resultado, no puede haber antijuricidad”.

163 ROXIN, *PG*, 1997, p. 324: “Por tanto, en Derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción; pero perfectamente se puede prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido”.

164 LUZÓN PEÑA, *Voz: Antijuricidad*, en EJB-I, 1995, p. 475.

castigo expreso de las formas imperfectas y delitos de peligro se llega al castigo de la acción peligrosa; no como sostienen las teorías monistas que parten de la tentativa acabada como prototipo de injusto y explicando la mayor penalidad del delito consumado mediante un criterio de necesidad de pena.

Por consiguiente, tanto el desvalor de resultado como el desvalor de acción conforman el injusto y entre ambos se establece un vínculo que permite asociar acción y resultado mediante un doble juicio: el de causalidad (lógico-real) y la imputación objetiva (normativo)¹⁶⁵. Por ello no resulta correcto considerar que la producción del resultado sea algo fortuito, azaroso o casual¹⁶⁶, pues precisamente las teorías sobre la causalidad y, modernamente, la imputación objetiva demuestran un continuo esfuerzo de la dogmática penal dirigido a cimentar científicamente la unión entre acción y resultado, excluyendo la atribución de resultados casuales o fortuitos¹⁶⁷, de ma-

nera tal que los resultados fortuitos no serían típicos o, si se prefiere, los resultados típicos no serían casuales¹⁶⁸.

Según lo anterior, se puede hablar de que el resultado no resulta casual cuando es una consecuencia de la acción (causalidad) previsible (imputable objetivamente), aun cuando su producción no sea desde la perspectiva *ex ante* absolutamente segura, pues siempre quedan condiciones que escapan al autor de la acción y entonces, desde tal perspectiva el resultado, podría considerarse en alguna medida, a menudo escasa y a veces determinante, influido por la casualidad¹⁶⁹.

En sentido contrario, lo que sí se puede considerar casual es la falta de producción del resultado¹⁷⁰, a veces indicativa de una menor energía criminal del autor¹⁷¹, aunque tampoco se podría concluir de lo anterior que “el pensar en resultados concomitantes puede conducir de hecho a minar solapadamente la disposi-

165 Por el contrario ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 152, señala que “falta toda relación entre estas condiciones de la capacidad de resultado y la finalidad y dado que es la finalidad la que funda exclusivamente el disvalor de acción, no es pensable ninguna relación directa entre ese disvalor de resultado y el disvalor de acción, que sea apropiada para explicar una elevación del disvalor de acción por el disvalor de resultado. Este disvalor de resultado está ubicado, necesariamente, de modo autónomo junto al disvalor de acción”.

166 ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990, p. 137; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2ª ed., 1996, p. 356; CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p.156.

167 Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 132, señala: “El fin último de toda la teoría de la imputación (tanto la imputación objetiva, como la subjetiva y los criterios para determinar la autoría) es precisamente el de rechazar aquellos resultados que no «pertenece» a la acción y al autor, que no son «obra suya» sino del azar”. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Voz: Antijuridicidad*, en EJB-I, 1995, p. 475; señala: “la producción o no del resultado no es obra del azar, puesto que no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo si hay imputación objetiva del mismo a la acción, o sea, sólo de aquel resultado que jurídicamente sea precisamente «obra de la acción»

y no del azar”. Cfr. también HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 63.

168 En sentido contrario se manifiesta CEREZO MIR, *Curso-II*, 6ª ed., 1998, p. 105, quien parte de la limitada capacidad de prever y dirigir los cursos causales, y por ello afirma: “Ya no se prohíbe toda acción finalista dirigida a la producción del resultado delictivo, sino solo las acciones finalistas que al mismo tiempo sean peligrosas, es decir, en las que aparezca *ex ante* la producción del resultado como una consecuencia no absolutamente improbable”. También DORNSEIFER, *DocP*, 49-52, 1990, p. 148, señala: “El dogma de la causación, deducido a partir de las «ciencias sociales», recuerda a los felices estados primitivos”.

169 Así, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 163-164; en igual sentido DENCKER, *DocP*, 13-1990, p.120, considera «poco feliz» designar a la realización del resultado «momento de la casualidad» y por ello sostiene que “la producción o la no producción del resultado después de la acción ejecutada por completo ya no depende del yo dirigido responsablemente por el autor, sino de otras instancias (acción de terceros, influencia de la naturaleza, etc.), que escapan del poder del autor”; también sobre el punto cfr. MAURACH/ZIPF, *DP, PG*, 1994, p. 273.

170 Así: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 132.

171 ROXIN, *PG*, 1997, p. 325.

ción al cumplimiento, porque, en la ejecución de la acción, siempre se puede esperar que se produzca la feliz casualidad de que no acaezca el resultado realmente portador del ilícito¹⁷². No es así pues en las figuras que exigen la producción de un resultado la falta de producción del mismo, por circunstancias ajenas al autor, es castigada como tentativa y además la función motivadora de la norma se presenta antes de la producción del resultado, lo que también es aceptado desde la perspectiva dualista del injusto, y de allí que quien realiza la acción peligrosa para el bien jurídico es consciente de que la norma le exige un actuar diverso, con lo que la función motivadora no sufre ningún menoscabo en estos casos¹⁷³.

La importancia del desvalor de resultado se manifiesta particularmente en los delitos de resultado, en los cuales el legislador exige una modificación del mundo exterior, perceptible tanto sensorial como intelectualmente, consecuencia de la acción y distinguible de ésta y principalmente en los delitos puros de resultado en que la conducta se define exclusivamente en virtud de la producción de un resultado sin especificar la forma de comisión o de actuación (como sucede en delitos de resultado con modalidades limitadas de ejecución¹⁷⁴). Así entonces, en los delitos de resultado la exigencia de un resultado típico es el criterio que permite señalar la continua progresión de la acción desde el inicio de los actos de ejecución hasta la consumación¹⁷⁵, de tal manera,

por ejemplo, sólo desde la perspectiva de la muerte de una persona es posible determinar el inicio de ejecución o la consumación de la figura de homicidio (art. 111 CP). Por último, de lo dicho se desprende que el resultado determina el alcance de la norma de conducta, pues las conductas adecuadas a Derecho son aquellas que, conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no provocan el desvalor de resultado señalado en el tipo penal¹⁷⁶.

Igual sucede con respecto al tipo subjetivo ya que éste es un concepto relacionado y orientado al resultado; el resultado es quien le da sentido al tipo subjetivo, sin éste carecería de sustancia¹⁷⁷. Por ello puede decirse que “dado que la producción del resultado desvalorado (de lesión o de peligro para bienes jurídicos) es lo que pretende evitar la norma, el desvalor de la acción –dolo o imprudencia– no esta desconectado, sino que ha de referirse precisamente al desvalor del resultado, lo que contradice la concepción del resultado como condición objetiva del punibilidad”¹⁷⁸.

En el delito doloso de resultado, sería imposible concebir el dolo sin la referencia al resultado, pues “el resultado (el cadáver, la herida) no es más que una plasmación en el mundo real de la conducta dolosa”¹⁷⁹. Pero si se fundamenta el injusto únicamente en el desvalor de acción, conforme a la teoría monista, el dolo sólo tendría que abarcar la peligrosidad de la conducta y con ello no se distin-

172 DORNSEIFER, DocP, 49-52, 1990, p. 148.

173 En tal sentido LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, pp. 502-503, señala: “sólo cuando resulte previsible para cualquier ciudadano –o en su caso, profesional-cuidadoso que la conducta puede realizar un hecho típico, habrá razón para apreciar una mínima posibilidad o peligro de ello y por tanto para evitarlo o controlarlo”.

174 Sobre el punto, v. LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, pp. 307-308.

175 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, pp. 93-94: “El tipo nos dice desde y hasta donde es relevante una acción para el Derecho penal”.

176 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 113: “El resultado sólo es relevante para el Derecho penal como «actualización» o «plasmación concreta» de la legitimación de la prohibición o del mandato”.

177 STRUENSEE, ADPCP, 1990, p. 935: “El tipo subjetivo es «un concepto de referencia orientado al concepto de resultado, sin el cual sería un esquema descolorido y amorfo”.

178 LUZÓN PEÑA, *Voz: Antijuridicidad*, en EJB-I, 1995, p. 475.

179 FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995*, 1997, p. 96.

guiría el dolo de los delitos de peligro concreto y el dolo de los delitos de resultado, pues lejos de considerar el dolo de peligro como un estadio previo a la lesión, con lo que el dolo de lesión contendría al dolo de peligro, se llegaría a la conclusión de que el dolo de peligro hace innecesario el dolo de lesión, lo que resulta una solución inaceptable pues “supone una excesiva ampliación del ámbito del dolo y, por tanto, de la responsabilidad penal”¹⁸⁰.

De igual manera, en el tipo imprudente la situación no es diversa y por el contrario es aún más acentuada, pues legalmente sólo el hecho consumado tiene castigo. Además la norma de cuidado y el deber de cuidado, que de ésta se deriva, sólo tienen sentido respecto a la protección de bienes jurídicos con lo que se señala la importancia del desvalor de resultado; así entonces el resultado marca también los límites del riesgo permitido, pues, por ejemplo, no sería lo mismo el cuidado exigido cuando hay riesgo de dañar un objeto que cuando hay riesgo para la vida¹⁸¹.

A lo anterior, cabría agregar que la inclusión del desvalor de resultado en el injusto no conlleva ninguna afectación tanto al principio de responsabilidad subjetiva como a la culpabilidad, según critican la tesis monista, por el contrario su exclusión y relegación a condición objetiva de punibilidad si conduce a la responsabilidad objetiva, pues en tanto no es elemento del injusto no debe ser abarcado por el dolo, ni tampoco tendría trascendencia alguna respecto a la culpabilidad y no obstante sería un factor que determinaría la pena a imponer,

especialmente en la tentativa, cuya pena puede ser menor que en el delito consumado (art. 73 CP). Lo mismo se podría decir respecto a la imprudencia, implicando la ausencia de resultado la impunidad de la conducta¹⁸², aunque ello no significa que la producción del resultado sea lo esencial del injusto¹⁸³.

De allí que es correcta la posición del desvalor de resultado en el injusto y que el mismo deba ser abarcado por el dolo.

180 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, 1994, p. 58.

181 Así, LUZÓN PEÑA, *Curso*, 1996, p. 504; señala: “Los límites del riesgo autorizado o permitido varían de unas actividades a otras en función de una ponderación de intereses entre, por una parte, el valor de los bienes jurídicos amenazados, el grado de peligro que corren y las posibilidades de control y, por otra, la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa”. En el mismo sentido, cfr. JESCHECK, *Tratado PG*, 4ª ed., 1993, pp. 524-529.

182 En tal sentido, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 63.

183 QUINTERO OLIVARES, *Manual DP, PG*, 2ª ed., 2000, p. 289.

**POLÍTICA CRIMINAL, DOGMATICA PENAL Y
PRINCIPIOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO
Y SOCIAL DE DERECHO:
EL IMPACTO DEL DERECHO PENAL MODERNO
Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Msc. Diana Montero Montero

- **Resumen:** Tradicionalmente el Derecho Penal y su aplicación habían estado caracterizados por principios que limitaban el ejercicio del ius puniendi estatal y que pretendían garantizar el respeto a la persona sometida a un proceso penal. Sin embargo, actuales corrientes han venido deteriorando estos principios, sea desvirtuándolos de su sentido original, sea desapareciéndolos del todo, generando una expansión del sistema penal y limitando los derechos fundamentales de las personas
- **Palabras clave:** Política criminal. Dogmática Penal. Expansión del Derecho Penal. Democracia. Derecho Penal Moderno. Derecho Penal del Enemigo.
- **Abstract:** Traditionally Criminal Law and its application had been characterized by principles that limited the exercise of state punishment and sought to ensure respect for the person subjected to criminal proceedings. However, current trends have been deteriorating these principles, either by depriving them of their original meaning, or by completely disappearing them, by generating an expansion of the penal system and by limiting the fundamental rights of the people.
- **Keywords:** Criminal policy. Dogmatic Penalty. Expansion of Criminal Law. Democracy. Modern Criminal Law. Criminal Law of the Enemy.
- **Sumario:** Introducción. I- Política Criminal y Derecho Penal II- Derecho Penal Moderno. i-Principios del Derecho Penal Liberal. ii- La desnaturalización de los principios del Derecho Penal Liberal. iii- Impacto del Derecho Penal Moderno en el ámbito nacional. III- Derecho Penal Del Enemigo i- La perspectiva de Jacobs. ii- Algunas observaciones a la doctrina del Derecho Penal del Enemigo y ejemplos en la práctica nacional.

Introducción

El Derecho Penal ha sufrido en las últimas décadas serias transformaciones que obligan a replantear la forma en que las decisiones propias de la política criminal están impactando en el aspecto sustantivo y procesal. Para ello, resulta necesario entender las particularidades de ambos y su origen, para poder analizar posteriormente como tendencias actuales han venido erosionando su sentido y fin original.

I- Política Criminal y Derecho Penal

La perspectiva de Franz von Liszt sobre la Política Criminal y el Derecho Penal se encuentra claramente resumida en la obra de Claus Roxin, "Política criminal y sistema del Derecho Penal", obra en la cual se desarrolla un detallado análisis de la relación entre ambas disciplinas. Al referirse a ambas, Roxin señala que:

*"En este doble carácter de la «ciencia universal del Derecho penal», fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho Penal; mientras que al Derecho Penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del Leviathan del Estado."*¹

Roxin explica como la meta de la Política criminal corresponde a la "idea de fin en Derecho Penal". En cambio, el Derecho Penal, es una forma de proteger al individuo que aten-

ta contra la comunidad, garantizando que en caso de ser castigado, esto ocurrirá solo bajo los presupuestos y límites legales. Por ello el Derecho Penal no solo es diferente a la política criminal sino que incluso es contrario a esta.²

Sin embargo, el propio Roxin crítica la perspectiva expuesta por von Liszt señalando dos objeciones importantes:

- No necesariamente la teoría del delito garantiza una jurisprudencia racional y uniforme que asegure la seguridad jurídica. Lejos de ello se cuestiona si "...no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico".³
- Al estar separada la política-criminal de la dogmática, pueden darse resultados injustos, aunque uniformes e inequívocos.

Por ello, Roxin se pregunta:

*"¿para que sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal 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 político-criminalmente, 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."*⁴

Ejemplifica entonces esta perspectiva citando las posiciones de Jescheck y Schaffs-

1 Roxin, Claus (2000). **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, pp. 32

2 Roxin (2000), pp. 32- 33

3 Roxin (2000), p. 36

4 Roxin (2000), p. 37

tein destacando el punto de acuerdo que en cuanto a este tema tienen ambos autores, que reconocen la posibilidad de corregir las soluciones dogmático- conceptuales mediante la valoración político-criminal discrepante.⁵

Para Roxin, que la solución al problema que plantea es que las valoraciones del ámbito político criminal se incorporen al sistema del Derecho Penal, de manera que el Derecho y la política criminal no se contradigan, sino que se sinteticen. A partir de estas conclusiones, Roxin realiza una propuesta para lograr una unidad de ambas disciplinas que abarque incluso la teoría del delito.⁶

Ahora bien, perspectivas como la expuesta por Roxin han ido impregnando el estudio y aplicación del Derecho Penal, provocando que los límites que antes se encontraban bien definidos entre ambas áreas, se hayan vuelto difusos (por no decir confusos), con el consecuente debilitamiento de las garantías propias del Derecho Penal sustantivo, y por supuesto, del procesal.

Otro autor que analiza el tema es el español Silva Sánchez quien también realiza su exposición a partir del análisis de los aportes de Von Liszt, reconociendo las facetas del autor alemán como dogmático y como político criminal.⁷ Este último aspecto se caracterizó como una ideología terapéutica que buscaba una “*eficaz represión de la criminalidad*” en detrimento de los principios de seguridad jurídica y culpabilidad⁸. Sin embargo, como bien señala Silva Sánchez la acogida por parte de los regímenes totalitarios de la política criminal intervencionista-terapéutica hizo ver que esta perspectiva no resultaba ni progresista ni

humanista, y que la referencia a las funciones socio terapéuticas del Derecho Penal provocaba su expansión.⁹

Pero, a partir de los años 50 y 60 del Siglo XX, según indica Silva Sanchez se plantea un retorno al pensamiento de Von Liszt y la función socio-terapéutica del Derecho Penal vuelve a cobrar vigencia, siendo que se complementó con los ejes de la eficacia y las garantías, pero a la larga, se ha diluido la fe en la resocialización y en las garantías. Por ello, indica Silva Sánchez:

“En cambio, se ha ido asentando una política criminal “práctica” de orientación intimidatoria e innocuizadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo. Seguramente no es exagerado afirmar que, con ello, la situación del Derecho Penal se está haciendo insostenible. Ahora más que nunca debe, pues, hacerse hincapié en la necesidad de orientar la política criminal a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona”¹⁰

Recordemos que estos principios son aquellos reconocidos como los propios de un Estado Democrático y social de Derecho, ya que en un sistema democrático el ser humano es el eje central. Por ello se ha dicho reiteradamente que la Democracia es un sistema de medios, no de fines, pues los medios que se utilicen para alcanzar cualquier fin en un sistema democrático deben ser respetuosos de la persona y su dignidad.¹¹ Por lo tanto, ante una política criminal en la cual se pretende conculcar los derechos fundamentales de las personas, alegando que esto obedece a lograr una pretendida seguridad ciudadana,

5 Jescheck y Schaffstein citado en Roxin (2000), p. 38

6 Roxin (2000), pp. 50-51

7 Silva Sánchez, Jesús-María (2000). **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L., p. 16

8 Ehret citando a Von Liszt en Silva Sánchez (2000), cita 8, p. 17.

9 Silva Sánchez (2000), p. 18

10 Silva Sánchez (2000), pp. 20-21

11 Rodee, Carlton, Anderson Totton y Christol, Carl. La filosofía de la Democracia. En: Volio, Fernando. Democracia, valores y principios. San José, Editorial Libro Libre, 1986, pp. 35-36

valga recordar la frase de Franklin quien decía que la sociedad que entrega sus derechos a cambio de la seguridad, no merece ni la seguridad ni los derechos. Así, acertadamente indica Antillón Montealegre:

*“Y ¿qué ha dispuesto hacer el Estado para salvar a todos estos buenos padres de familia que piden ansiosamente seguridad? (...) lo que ya nos está ocurriendo en Costa Rica y en toda Centroamérica es que el Estado se colocó en posición que le permite atropellarnos legalmente, con la excusa de evitar que nos atropellen los delincuentes”.*¹²

Ahora bien, retomando la perspectiva de Silva Sánchez, éste indica que la política criminal tiene dos aspectos, uno práctico (el cual se refiere al conjunto de actividades tendientes a proteger a los individuos y sociedades para prevenir el delito) y otro teórico (relativo a los principios teóricos que le brindan base racional a esa praxis. Aclara entonces Silva Sánchez que el Derecho Penal es la expresión de una política criminal, de manera que la definición de los fines del Derecho Penal y los medios para alcanzarlos hacen referencia a una discusión de política-criminal, la cual es la que en definitiva, produce la reforma del Derecho Penal.¹³

Es así que entre los aspectos que desarrolla la política criminal se encuentran:¹⁴

- La definición de los delitos, tanto por la escogencia de los bienes jurídicos como las conductas que deben considerarse relevantes para el Derecho Penal.

- La determinación de cómo es el delito, es decir, “sus rasgos estructurales característicos”.

Por lo tanto, encontramos que existe una fuerte tendencia en la doctrina a unificar las funciones de la Política Criminal con las del Derecho Penal y en particular con la Dogmática Penal, y como expuso Silva Sánchez la Política Criminal actual propicia la expansión del Derecho Penal.

Valga agregar otro elemento que contribuye a esta expansión del Derecho Penal, señalado por Antillón Montealegre, quien explica claramente como la desaparición de las garantías obedece a la batalla entre autoritarismo y democracia, la cual ha retomado fuerza en razón de la desaparición de lo que denomina el Socialismo Real, que ha permitido que la ideología Neoliberal sea la única vigente:

*“Es entonces el momento de ajustar las cuentas con los restos del Estado de Bienestar y de las ideologías de izquierda y aún de centro-izquierda, es el momento propicio de sofocar todo disenso político; y en el campo penal y procesal penal, es el momento de eliminar los frenos legales y hermeneúticos establecidos por los sistemas garantistas.”*¹⁵

Dentro de estas perspectivas, encontramos tendencias como el Derecho Penal Moderno y el Derecho Penal del Enemigo, las cuales analizaremos a continuación para observar cómo han impactado en la nueva “política criminal”.

II. Derecho Penal Moderno

i- Principios del Derecho Penal Liberal

Conforme a la perspectiva del Derecho Penal Liberal, el cual opera como un mecanismo de garantía, la *ultima ratio* ante conflictos

12 Antillón Montealegre, Walter (2012). El discurso de la seguridad Ciudadana en las recientes reformas procesales. En: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Compilado por Chinchilla Calderón, Rosaura. 1ª. Edición. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., p. 25

13 Silva Sánchez (2000), pp. 22-23

14 Silva Sánchez (2000), pp. 23-24

15 Antillón Montealegre, Walter (2012). p. 24

sociales de extrema gravedad, existen principios, con los cuales se generan límites a la violencia intrínseca al sistema penal. Explica el autor alemán Hassemer la filosofía política de la Ilustración y su impacto en el Derecho Penal, señalando como a través de la Teoría del conocimiento y por ende, mediante el uso de la razón se superó el Derecho Natural puro, dando paso a un Derecho Penal racionalista. Posteriormente, se incorporan desde la filosofía política las tesis contractualistas y a la filosofía del Derecho Penal, se aplican los principios necesarios para el aseguramiento de la libertad.¹⁶ Entre estos, principios se encuentran:¹⁷

- El principio de legalidad (el cual permite saber con claridad cuales conductas pueden ser perseguidas penalmente así como las consecuencias de incurrir en ellas).
- La orientación a las consecuencias (es decir, se responde por el daño causado, de manera que la gravedad de la pena debe ser superior al beneficio obtenido con la comisión del delito generando así un efecto de prevención que se complementa con las teorías resocializadoras y con principios como el de proporcionalidad y respeto a la dignidad humana),
- La protección de bienes jurídicos de manera que la protección penal deviene ilegítima si trata ideología social y,
- La formalización del control social jurídico penal en relación con sus tres elementos (el uso de la norma, la determinación de la sanción y la definición del proceso a seguir), de manera que dentro de lo posible

proteja los derechos humanos de quienes de una manera u otra han estado involucrados en los casos más graves. Según indica Hassemer, la formalización obliga a que exista transparencia y claridad en los instrumentos jurídico-penales así como la aplicación de principios valorativos muy variados como derecho de defensa técnica, acceso a la justicia, proporcionalidad, in dubio pro reo, etc.¹⁸ Como vemos, se trata de los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

ii- La desnaturalización de los principios del Derecho Penal Liberal

Pero en el Derecho Penal Moderno, han operado cambios que hacen que algunos aspectos de estos principios operen más bien como mecanismos de expansión, pues lejos de limitar la violencia institucionalizada que forman parte del Derecho Penal, han servido para justificar la ampliación de su marco de acción y la profundidad del mismo. Al respecto Hassemer comenta este cambio que ha operado, señalando que:¹⁹

- A fin de proteger bienes jurídicos, cada vez más conductas se penalizan y se intimida a la población mediante el anuncio de la sanción penal.
- Actualmente, se parte de criterios preventivos, aplicando agravantes en los marcos penales, medios coactivos de investigación y utilización del testigo de la corona. Con ello se desvirtua la idea de un trato igualitario a partir de la gravedad del ilícito y de la culpabilidad.
- El derecho penal sigue un esquema de orientación a las consecuencias y se pre-

16 Hassemer, Winfried (1999). Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación e Derecho Penal. Valencia, 1999, Editorial Tirant lo Blanch alternativa, pp. 20-24

17 Hassemer, 1999, Filosofía del Derecho ..., pp. 24-29

18 Hassemer, 1999, Filosofía del Derecho ..., p. 29

19 Hassemer, Winfried (1999) Viejo y Nuevo derecho penal. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch alternativa, pp. 47-51

tende utilizarlo como un instrumento para la educación de la sociedad, ya que se incluyen en su marco de acción temas que no son propios de la reacción pena, pero se incorporan a esta para captar atención. Debido a este cambio de perspectiva, la condición de *ultima ratio* del Derecho Penal se ha perdido, pues este se ha visualizado como un medio para lograr soluciones a problemas sociales.

Las manifestaciones de cambios generadas por el Derecho Penal Moderno se evidencian en aspectos concretos que Hassemer señala:²⁰

- Celeridad y urgencia para atacar los problemas difundidos por los medios de comunicación.
- Protección de bienes jurídicos universales en lugar de los tradicionales.
- Utilización de delitos de peligros abstracto, en los cuales basta una conducta para aplicar pena independientemente de que no exista resultado y menos nexo de causalidad.
- Eliminación de los distintos niveles de imputación jurídico-penal.²¹
- Por otra parte, en el ámbito procesal penal las reformas tienden a abaratar, desformalizar y acortar el proceso, afectando el ejercicio de la defensa material y técnica.

20 Hassemer, 1999, Filosofía del Derecho ..., pp. 30-31

21 Hassemer ha señalado que "La teoría de la imputación en derecho penal responde, según nuestra interpretación actual, a la cuestión de cuándo y bajo qué condiciones se puede establecer una relación, penalmente relevante, entre una persona y un suceso, de manera que a esa personas les pueda aplicar una sanción penal". Así en: Hassemer, Winfried (1999). Personas, mundo y responsabilidad. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch alternativa, p. 157

Respecto al tema, Silva Sánchez ha señalado que:

*"... no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásica del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de la imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión»."*²²

iii- Impacto del Derecho Penal Moderno en el ámbito nacional

En el ámbito nacional vemos como las garantías del Derecho Penal Liberal se han debilitado enormemente y en algunos casos, prácticamente la tendencia es su desaparición, pues se ha pretendido que se adapten a los fines y usos que respecto a problemas sociales, les asigne el legislador. Chirino Sánchez, señala que bajo el concepto de Derecho Penal Moderno, se encuentra una variedad de aspectos, entre los cuales destaca el que recién mencionamos:

"Quien plantea el concepto de derecho penal moderno como su tema de estudio, entonces, choca sin duda con un panorama complejo, lleno de paisajes diversos, usos «prácticos» del instrumental jurídico

22 Silva Sánchez, Jesús-María (2001). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas Ediciones S.L., p. 20

*y procesal del derecho represivo, un cierto uso “pragmático” de la política criminal y una coyuntura histórica que revela, en primer lugar, un retroceso en materia de garantías y principios jurídicos de verdadera naturaleza indisponible”.*²³

Por lo tanto, resulta evidente que en el Derecho penal moderno, no caben los principios limitadores del “ius puniendi” estatal, ya que estos principios impedirían que el derecho penal asuma la función que le ha sido asignada como tecnología de solución de problemas sociales:

*“El derecho penal “moderno”, así entendido, implica una huida de las tradiciones liberales que caracterizaron a este saber. El “espíritu de los tiempos” parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho y la instrumentalización de las garantías, de tal manera que resulten dúctiles y adecuadas a diversas operaciones de la persona legisladora. Esta “funcionalización” aleja al derecho penal de sus tradicionales principios limitadores que resultan, a la postre, demasiado rígidos y costosos para los resultados que se pretenden, en una utilización normativa de los instrumentos punitivos para atender un amplio espectro de problemas sociales”.*²⁴

Encontramos ejemplos de la violación de estos principios aplicado al Derecho Penal costarricense en la creación de diversas leyes que buscan proteger bienes jurídicos que no son de carácter individual, sino universales como ocurre por ejemplo, con las leyes en materia ambiental o de drogas. En estas nuevas normativas, (a diferencia de lo que ocurría en

los tipos del Derecho Penal Clásico, cuyos bienes jurídicos eran la vida, la integridad física, la propiedad entre otros y por ende resultaba evidente cuál era el bien jurídico protegido y quien era el titular de ese bien), el tema del bien jurídico es motivo de discusión y crítica ante la amplitud que presenta, como analizaremos a continuación.

Los bienes jurídicos que recogen delitos relacionados con el ambiente o las drogas, son de descripción ambigua, confusa o sumamente amplia, y en la totalidad de los casos no se puede mencionar al titular de estos más allá de un colectivo. Si examinamos la Ley de Psicotrópicos, veremos que contempla como bien jurídico la Salud Pública, pero, decir en qué consiste exactamente la Salud Pública, y quién es el titular de ésta, no es nada sencillo. Así por ejemplo, si contrastamos el bien jurídico “Salud Pública” con el de la “Propiedad” resulta evidente que es fácil definir este último concepto, pero no así el primero, precisamente por su carácter general, o universal si se quiere. Además, si el bien jurídico protegido en la Salud Pública hace referencia a proteger la salud de las personas, en una discusión con una perspectiva diferente, pero no por ello menos importante e interesante deberíamos preguntarnos: Si existe una auténtica preocupación por la “salud pública”, y se protege este bien jurídico para que no existan enfermedades que afecten a las personas y deterioren sus condiciones físicas y mentales, ¿por qué el legislador otorgó a algunas drogas el carácter de legales, tal y como ocurre con el alcohol o el tabaco, a pesar de las graves consecuencias que producen en quienes las consumen? Si de proteger la salud pública se trata, estas drogas legales, al igual que las drogas ilegales, lesionan ese bien jurídico tan huidizo y difícil de definir. Circunstancias como las recién mencionadas resultan en detrimento de los principios del Derecho Penal Liberal, y han sido analizadas por diversos sectores de la

23 Chirino Sánchez, Alfredo (2009), El derecho penal “moderno” y la política criminal en Costa Rica hoy. En: Colecciones Derecho y Justicia, Heredia, Escuela Judicial, p. 82

24 Chirino Sánchez, Alfredo (2009), El derecho penal “moderno”..., p. 80

doctrina, reconociendo en general que la situación existe, y aunque algunos los consideran como altamente gravoso para un Derecho Penal propio de un sistema democrático, otros lo valoran como una realidad a la cual se le pueden aplicar correctivos para evitar los excesos del nuevo derecho.²⁵

Otro ejemplo de aplicación del Derecho Penal Moderno son las leyes relativas a delitos ambientales, las cuales tienen en el ambiente o en los recursos naturales, su bien jurídico el cual, al igual que ocurre con la Salud Pública, son de difícil definición. Además, podemos percibir su vinculación con el Derecho Penal Moderno, si analizamos brevemente la doctrina referente a este tipo de delincuencia. Así por ejemplo, al momento de analizar este tipo de delito, se señala lo siguiente:

*En la legislación nacional, el daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.*²⁶

25 Respecto a diversas posiciones ver: i. Corcoy Bidasolo Mirentxu (2007) Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales y Derecho Penal Mínimo. En: "En: Derecho Penal del Siglo XXI. Director Santiago Mir Puig. Barcelona: Consejo General del Poder Judicial, 2007. ii-Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Chang Mora, Gustavo (2004). Derecho Penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho Penal Moderno. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. San José, Editorial Jurídica Continental.

26 Mauri Carabaguías, Carolina y otros(2010).. Manual de Juzgamiento de Delitos Ambientales Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR, p. 19. En <http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/publicaciones/manuales%20derecho%20ambiental/juzgamiento%20costa%20rica%20final.pdf> el 21 de abril del 2013 a las 14:18 hrs.

Como se desprende de esta idea, se percibe a la persecución penal como un mecanismo para resolver tanto problemas sociales y económicos, como culturales y éticos. Incluso, conforme se indica en la introducción de la publicación en comentario, se pretende que el juzgador asuma en relación con este tipo de delitos, un papel que trasciende el que corresponde a su función conforme a la división de funciones propia de un Estado de Derecho, es decir que se le exige más allá de la potestad jurisdiccional de dictar el derecho aplicable para la solución de un conflicto, asumiendo un rol que no le corresponde, como se desprende del extracto que citamos a continuación:

“Es importante que la función del juez en la aplicación del derecho penal ambiental adquiera un papel más proactivo en liderar cambios de conductas y establecer precedentes para disuadir la comisión de delitos y prevenir el daño ambiental.”²⁷ (La negrita no es del original).

Además, actualmente se pretenden crear delitos, sin que exista un bien jurídico real que proteger, como se puede notar a simple vista con la noticia recientemente publicada de que se ha planteado a la Asamblea Legislativa por parte del Poder Ejecutivo un proyecto de reforma a la Ley de Armas y Explosivos, dentro del cual se pretende sancionar con penas de seis meses a tres años de prisión, a quien ¡porte armas de juguete!²⁸ ¿Qué bien jurídico se lesiona con esta conducta? La respuesta es sencilla: ninguno. Sin embargo el argumento presentado por el Ministro de Seguridad, para

En esta misma publicación, en la página 11 encontramos la siguiente cita, propia del Derecho Penal preventivo, pues se indica *“El Derecho Ambiental se caracteriza por su tendencia a la prevención del daño, que se ha conceptualizado como un principio básico en esta materia.”*

27 Mauri Carabaguías, (2010), p. 5.

28 “Gobierno busca meter a la cárcel a quien tenga armas de juguete.” La Nación, domingo 21 de abril del 2013, p. 16A

plantear esta increíble propuesta, es que un 30% de los robos son cometidos con armas de juguete. De manera que por esta estadística, todos los ciudadanos que porten un arma de juguete deben ser, a criterio del Poder Ejecutivo, sancionados con una pena privativa de libertad, que va de seis meses a tres años de prisión, independientemente de que no la vayan a utilizar para cometer un robo. Obviamente, propuestas legislativas como estas, si se llegan a consolidar como legislación, atentan contra el carácter fragmentario del Derecho Penal, conforme al cual, solo las conductas que producen graves lesiones a bienes jurídicos de importancia pueden ser objeto de sanciones penales.

Otro aspecto que encontramos se ha generado en razón de los cambios propios del Derecho Penal Moderno, es la desaparición de los distintos niveles de imputación penal, aspecto este al cual Hassemmer se refiere, como mencionamos anteriormente.²⁹ Conforme al Derecho Penal Liberal y sus garantías, resultaban claras las diferencias entre los autores y partícipes (por ejemplo: cómplices e instigadores) en la comisión de un delito por el principio de Responsabilidad Personal o bien el tema de la temporalidad de la acción y su calificación, conforme al *iter criminis*, de manera que era posible distinguir si el delito había quedado tentado, se había desistido de él, o bien, si había sido consumado.

Sin embargo, actualmente la redacción de los tipos penales implica que prácticamente cualquier partícipe sea considerado como autor, y que cualquier conducta que antaño se hubiera calificado como tentativa, se tenga actualmente como un delito consumado. Así por ejemplo ocurre, en relación con la Ley de Psicotrópicos, la cual en su artículo 58 señala:

Artículo 58.- Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin auto-

rización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.

La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas.

Si anteriormente el delito consistía en la venta o comercio de droga y los pasos previos a esto como el almacenaje o transporte de la droga no se consideraban como delito consumado en sí mismo, sino a lo sumo como una etapa previa al momento de la comisión del delito desde el punto de vista del *iter criminis* o bien, desde la perspectiva de la participación como una complicidad, lo cierto es que con la redacción de este tipo, cualquier actividad relacionada con droga, pasa a ser la consumación del delito, y quien la realice, autor. Vemos entonces como un principio como el de Legalidad, y su derivado de Tipicidad que anteriormente buscaba la seguridad al momento de la persecución penal de la penal, es trastocado y llevado a extremos que lesionan otros principios como los de responsabilidad personal por la comisión del hecho, quedando evidenciado el afán expansionista actual que corresponde a la corriente del Derecho Penal Moderno.

Otro ejemplo tiene que ver con el quebranto del Principio de Proporcionalidad en relación con la asignación de montos mínimos y máximos de las penas de manera, que se encuentran fuertes incongruencias en el sistema como ocurre por ejemplo con el hecho de que atentados contra el bien jurídico Vida,

²⁹ Véase supra p. 8, nota 20.

el cual debería gozar de la primacía en el sistema de bienes jurídicos en el sistema penal, son sancionados con penas similares a las que corresponden por ejemplo a conductas que atentan contra la libertad sexual. Así por ejemplo, el homicidio simple tiene una pena de prisión de doce a dieciocho años, similar a la de la violación calificada, cuando el primero implica la pérdida de la vida de una persona.

Mas cambios que operaron a nivel procesal, que responden al Derecho Penal Moderno y que violentan principios como el Debido Proceso, el Derecho de Defensa e incluso la Seguridad Jurídica, se dieron con ocasión de las reformas al Código Procesal Penal, dictadas en la Ley 8720 del 4 de marzo del 2009, llamada "Ley de Protección a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal"³⁰ que busca generar celeridad en la resolución de los casos, pero además abaratar costos, pues los plazos que anteriormente servían para la preparación de la defensa de la persona imputada, desaparecen a favor de un derecho procesal "eficaz", en el cual se ven resultados pronto, aunque no necesariamente justos, salpicados de violaciones a derechos fundamentales como la que sufre el derecho a contar con el tiempo necesario para preparar la Defensa, derecho este que se encuentra contemplado incluso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se lesiona también el principio de doble instancia, ya que en este procedimiento la persona imputada a la cual se ordena prisión preventiva, no tiene derecho a recurrir de la misma. Esta normativa modifica nuevamente las reglas de la prescripción, en perjuicio del imputado de manera que cada vez resulta más difícil lograr que, pese a la tardanza del sistema en resolver el caso, este llegue a prescribir, de manera que puede continuar el proceso abierto indefinida-

mente con la evidente afectación al principio de Seguridad Jurídica. Otro aspecto que contempla esta normativa, es el hecho de que con el fin de lograr una supuesta protección de víctimas, testigos y otras personas que intervengan en el Proceso penal, el juez a cargo del proceso, puede a solicitud del Ministerio Público, mantener reservada la identidad de la supuesta víctima o testigo limitando el ejercicio del derecho de defensa, pues el imputado no tendrá conocimiento de quien lo denuncia o declara en su contra, sino hasta el momento del juicio, ya que esta reserva rige durante la fase de investigación e intermedia. Por lo tanto será hasta la fase de debate que la defensa material y técnica conocerá el nombre de quien lo acusa. Si hacemos un análisis de esta situación desde la perspectiva del principio de Proporcionalidad podemos llegar a las siguientes conclusiones:

-En cuanto a la idoneidad y finalidad de la restricción, encontramos que si lo que se pretende es "*proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal*" como indica el artículo 1 de dicha normativa, y el numeral 2 hace referencia a proteger "*la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley*", el mecanismo que propone la ley si bien parece brindar seguridad al testigo o víctima, lesiona gravemente el derecho de defensa durante la fase de investigación y en la etapa intermedia, ya que al no poder conocer la identidad del testigo, no resulta posible cuestionar la objetividad del testigo (es amigo o enemigo de la persona investigada) e incluso, sus condiciones personales (por ejemplo, ¿tiene la capacidad visual suficiente para haber observado el desarrollo de los hechos) o bien, circunstancias en relación con el caso (otro ejemplo, ¿se encontraba ese testigo o no en el país al momento de la comisión del hecho?). Además, parece pro-

30 Ley 8720 del 4 de marzo del 2009, Ley de Protección a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

teger a la víctima y testigos, pero partiendo de la misma lógica que sustenta esta normativa lo cierto es que siguen estando en riesgo ya que en la fase de debate se levanta la reserva de su identidad.

- En relación con la necesidad de la medida utilizada para proteger la vida, integridad física, libertad y seguridad de las personas, existían otras formas de que el Estado cumpliera su obligación en este sentido, sin necesidad de limitar el ejercicio del derecho de defensa y por ende violentar el debido proceso. Entre ellas la protección especial que la misma ley indica, o bien el cambio de identidad, ubicación, ocupación los cuales sí permitirían una autentica protección, en todas las fases del proceso, e incluso posteriormente, no como ocurre con la solución contemplada en la ley, la cual tiene un ámbito temporal limitado, como ya comentamos. Por lo tanto, existen otros medios mejores para lograr el fin propuesto.

- En cuanto a la ponderación, notemos que las violaciones al derecho de defensa y al debido proceso no se ven compensadas con la protección a la víctima y testigos pues a la larga, esta es muy débil, y el costo de esa escasa protección que recibieron tiene un costo altísimo, ya que todo el sistema judicial se vio afectado pues al no ser la defensa plena es totalmente factible que un inocente sea condenado. Situaciones como estas debilitan todo el sistema penal y las garantías que lo rodean.

Por lo tanto resulta evidente que la ley en comentario genera múltiples violaciones a los principios de un Estado Democrático de Derecho, con el afán de responder a criterios propios del Derecho Penal Moderno.

Otro ejemplo a nivel procesal es la Ley de Apelación de Sentencias,³¹ conforme a la cual, desaparece la posibilidad de que una senten-

cia sea revisada por violación al Debido Proceso, pues las causales que se dieron para el recurso de revisión son sumamente limitadas y no contemplan múltiples circunstancias que deberían poder calificarse como motivos para recurso. La posibilidad de reclamar la violación al Debido Proceso fue sacrificada por una supuesta Seguridad Jurídica, que como vimos líneas atrás es violentada con las reformas a la normativa de la prescripción.

Por lo tanto, podemos compartir plenamente la perspectiva expuesta por Barona Villar quien ha indicado que tanto en Europa y en particular en España, han podido observar una política de recorte y disminución de derechos y libertades a favor de una pretendida "seguridad". Esta autora aporta además un dato interesante, el tema del recorte selectivo:

"Desgraciadamente hemos sido testigos, y lo estamos siendo, de una política estatal de control de la libertades (sic), amparada en unos aparentes peligrosos sociales que hay que someter. Se han producido recortes en las libertad de los ciudadanos, tratándose, en ocasiones, de un recorte selectivo, a saber, en atención a quién o quiénes sean los sujetos que deban ser sometidos al mismo. El resultado ha desencadenado lo que viene denominándose como legislación de exclusión."

Es decir, que existen grupos que se ven perjudicados en particular por la limitación de los derechos, limitación esta que muchas veces sirve para acallar la voz de los descontentos y no necesariamente de quien haya cometido un delito, como acertadamente ha señalado Antillón Montealegre, cuando indica que para las jerarquías de poder es más importante la protesta, la disensión y la oposición que el cadenazo.³² En este sentido los

31 Ley 8837 del 3 de mayo del 2010, Ley de Creación del Recurso de Apelación

32 Antillón Montealegre (2012), p. 25.

tribunales de flagrancias a los que hicimos referencia líneas atrás, han servido no solo para los delitos comunes, sino también para que los manifestantes que protestan ante diversas situaciones sean trasladados a estos juzgados y reciban una pronta sentencia por la osadía de mostrar su oposición a decisiones de los órganos de poder que no comparten.

A continuación, analizamos otro movimiento dentro del Derecho Penal, que al igual que el derecho Penal Moderno, desconoce los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, en particular su perspectiva lesiona el principio de Dignidad Humana. Se trata del Derecho Penal del Enemigo, el cual analizamos a continuación.

III. Derecho Penal del enemigo

El Derecho Penal del enemigo, comparte con el Derecho Penal Moderno, el tema del debilitamiento, e incluso la desaparición, de las garantías y derechos fundamentales que impiden el abuso de poder. Por ello, en este apartado el desarrollo de la afectación que ha generado en el Derecho Penal costarricense es más breve que en el apartado anterior, pues comparte diversos aspectos de los ya desarrollados en el apartado relativo al Derecho Penal Moderno

i- La perspectiva de Jacobs.

Su principal exponente, el alemán Jacobs, reconoce que este es un tema políticamente incorrecto, pues según indica, lo políticamente correcto es “...querer ver en todo ser humano en todos los sentidos una persona, y en toda persona, un partícipe de la comunidad jurídica (...) provisto de los llamados derechos humanos.”³³

33 Jacobs, Gunther (2006). ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En: Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2. Compilado por Cancio

A pesar de que esa es la perspectiva deseable, para Jacobs existen sujetos que son ciudadanos y por ello gozan de las garantías del Estado de Derecho y existen sujetos que son enemigos y a ellos se refiere el llamado Derecho Penal del enemigo. Partiendo de la tesis del contrato social, considera que quien falta a las leyes de manera reiterada, falta a ese contrato y se encuentra en contra de la sociedad, por lo cual ya no merece el tratamiento de persona.³⁴ Más bien, vienen a ser “enemigos”, que pueden por tanto sufrir las consecuencias de esta condición, y por ende, se ven excluidos del disfrute de sus derechos:

“Por lo tanto, “Derecho Penal del enemigo” no puede significar que al enemigo se lo incluya en cuanto partícipe de la comunidad jurídica también en la medida en que precisamente sea enemigo.

El enemigo, por lo tanto queda excluido, dicho con mayor exactitud, excluido de alguno de sus derechos. (...) Además, la sociedad decide en qué medida incluye o excluye, y no libera ni al delincuente recalcitrante de su deber de no cometer delitos. (...) Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes.”³⁵

Así por ejemplo, el enemigo no tiene derecho a un proceso penal en que se respeten sus garantías, pues desde esta perspectiva no es un sujeto dentro del proceso, sino un objeto.³⁶ Vemos cómo opera aquí la violación al Principio de Dignidad Humana, y en parti-

Meliá y Gómez-Jara Díez. España, Edisofer S.L., pp. 94-95

34 Jacobs, Günther y Cancio Melia, Manuel (2003). **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid, Civitas, pp. 26-36

35 Jacobs (2006), p. 107

36 Chirino Sánchez, Alfredo (2007). El retorno a los delitos de peligro. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídico Continental, p. 149

cular a derechos como el Defensa y el Debido Proceso.

Según Jacobs, el Derecho Penal del Enemigo es Derecho pues vincula al Estado, órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos (que ya en etapas avanzada de su exposición llama abiertamente “guerra”), y resulta ser una *ultima ratio* que opera como excepción que debe ser administrada inteligentemente, pues no es para uso permanente.³⁷ Además, Jacobs aclara que el concepto que utiliza como enemigo, no es el de Carl Schmitt, como adversario existencial, el *hostis*, el otro, sino que el sentido que le da es “...un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt.”³⁸

Un aspecto importante es el hecho que en el Derecho Penal del Enemigo, la punibilidad se anticipa, es decir se castiga un comportamiento antes de que ocurra la comisión de un delito. Esto obedece a que en esta perspectiva se parte de la magnitud del riesgo de una conducta venidera (no ha ocurrido aun) en lugar del daño en la vigencia de la norma ya realizado. Sin embargo, aclara que si bien es cierto que esta anticipación es admisible en caso de terroristas, no procede ante un delito común como un robo simple, en cuyo caso se trata de un Derecho Penal del Enemigo superfluo, no necesario.³⁹

ii- Algunas observaciones a la doctrina del Derecho Penal del Enemigo y ejemplos en la práctica nacional.

Respecto a la perspectiva de Jacobs, se han dado múltiples observaciones y criterios,

37 Jacobs (2006), p. 107

38 Jacobs (2006), p. 109

39 Jacobs (2006), p. 110.

pero resulta valiosa la observación de Muñoz Conde⁴⁰ quien señala como, en definitiva, en esta doctrina no existe claridad ni precisión sobre dos aspectos medulares como son: i- el tema de la definición de los “enemigos” pues su exposición no va más allá de un listado de ejemplos casuísticos (el delincuente sexual, delincuente en razón de su ocupación profesional o por pertenecer a una organización), y frases que recuerdan las construcciones propias del derecho penal de autor; y ii- los principios que debe respetar como limite a su intervención desde el punto de vista de la aplicación de la legislación penal (por ejemplo, el principio de legalidad) y también los principios y derechos fundamentales del imputado (juez natural, derecho de defensa, etc.)

Sin embargo, ante la dificultad de definir quién es enemigo y quien no, ¿cómo saber cuándo un delito común será valorado como un acto de guerra, en esa lucha indefinida? Porque conforme a estos criterios podrían existir muchas conductas que a luz de los peligros que representan, sean consideradas merecedoras de sanción. Así encontramos diversos ejemplos en la legislación penal costarricense, en particular en los delitos de tránsito, en los cuales la persona que consume licor más haya de cierto límite es sancionada, independientemente de que no haya producido una lesión o daño concreto, pero se ha considerado que con su conducta está creando un peligro.

Ha sido caracterizado como un derecho penal de “emergencia”, y por ello se puede utilizar mientras esta dure, con el riesgo inherente a este concepto de saber, quién y con qué fin define este estado de emergencia.⁴¹

40 Muñoz Conde, Francisco. ¿Es el Derecho Penal Internacional un “Derecho Penal del Enemigo”? En: Derecho Penal del Siglo XXI. Director Santiago Mir Puig. Barcelona: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 27-31

41 Chirino Sánchez, El Derecho Penal Moderno..., p. 82.

Podríamos considerar que en los casos de delitos de carácter ambiental se observa algunas manifestaciones relativas al anticipo de la punibilidad, por ejemplo según el Manual de Juzgamiento de Delitos Ambientales al cual nos referimos anteriormente, se reconoce que la normativa contempla conductas que no han producido lesión alguna al bien jurídico, pero que sin embargo reciben sanción penal:

“También existen tipos penales de peligro, donde no existe daño o lesión, por ejemplo, en el artículo 100 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la acción de arrojar no es, necesariamente, contaminar, pero puede llegar a serlo.”⁴²

Al respecto, vale destacar la posición de Arroyo Gutiérrez y Chan Mora, quienes indican que: *“El Estado solo puede seleccionar como delitos contra el medio ambiente aquellas conductas con las cuales se evidencia la afectación de intereses humanos.”⁴³* Sin embargo vemos que aquí el “arrojar” no ha llegado al extremo de generar una contaminación que afecte el interés de las personas y sin embargo es objeto de persecución penal.

Estas observaciones no puede menos que hacernos reflexionar sobre los derechos fundamentales de todas las personas y el respeto a su dignidad, las cuales en la doctrina en examen, no dejan de ser más que un punto de confrontación que ceden ante el interés de persecución y castigo. Particular-

mente preocupante resulta esta característica del derecho penal del enemigo, si tomamos en cuenta el carácter eminentemente selectivo que posee, al cual se refiere el colombiano Aponte Cardona quien señala:

“Tal como se puede deducir del estudio de las formas de expresión del derecho penal de enemigo (...), se trata de un modelo que además de entrañar siempre el riesgo de convertirse en una respuesta desinstitucionalizada a los delitos cometidos, se trata, sobre todo, de un modelo especial de derecho penal político de la emergencia, que obra en la práctica como una gran máquina de producción de selectividad. El derecho penal del enemigo es, en efecto un motor de selectividad...”⁴⁴

En Costa Rica, encontramos diversas manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo. Otra normativa que podría encuadrar dentro de la perspectiva del Derecho Penal del Enemigo, es la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, la cual persigue a un segmento de la sociedad que es tratado con especial rigor. Encontramos en esta ley numerosos tipos penales abiertos en contradicción con principio de Legalidad y en particular el principio de la Tipicidad, que exigen claridad y precisión en la redacción de los tipos penales. Esto ha redundado en múltiples interpretaciones, como por ejemplo, en relación con el concepto de “unión de hecho, declarada o no”. Además, encontramos que tipos penales que en legislación común son contravenciones, por ejemplo, las lesiones levísimas del artículo 380 Código Penal, que se convierte en delito de maltrato con pena privativa de libertad en el artículo 22 de la

42 Mauri Carabaguías, Carolina y otros(2010).. Manual de Juzgamiento de Delitos Ambientales Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR, p. 5. En <http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/publicaciones/manuales%20derecho%20ambiental/juzgamiento%20costa%20rica%20final.pdf> el 21 de abril del 2013 a las 14:18 hrs.

43 Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Chang Mora, Gustavo (2004). Derecho Penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho Penal Moderno. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. San José, Editorial Jurídica Continental, p. 26,

44 Aponte Cardona, Alejandro (2006). Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, p. 601

mencionada Ley. En igual sentido, el tema de la creación del tipo de femicidio que vendría a ser un homicidio calificado del Código Penal, pero en razón de la víctima y en particular, del supuesto responsable, se crea como un tipo especial.

Otra normativa que podría encuadrar dentro de la perspectiva del Derecho Penal del Enemigo, es la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, la cual persigue a un segmento de la sociedad que es tratado con especial rigor. Encontramos en esta ley numerosos tipos penales abiertos en contradicción con principio de Legalidad y en particular el principio de la Tipicidad, que exigen claridad y precisión en la redacción de los tipos penales. Esto ha redundado en múltiples interpretaciones, como por ejemplo, en relación con el concepto de “unión de hecho, declarada o no”. Además, encontramos que tipos penales que en legislación común son contravenciones, por ejemplo, las lesiones levísimas del artículo 380 Código Penal, que se convierte en delito de maltrato con pena privativa de libertad en el artículo 22 de la mencionada Ley. En igual sentido, el tema de la creación del tipo de femicidio que vendría a ser un homicidio calificado del Código Penal, pero en razón de la víctima y en particular, del supuesto responsable, se crea como un tipo especial.

Otro ejemplo se encuentra los nombres que reciben algunas legislaciones como ocurre por ejemplo con la ley 8719 del 4 de marzo del 2009, publicada en la Gaceta, 52 del 16 de marzo del 2009, “Ley de Fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo”, que evidencia que se está en conflicto con quien realice actos que calcen en la acepción de terrorismo. En igual sentido, encontramos Ley 8754 del 22 de julio del 2009, “Ley contra la delincuencia organizada”, en la cual nuevamente se evidencia el punto de que existe una

lucha, o guerra en determinado ámbito: sea en relación con quien realiza actos de terrorismo o bien contra quien forma parte de una organización para la comisión de delitos. Respecto a este tema valga citar a Prittwitz quien señala:

“El actual debate sobre un derecho penal del enemigo tiene lugar en otro contexto. Independientemente de si uno topa o no con el concepto, lo cierto del caso es que se trata de luchas y enemigos de dimensiones totalmente distintas.

*Estos llega a ser del todo manifiesto ahí donde se habla de “guerra contra...” ya no más de manera metafórica, sino donde realmente se actúa beligerantemente: en la **guerra** contra las drogas, en la **guerra** contra el crimen organizado y de manera marcadamente evidente en la **guerra** contra el terror y los terroristas. En estas guerras los “enemigos” reciben un nuevo rostro y con ello reciben una nueva importancia”.*⁴⁵

Como vemos, el tema de Derecho Penal del enemigo es un tema que ha trascendido las fronteras y de manera coincidente, incide en las mismas normativas pues coincide en cuanto a su objeto: son las mismas “guerras” las que se pelean, pero en todas ellas el elemento común es el irrespeto a la condición de persona y a sus derechos fundamentales que sufre a quien se etiqueta de “enemigo”, por los motivos que sea, pues aunque se pretenda que pueda haber algunos motivos legítimos que autoricen este retroceso en la lucha por la dignidad de la persona, nada justifica esta perspectiva. Estamos en una Democracia: el fin no justifica los medios.

45 Prittwitz, Cornelius. (2007) “Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad. En: Justicia y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídica Continental, pp. 117-118

Conclusión

Actualmente el Estado Democrático y Social de Derecho enfrenta una situación muy seria, pues socava sus mismos cimientos y esta consiste en el grave debilitamiento e incluso en la desaparición de principios básicos para el funcionamiento del Derecho Penal, los cuales se encuentran estrechamente vinculados con el respeto de los derechos fundamentales de la persona acusada.

Esto ocurre tanto desde del movimiento del llamado Derecho Penal Moderno (el cual se contraponen al Derecho Penal Clásico o Liberal), como desde el Derecho Penal del Enemigo. Ciertamente, ambos movimientos tienen orígenes propios y características particulares, pero coinciden en este nefasto aspecto.

Por ello, los operadores jurídicos que respaldan y están convencidos de las bondades del Estado Democrático y Social de Derecho, deben conocer estas escuelas, a fin de poder identificar y enfrentar en la práctica, sus consecuencias, las cuales permiten que la persona sea vista como un objeto al servicio del poder, y no con el valor intrínseco que tiene.

Ambas perspectivas resultan totalmente violatoria de los derechos fundamentales de las personas y en particular de su dignidad. La posibilidad de etiquetar a una persona como “enemigo” y por ello restarle la totalidad de sus derechos y garantías, en contraposición con el tratamiento que recibiría quien califique para el apelativo de ciudadano resulta en la violación a uno de los más básicos principios como es el de igualdad, dando pie a numerosas violaciones a los derechos del llamado “enemigo”, que podrían tener múltiples aristas, desde ser acusado por una conducta que al fin y al cabo no causó ningún daño, a no poder ejercer su defensa adecuadamente, pasando lamentablemente, por el horror de las torturas.

En igual sentido, la desaparición de la función limitadora del bien jurídico así como

de los niveles de imputación permiten que el Derecho Penal se expanda, y siguiendo una perspectiva utilitaria, se convierta en una herramienta de tecnología social que se pretende, resuelva problemas que no le competen, pues obedecen a situaciones ajenas a su esencia y fin.

Por ello, quien labora en la materia penal, deben definir su posición frente a estas escuelas de pensamiento. Por mi parte, coincido plenamente con la perspectiva esbozada por el autor Muñoz Conde cuando indica:

*“...considerar, como jurista respetuoso con los parámetros del Estado de Derecho y como ciudadano que quiere vivir en un régimen de libertad que respete los derechos fundamentales, que hay que rechazar enérgicamente, y no meramente describir, cualquier precepto o legislación penal o administrativa o de cualquier otro tipo que sea contraria a los principios de legalidad y certeza, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, derecho a habeas corpus y a un juicio imparcial y justo ante el Juez Natural, o que permita la utilización y valoración de pruebas obtenidas ilegalmente y con violación de derechos fundamentales; porque estos principios constituyen la base y el fundamento de nuestro sistema de organización jurídica de la convivencia (...) **Mi postura respecto al “Derecho penal del enemigo”, tanto en el ámbito político como en cualquier otro ámbito, es, pues de rechazo pleno y total, en la medida en que el mismo suponga la admisión e incluso legitimación de una parte del Derecho penal incompatible con estos principios.**”⁴⁶ (La negrita no es del original)*

46 Muñoz Conde, Francisco. Derecho Político y Derecho Penal del enemigo. En: Justicia y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídica Continental, pp. 101-102

Bibliografía

- Aponte Cardona, Alejandro (2006). **Guerra y derecho penal de enemigo**. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez
- Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Chang Mora, Gustavo (2004). **Derecho Penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho Penal Moderno**. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. San José, Editorial Jurídica Continental
- Corcoy Bidasolo Mirentxu (2007) **Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales y Derecho Penal Mínimo**. En: "En: Derecho Penal del Siglo XXI. Director Santiago Mir Puig. Barcelona: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- Chirino Sánchez, Alfredo (2007). **El retorno a los delitos de peligro**. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídico Continental.
- Chirino Sánchez, Alfredo (2009), **El derecho penal "moderno" y la política criminal en Costa Rica hoy**. En: Colecciones Derecho y Justicia, Heredia, Escuela Judicial
- Hassemer, Winfried (1999). **Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania**. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación e Derecho Penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch alternativa
- Hassemer, Winfried (1999) **Viejo y Nuevo derecho penal**. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch alternativa,
- Hassemer, Winfried (1999). **Persona, mundo y responsabilidad**. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch alternativa
- Jacobs, Günther y Canció Melia , Manuel (2003). **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid, Editorial Civitas
- Jacobs, Gunther (2006). **¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. En: Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2. Compilado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez. España, Edisofer S.L,
- Muñoz Conde, Francisco (2007) **Derecho Político y Derecho Penal del enemigo**. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídica Continental.
- Prittitz, Cornelius. (2007). **Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad**. En: Justicia y Estado de Derecho. Coordinador: Javier Llobet Rodríguez. San José, Editorial Jurídica Continental.
- Roxin, Claus (2000). **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Rodee, Carlton, Anderson Totton y Christol, Carl. **La filosofía de la Democracia**. En: Volio, Fernando. Democracia, valores y principios. San José, Editorial Libro Libre, 1986.

Silva Sánchez, Jesús-María (2000). **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L.

Silva Sánchez, Jesús-María (2001). **La expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas Ediciones S.L.

Periódicos

“Gobierno busca meter a la cárcel a quien tenga armas de juguete.” **La Nación**, domingo 21 de abril del 2013, p. 16A

Documentos digitales

Mauri Carabaguías, Carolina y otros (2010).. Manual de Juzgamiento de Delitos Ambientales Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR. En <http://sitios.poder-Judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/publicaciones/manuales%20derecho%20ambiental/juzgamiento%20costa%20rica%20final.pdf> el 21 de abril del 2013 a las 14:18 hrs.

Leyes

Ley 8720 del 4 de marzo del 2009, Ley de Protección a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

Ley 8754 del 22 de julio del 2009. Ley contra la delincuencia organizada.

Ley 8837 del 3 de mayo del 2010. Ley de Creación del Recurso de Apelación.

Ley 8719 del 4 de marzo del 2009. Ley de Fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo.

Ley 8204 de 17 de diciembre del 2001. Ley De Reforma Integral de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y Actividades Conexas

Ley 8589 del 12 de abril del 2007. Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer.

¿ES NECESARIO EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION?

Francisco Sánchez Fallas
Juez, Tribunal de Pérez Zeledón

- **Resumen:** se expone en el artículo la estructura dual, objetivo/subjetiva, generalmente admitida de las causas de justificación o tipos permisivos, y se exponen algunos puntos de vista conforme a los cuales debe modificarse esa estructura para trabajar con una justificación puramente objetiva. Esos puntos de vista se relacionan, por una parte, con la función de los tipos permisivos en el esquema general de la teoría del delito, y por otra, con el principio de lesividad.
- **Palabras clave:** tipos prohibitivos, tipos permisivos, causas de justificación, justificación objetiva, justificación subjetiva, congruencia del tipo permisivo

1. A modo de introducción

Según la doctrina generalmente aceptada, las causas de justificación o tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja que requiere junto a la existencia de elementos objetivos definidos normativamente, la concurrencia de aspectos subjetivos que exigen que el sujeto activo del delito debe tener conocimiento de la existencia de esos elementos objetivos.

En ese sentido, en un libro de reciente publicación se señala que en las causas de justificación “... se distingue una doble vertiente: *objetiva y subjetiva*. A su vez, en la parte *objetiva* existe un presupuesto de hecho, que es la situación fáctica previa que desencadena la capacidad de actuar de modo lícito vulnerando un bien jurídico ... Por su parte, el aspecto *subjetivo* presenta una estructura similar al *dolo*, pues también requiere un elemento cognoscitivo, que exige que quien actúa bajo una causa de justificación, conozca que concurre el presupuesto de hecho que habilita para actuar justificadamente ...”¹. La existencia de ambos elementos, objetivo y subjetivo, lleva a desarrollar la llamada congruencia del tipo permisivo², concepto del que se deriva la exigencia de que deben concurrir ambos elementos para poder aplicar una determinada causa de justificación.

La existencia de esa vertiente subjetiva en las causas de justificación ha sido reconoci-

da, de forma constante, por la jurisprudencia nacional, habiéndose señalado al respecto lo siguiente: “... *No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisión y el tipo subjetivo de ella. En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que el peligro sea actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado, que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquél más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante. La valoración jerárquica de bienes es propia exclusivamente del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal, la legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos los que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo. A este suceso de concurrencia es a lo que se refiere la doctrina como tipo permisivo congruente ...*”³. Al respecto, y en el mismo sentido, señala Sancinetti, desde una perspectiva finalista, que el tipo objetivo de la causa de justificación, por sí solo, carece de toda significación en cuanto la exclusión del ilícito⁴.

1 Demetrio Crespo, Eduardo et al. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. San José: Editorial Jurídica Continental, p.344.

2 Señala Maurach que la falta de cualquiera de estos elementos “... produce la incongruencia entre voluntad y resultado, y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto ...”. Maurach, Reinhart. (1962) *Tratado de derecho penal. Volumen I*. Barcelona: Editorial Ariel, p.370. En el mismo sentido se pronuncian Muñoz Conde/García Arán, quienes hacen ver que, de faltar el elemento subjetivo de justificación, el acto no queda justificado. Cfr.: Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p.310.

3 Sala Tercera de la Corte, sentencia 13-1993. Esa línea jurisprudencial se refleja también en las siguientes sentencias: 217-97 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, 439-2004 de la Sala tercera de la Corte, y 135-2008 del Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz.

4 Sancinetti, Marcelo. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito cir-*

No está de más indicar que la exigencia del elemento subjetivo de justificación ha dado origen a una importante discusión en aquellos casos en los que no se da la congruencia del tipo permisivo, por faltar, precisamente, la justificación subjetiva. Bacigalupo ha señalado que cuando falta la justificación subjetiva desaparece el disvalor de resultado, pero se mantiene el disvalor de acción, y concluye que en tales supuestos el hecho no estará justificado, por lo que solo puede considerarse la posibilidad de una tentativa⁵. Roxin⁶ señala al respecto que, si al autor le falta el elemento subjetivo de justificación, es decir si actúa objetivamente en forma correcta, pero desconoce la situación de justificación, existe una mera tentativa porque el resultado de injusto no se ha producido, y el desvalor de acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa, criterio que es también asumido por Sanz Morán⁷. Por su parte el autor nacional Castillo González ha señalado que en el caso de que el agente desconozca los elementos objetivos de una causa de justificación, concretamente de la legítima defensa, que realmente existen, no hay disvalor de resultado, pero sí de la acción, y en ese caso se está frente a un delito de imposible consumación, precisamente por la existencia de un resultado conforme a derecho⁸.

No obstante, resulta válido cuestionar si tratándose de los tipos permisivos o causas de justificación, estos deben replicar, necesariamente, la estructura compleja que corres-

ponde a los tipos prohibitivos, y si, en consecuencia, requieren de la concurrencia de un elemento subjetivo para su aplicación.

En este breve trabajo se exploran, básicamente, dos puntos de vista conforme a los cuales no es necesario el elemento subjetivo de justificación para aplicar un tipo permisivo: uno de ellos relacionado con la función de los tipos permisivos en la sistemática de la teoría del delito, y el otro referente al principio de lesividad.

2. Función de los tipos prohibitivos y de los tipos permisivos en el Derecho penal

Siguiendo a Roxin⁹, debe indicarse que el tipo prohibitivo y el tipo permisivo cumplen, en la sistemática de la teoría del delito, funciones político-criminales diversas. En lo que respecta al tipo penal o tipo prohibitivo, este reúne la descripción de las circunstancias que fundamentan el contenido del merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito, es decir, contiene todos los elementos y características que hacen que una conducta deba ser considerada, por ejemplo, hurto, estafa u homicidio, y deba, en consecuencia, ser sancionada. Desde esa perspectiva, primigeniamente fundamentadora de la sanción penal, los tipos prohibitivos están sujetos, necesaria e irremediabilmente, al principio de legalidad como garantía para el ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Esa función de garantía es expuesta por Silvestroni, señalando que "... De la premisa de que el delito es una acción, se deriva la necesidad de que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible, la conducta penalmente relevante que será objeto de desvaloración jurídica. La herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización

cunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p.602.

5 Bacigalupo, Enrique (1994). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis, 1994, p.136.

6 Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas, p.600.

7 Sanz Morán, Ángel (1993). *Elementos subjetivos de justificación*. Barcelona: JM Bosch Editor, p.97.

8 Castillo González, Francisco (2004). *La Legítima Defensa*. San José: Editorial Jurídica Continental, p.210.

9 Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas, p.286.

es el tipo penal al que se define como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante. Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo esa función ...”¹⁰. En consecuencia, el tipo penal, en tanto portador de los elementos que hacen a la valoración social negativa de una determinada conducta, debe contener los elementos básicos de la punibilidad, de forma tal que ahí se encuentre definida en todos sus extremos la conducta que merece castigo.

Por su parte, los tipos permisivos o causas de justificación, tienen una función distinta en la sistemática de la teoría del delito, en el tanto son institutos que hacen que una conducta típica no sea considerada antijurídica y, en consecuencia, eximen de responsabilidad penal, y civil, a la persona que actúa bajo las circunstancias de hecho que las configuran. Desde esa perspectiva, los tipos permisivos pueden ser considerados como dispositivos aseguradores de espacios de libertad frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que, en consecuencia, no se ven limitados en forma alguna por el principio de legalidad, lo que da cabida a pensar en la posibilidad de construir causas de justificación más allá de las definidas en el Código Penal¹¹.

Usando la terminología desarrollada por Bobbio¹², podemos decir que los tipos permisivos son, en su mayoría¹³, normas jurídicas no

sancionadas, es decir, normas que no llevan aparejada ninguna consecuencia desfavorable en caso de incumplimiento, en este caso por tratarse del ejercicio facultativo de derechos subjetivos que atañen al ámbito de autoorganización de la vida privada.

3. Estructura generalmente aceptada de los tipos permisivos.

Tal y como se ha señalado supra, usualmente se considera que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura dual o compleja. Señala Castillo que “... se hace un paralelismo entre los elementos del tipo objetivo y subjetivo a nivel de la tipicidad y con las causas de justificación...”¹⁴, y la misma idea es expuesta por Küper quien señala “... La comprobación de la tipicidad de un delito (doloso) debe llevarse a cabo en el orden objetivo y subjetivo del tipo ... El mismo fenómeno aparece nuevamente en el segundo escalón de la estructura del delito, esto es, la antijuridicidad: las causas de justificación se componen de características objetivas y de elementos subjetivos de justificación ...”¹⁵. Sancinetti¹⁶, por su parte, apoya la con-

10 Silvestroni, Mariano H. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p.158.

11 Señala la doctrina al respecto “... La función de garantía de la Ley penal no se cuestiona por el reconocimiento de causas de justificación consuetudinarias o supraliberales, dado que aquí se trata de limitaciones y no de ampliaciones de la punibilidad ...”. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada: Editorial Comares, p.352.

12 Bobbio, Norberto. (2007) *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, p.118.

13 Hay que exceptuar el tipo permisivo contenido en el artículo 25 del Código Penal referente al cumplimiento de un deber legal, puesto que la inobservancia de un deber de esta clase sí trae consigo consecuencias

jurídicas, al punto que bien puede discutirse si en vez ser tratado como un tipo permisivo el cumplimiento de un deber legal más bien debería ser objeto de análisis como causa de atipicidad, en el tanto la existencia de un imperativo legal de actuar de determinada forma “x” neutraliza, de forma absoluta, la prohibición contenida en el tipo penal que castiga a quien actúe de la misma forma “x”. Este sería un buen ejemplo de un caso de “tipicidad conglobante”, puesto que la conducta no sería, en ningún momento y desde ningún punto de vista, antinormativa. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial EDIAR, p.357.

14 Castillo González, Francisco. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. San José: Editorial Jurídica Continental, p.62.

15 Küper, Georg. (2005). *Concepciones y vinculaciones finales*. En: *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, p.158.

16 Sancinetti, Marcelo. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las conse-*

formación objetivo/subjetiva de las causas de justificación, pues señala que detrás de ella “... *está la idea -sin duda correcta- de ver los preceptos permisivos, al igual que las normas, como proposiciones dirigidas a la motivación de la conducta ...*”; señala este autor que “... *así como quien no reconoce estar matando a un hombre no puede ser motivado por la prohibición de matar a otro, así tampoco puede motivarse en la permisión quien no reconoce los presupuestos de la exclusión del ilícito ...*”.

No obstante lo anterior, tal y como correctamente se ha hecho ver en doctrina, esa pretensión de mantener una estructura objetivo/subjetivo en los tipos permisivos, es consecuencia de un afán de simetría mal entendido, que parte de conceptualizar a la justificación como la simple derogación de la prohibición, pretendiendo así definir los permisos desde las prohibiciones, cuando en realidad la justificación tiene una naturaleza distinta, que tiene que ver, más bien, con la reafirmación de la libertad personal¹⁷.

4. Porqué los tipos prohibitivos tienen una estructura compleja?

Cuando hablamos de “estructura compleja”, hacemos referencia a la necesidad de que concurren elementos objetivos y subjetivos para poder aplicar un determinado tipo penal.

Tal y como señala Castillo¹⁸, el tipo penal se caracterizaba por ser objetivo y no valorativo, es decir no incluía ninguna consideración de tipo subjetivo, las cuales eran relegadas a la categoría de la culpabilidad. No obstante,

en virtud del surgimiento de la teoría finalista de la acción, se incluyeron en el tipo penal el dolo y otras características subjetivas, lo cual llevó a distinguir entre elementos descriptivos y normativos del tipo.

En nuestro país, es esencialmente a partir de la sentencia 446-F-92 de la Sala Tercera de la Corte, que se empieza a trabajar con el concepto de tipo complejo, señalándose en lo que interesa “... *el Código Penal exige un dolo de tipo o dolo natural (dolus naturalis), de modo que el tipo se compone de un aspecto subjetivo (tipo subjetivo) integrado alternativamente por el dolo natural o la culpa y, un aspecto objetivo (tipo objetivo) compuesto de los elementos descriptivos, elementos normativos y condiciones personales constitutivas de la infracción ...*”. Esta afirmación no conlleva necesariamente a pensar que nuestro derecho penal trabaje con un esquema finalista, que por sus características asume una conformación dual -objetiva/subjetiva- del tipo penal; se trata, más bien, de que en razón de la regulación que el artículo 35 del Código Penal hace del error de prohibición vencible, una visión armónica y sistemática del diseño legal de la teoría del delito nos lleva a la conclusión de que, necesariamente, debemos trabajar con una estructura dual del tipo penal. Se trata pues de una conclusión más de índole normativa que dogmática.

Los tipos penales prohibitivos tienen, con toda claridad, una función motivadora, en el sentido de que, a través de la definición de determinadas conductas como delito, en tanto lesionan bienes jurídicos socialmente relevantes, y mediante la atribución consecuente de una sanción a quien las cometa, se busca que las personas no incurran en ellas. Respecto de esta función preventivo/motivadora de la norma penal se ha señalado “... *en la medida en que la norma está señalando de forma anticipada cuál es la forma en que no debe ser uti-*

cuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 604.

17 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Editorial EDIAR, p.470.

18 Castillo González, Francisco. (2008) *Derecho Penal Parte General.* San José: Editorial Jurídica Continental, tomo I, p.326.

*lizada por los actores sociales para la solución del conflicto, se puede decir que su función es prevenir de un modo general, esto es, prevenir en el sentido de advertir, que, si se realiza la conducta prohibida o se omite la conducta mandada, el Estado reaccionará aplicando la pena ...*¹⁹. Esta función motivadora de la norma penal²⁰ está íntimamente relacionada con la función de prevención general de la pena, al punto, que como señala Schünemann²¹, el fin que persigue el Derecho penal consiste en evitar comportamientos socialmente lesivos mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a derecho.

Es claro que, para definir lo prohibido, sí resulta relevante el aspecto subjetivo de la acción, porque el reproche penal, que puede derivar en la aplicación de una sanción, se completa sólo en el momento en que la persona, además de realizar una acción típica, tiene conocimiento de las características de la acción que está realizando y tiene además la voluntad de realizarla. Tanto es así que en caso de existir algún error en el sujeto activo que le impida conocer que está realizando la acción prevista en determinado tipo penal, es de aplicación la figura del error de tipo que, aplicado en toda su extensión, elimina toda consideración sobre la tipicidad de la acción. Es decir, para el reproche o valoración negativa de una conducta no se puede prescindir del aspecto subjetivo de la acción, por lo que no se puede castigar a quien no conoce el hecho que realiza. Como mínimo se requiere de

ese conocimiento, y de la voluntad que le es correlativa, y es por ello que resulta punible la tentativa, figura que castiga esencialmente la finalidad de realizar una acción típica que lesione un bien jurídico, aunque esa lesión, en definitiva, no se hubiere llegado a dar por causas ajenas al autor de la acción. Incluso, desde la perspectiva de la función de prevención que cabe asignar a la norma prohibitiva, y a la pena, resulta indispensable el elemento subjetivo (conocimiento del autor), pues de lo contrario no se haría efectiva esa función: si no se conoce la norma prohibitiva, no puede la persona motivarse por ella, de allí que sin ese elemento subjetivo la función de prevención aparece vacía de contenido.

5. Crítica a la estructura dual de los tipos permisivos.

No obstante lo antes expuesto, es dable preguntarse si ese paralelismo o estructura dual, objetivo/subjetiva, debe existir en las causas de justificación; o lo que es lo mismo, debemos preguntarnos, qué función cumple el aspecto subjetivo en una causa de justificación?. Es decir, hasta dónde es importante que la persona que actúa objetivamente bajo una causa de justificación, conozca de la existencia de la llamada situación objetiva justificante.

5.1. En mi opinión, la respuesta a estas interrogantes pasa, en parte, por entender la función motivadora que corresponde a los tipos permisivos, función que no es la misma en los tipos prohibitivos.

Si bien es cierto, como ya se indicó, Sancinetti hace ver que no puede motivarse por la permisividad quien desconoce los presupuestos que excluyen el ilícito, esa aseveración desconoce la naturaleza y razón de ser de los tipos permisivos. En primer lugar, siendo los tipos permisivos, en su mayoría²², normas fa-

19 Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Malarée, Hernán. (2006). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Trotta, p.49.

20 En ese sentido señala Rivera que la norma jurídica penal se entiende en la modernidad como un instrumento de dirección del comportamiento. Cfr. Rivera Llano, Abelardo. (2005). *Derecho penal posmoderno*. Bogotá: Editorial Temis, p.612

21 Schünemann, Bernd. (1995). *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch Editor, p.219.

22 Debe tomarse en cuenta lo que antes se señaló so-

cultativas, es decir, se trata de conductas que pueden ser o no realizadas libremente por la persona, carece de sentido hablar de la existencia de una “*motivación*”, de relevancia penal, para actuar de una u otra forma. Si bien, el hecho de que una persona conozca acerca de la existencia de un determinado tipo permisivo puede llevarla a actuar de manera lícita y permitida, no tiene sentido analizar esa “*motivación*” puesto que, en tal caso, no procede formular juicio de reproche alguno. Cabe agregar que si los pensamientos antisociales, siempre que no trasciendan al exterior, resultan penalmente irrelevantes, resulta un exceso y un sinsentido indagar y/o reprochar los pensamientos o motivaciones que, más bien, desembocan en actos externos promovidos por el ordenamiento jurídico o ajustados a éste.

La función de motivación en los tipos prohibitivos no tiene las mismas características que la motivación que pueda darse a través de los tipos permisivos. En lo que respecta a los tipos prohibitivos, es decir los que definen como delito determinadas conductas, las personas se ven movidas a ajustar su conducta a la previsión legal, pues de lo contrario pueden ser castigados con una determinada pena, siendo que en ese proceso es especialmente importante la certeza que se tenga de que se puede ser castigado: es entonces una motivación que opera como disuasión. Pero en los tipos permisivos esa disuasión es contraproducente, puesto que más bien lo que se busca es transmitir a las personas la idea de que si actúan de la forma autorizada por una determinada causa de justificación, lo hacen con apoyo jurídico suficiente, al punto que su conducta será acorde al ordenamiento jurídico. Y si a ello se suma la consideración de que los tipos permisivos son, en su mayoría, normas

facultativas, resulta claro que, los mismos no tienen, ni pueden tener, una función motivadora de la misma naturaleza que la que corresponde a los tipos prohibitivos. Podemos decir que con el Derecho Penal más que premiar a una persona por sus buenas intenciones²³, de lo que se trata es de limitar las posibilidades de aplicar el *ius puniendi* estatal.

5.2. Desde otra perspectiva, existen razones vinculadas al principio de lesividad, que hacen incorrecta la exigencia de aspectos subjetivos en el nivel de la antijuridicidad.

El principio de lesividad, que permea no solo la categoría de la antijuridicidad sino toda la teoría del delito, es esencialmente de naturaleza objetiva, al punto que según lo señala el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política “*las acciones privadas que no causen daño ni perjudiquen a tercero, quedan fuera del alcance de la ley*”, siendo el daño un elemento externo del hecho: si ese daño no es socialmente relevante, la conducta no resulta materialmente antijurídica. Así ha sido señalado por la Sala Constitucional, por ejemplo, en la sentencia 4673-2003, en la que se indicó “... *no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico ... para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal ...*”. De allí que sea fundamental, para establecer la anti-

bre el cumplimiento de un deber legal como causa de justificación.

23 El derecho y la moral son órdenes distintos que tienen algunos puntos de unión, pero que no siempre discurren por el mismo cauce. Para Kant una acción virtuosa sería tal no por el resultado que produce, sino más bien por la motivación que tenía la persona al realizarla; no obstante, en atención de la vigencia del principio de lesividad, desde el punto de vista de la teoría del delito debe tener prevalencia, para efectos de la valoración social de la conducta, el resultado finalmente producido por la acción, en el tanto ese resultado contribuya a proteger o asegurar bienes jurídicos penalmente relevantes.

juridicidad o no de una acción, establecer cuál es el daño causado por la acción típica, y establecer si el mismo es relevante, pues solo de esa forma resulta legítimo imponer la sanción prevista en el tipo penal²⁴.

Cuando nos encontramos frente a una acción típica que sólo está objetivamente justificada, es decir, respecto de la cual no concurre la justificación subjetiva, nos encontramos, en definitiva, frente a un resultado que es conforme a derecho en los términos del numeral 28 constitucional. La existencia de la justificación objetiva implica que el resultado obtenido no es desvalorado socialmente, puesto que se produjo en circunstancias externas que lo hacen socialmente deseable y/o totalmente aceptable; se tratará, por ejemplo, del caso de una persona que dispara contra otra ignorando que esta última está empuñando un arma con la cual pretendía, sin motivo válido, atacarlo y darle muerte, de forma que, con el disparo, y sin saberlo, responde de manera necesaria a una agresión ilegítima²⁵. En tales casos, calificar la conducta como antijurídica carece de sentido desde la perspectiva del principio de lesividad, e implica una sanción de las motiva-

ciones internas de la persona que desembarcaron en un resultado que la sociedad estima aceptable, ya que, si bien al momento del hecho el sujeto activo desconocía que se daban las circunstancias objetivas de un tipo permisivo, el resultado finalmente obtenido, es decir, la salvaguarda de la vida y/o integridad física de la persona que estaba siendo agredida ilegítimamente, resulta objetivamente ajustado a las expectativas sociales.

La antijuridicidad material, categoría que, sin duda, acoge al principio de lesividad, resulta ser un instrumento que permite ajustar en la práctica la respuesta penal a las características del caso concreto, lo cual resulta muy difícil de realizar desde la tipicidad dado que la realidad social es mucho más rica y variada que las previsiones generales y abstractas que pueda realizar el legislador. Es así que, tal y como ha señalado Rivera, la antijuridicidad material viene a constituir un "... *punto de unión entre realidad (dimensión social del derecho) y valoración jurídico penal ...*"²⁶, dotando a la praxis judicial de un sentido de utilidad social que no puede menospreciarse. El prescindir del elemento subjetivo de justificación, tiene la virtud precisamente de ajustar la respuesta punitiva, en el nivel de la antijuridicidad, a la exigencia **única, y esencial**, de dañosidad social que viene impuesta por el párrafo segundo del artículo 28 constitucional.

6. Conclusión

Si bien es cierto es un lugar común señalar que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja, que incluye elementos objetivos y elementos subjetivos, existen buenas razones para apartarse de esa concepción, y abogar por una conformación simple, puramente objetiva, de las causas de justificación. Por una parte, al

24 En ese sentido se ha señalado que "... *Un Derecho penal preventivo, conforme a un modelo de Estado social y democrático de derecho fundamenta lo injusto penal en el desvalor de la conducta, en tanto esta sea infractora de la norma jurídica primaria (de conducta), a la vez que gravemente peligrosa o lesiva para el bien jurídico de protección penal (resultado normativo ...)*". Navas Aparicio, Alfonso. (2011). *Código Penal de Costa Rica comentado*. San José: Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, p.145.

25 Otros casos similares son los siguientes: una persona lanza una piedra contra la ventana de un vehículo, sin saber que dentro hay un niño asfixiándose que, gracias a esa acción, logra salvar la vida; un inquilino molesto porque su casero llega a cobrarle la renta lanza un golpe con un rodillo cuando se abre la puerta de la casa, con la intención de no permitirle la entrada, pero a quien golpea es a un ladrón que pretendía robar en la vivienda, siendo que con esa acción evita el robo. Tal y como se aprecia, en esos supuestos falta la justificación subjetiva, pero el resultado finalmente obtenido merece aprobación social.

26 Rivera Llano, Abelardo. (2005). *Derecho penal posmoderno*. Bogotá: Editorial Temis, p.581.

liberar a la justificación del componente subjetivo, se reducen las exigencias para poder excluir la antijuridicidad de la conducta, ampliándose de tal manera el ámbito de libertad personal. La supresión de la justificación subjetiva es además una consecuencia de reconocer que la naturaleza y función de los tipos permisivos difiere, esencialmente, de la

naturaleza y función de los tipos prohibitivos. Además, al prescindir del elemento subjetivo de justificación se reconoce que la categoría de la antijuridicidad es, esencialmente, de carácter objetivo, conclusión que viene impuesta por la prevalencia del principio de lesividad como límite al *ius puniendi* estatal.

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS CONTENIDOS DE LA JUSTICIA PENAL ELECTORAL COSTARRICENSE^{*/**}

Some reflections about Costarrican Electoral Criminal Justice

*Andrei Cambronero Torres**

* El presente artículo se enmarca en la investigación “*La Justicia Penal Electoral en Costa Rica*” que, actualmente, el autor desarrolla como parte de los requisitos académicos para optar por el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR).

** Este artículo fue publicado, originalmente, en la Revista “Estudios de la Justicia” de la Universidad de Chile.

*** Abogado y Criminólogo. Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR y Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica. 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. Correo electrónico: andrei.cambronero@ucr.ac.cr / acambronerot@gmail.com

- **Resumen:** En una primera etapa, el artículo se avoca a delinear conceptualmente las locuciones “Justicia Penal Electoral” y “Delito Electoral”, tomando como base la dogmática jurídico-penal tradicional pero, además, presentando particularidades propias de los actos relativos al sufragio. De otra parte, en temas específicos de la aplicación de la ley penal electoral, se sugieren –como *ideas a tener en cuenta*– elementos interpretativos que el operador jurídico penal debería valorar en este tipo de delincuencia.
- **Palabras clave:** Delitos electorales / Justicia Penal Electoral / Delincuencia Electoral / Procesos Electorales / Teoría del Delito Electoral
- **Abstract:** First, the article attempts to conceptually define the terms “electoral criminal justice” and “electoral crime”, taking as a basis the traditional criminal-legal doctrine, in addition to presenting distinctions which are specific to suffrage. Furthermore, the article goes on to discuss specific issues concerning the enforcement of electoral criminal law, and suggestions are made –as ideas to take into account– regarding interpretative elements that criminal legal authorities should consider in this type of crime.
- **Keywords:** Electoral crimes / electoral criminal justice / Crime’s Theory / Electoral process

1. Introducción

La Justicia Penal Electoral en Costa Rica es, como todo concepto, un marco dentro del cual puede incluirse –según las convenciones de los operadores– un variopinto de conductas, normas, doctrina y prácticas judiciales, entre otros. Precisamente, esa multivocidad impone a los usuarios de la alocución explicitar qué entienden por tal.

Para situarse en el pasado reciente, el Código Electoral costarricense (CEc) de 1953 (Ley n.º 1536) tipificaba una serie de conductas como delitos; el legislador había disvalorado, a través de la creación de tipos penales, actos lesivos relacionados con las diversas fases del proceso electoral¹. En efecto, en una redacción que entreveraba las contravenciones, delitos sancionados con multa y delitos castigados con prisión, la normativa de la segunda mitad del siglo XX² presentaba uno de los elementos necesarios –mas no suficientes– de cualquier sistema penal: los tipos penales³.

De igual modo, la fijación de la competencia en los tribunales penales ordinarios para el juzgamiento de tales conductas ilícitas (artículo 154 de la referida legislación) y la ocurrencia, de hecho, de acciones que podían ser subsumidas por alguna de las formulaciones de los tipos objetivos, alcanzarían para reconocer la existencia de una “Justicia Penal Electoral en Costa Rica”, al menos durante el período histórico nacional denominado “Segunda República”.

Sin embargo, pese a la importancia de

esos componentes, se considera que el objeto –concebido de esa manera– solo incorpora características formales. En otros términos, solo da cuenta de un diseño institucional capacitado para el juzgamiento de conductas ilícitas relacionadas con “lo electoral”, mas no refiere al comportamiento real de los operadores frente al fenómeno de la “delincuencia electoral”; o sea, si los fiscales y jueces –por citar solo dos de los actores preponderantes del proceso penal– presentan un convencimiento de que esos actos son socialmente dañinos al punto de, realmente, merecer estar previstos en el Derecho Penal⁴.

De lo expuesto se sigue, como una de las premisas iniciales, que la presencia de un “organigrama funcional” e, incluso, ciertos procedimientos en la ley escrita no dan cuenta, *per se*, de la existencia fáctica del litigio penal electoral.

Uno de los síntomas de esa disparidad entre teoría y práctica judicial en el tema, lo podemos extractar de Sobrado (2011: 248), quien señala: “... *durante el período que va de 1988 al 2008 sólo se registran cuatro sentencias por delitos electorales y únicamente una de ellas es condenatoria*”. Precisamente, en esa distorsión (*law in books vs law in action*⁵) es en la que encuentra asidero uno de los puntos centrales de la presente reflexión.

El pensamiento normativista lleva, en términos generales, a un reduccionismo ingenuo o, como se ha señalado en otros espacios, a un *simplismo jurídico* (Cambroner, 2011); el aferrarse a la mitológica idea de la positivización normativa como panacea para los problemas sociales es, sin lugar a dudas, ingresar a una óptica para adquirir unas gafas de poco aumento (al menos menor al que se necesita). La tendencia a pensar que todo lo que el Derecho prescribe sucede tal cual en la realidad

1 La Criminalización de conductas estaba centrada, básicamente, en los numerales 149 a 153 del citado Código Electoral hoy derogado.

2 Vigente además, con algunos cambios menores, durante casi toda la primera década del nuevo milenio.

3 El principio de legalidad criminal, de extenso desarrollo en la doctrina, se puede presentar –en ajustada síntesis– con el aforismo latino “*nulla poena sine lege*” y constituye innegablemente un bastión del Derecho Penal democrático.

4 Téngase presente la diferencia de lo real y el papel.

5 Distinción de Pound desarrollada por Llewellyn que se sirve desarrollar Haba (2012, T.I: 481-486).

nos coloca frente a la línea –cuando no nos lleva a cruzarla– de una de las manifestaciones de la magia verbal⁶ y nos distrae de los verdaderos embrollos o, más correctamente, de los problemas “*en serio*”.

Por tal motivo, en aras de tener un acercamiento menos formalista, vale indicar que la *vigencia fáctica* (Albert, 2007) del Derecho Penal Electoral muestra una tendencia cercana a cero, pues pocos son los casos de este tipo denunciados al Ministerio Público y menos aún los que logran superar la etapa preparatoria⁷. De ello, entonces, se pueden presumir –al menos– las siguientes circunstancias: a) la inexistencia de litigio en estos temas se debe a que no se cometen las conductas tipificadas en la norma penal; o, b) ciertamente ocurren las situaciones previstas en la norma mas, en la práctica, existen circunstancias que condicionan el ejercicio de la acción penal y dificultan que “lo electoral” en “lo penal” supere la fase intermedia del proceso.

Frente a los citados supuestos no se puede optar, de manera maniquea, por uno de ellos para explicar el fenómeno. Presumiblemente, existirán algunas conductas previstas por el legislador que no lleguen a concretarse; en otros términos, pese a existir un delito cuyo contenido tipifique una acción específica, esta –por múltiples factores– tal vez jamás ocurra: el actual CEc sanciona de dos a seis años al funcionario electoral que, para incidir en la elección, modifique maliciosamente la lista de electores (numeral 278); sin embargo, en los tiempos que corren, la existencia de controles cruzados y el especial *ánimo* requerido para la configuración del tipo torna difícil el encontrarse un ilícito de estos en la realidad (supuesto “a” mencionado en el párrafo anterior).

6 Ver, entre otros, Salas (2013); en especial capítulo “El sofisma de la magia verbal y del naturalismo lingüístico.”
7 Más allá de la visión marcada por el “eficientismo penal” donde el “éxito” de la jurisdicción sancionatoria se mide en función del número de condenas.

Empero, especiales factores como una construcción deficitaria en la gramática punitiva de las normas⁸, la ausencia de regulación sobre el particular y, en especial, una cultura jurídica⁹ reacia a introducir dentro de los *juegos del lenguaje* (Wittgenstein, 2012) del Derecho Penal los ilícitos relacionados con los actos del sufragio favorecen, según nuestra presunción, a la dificultad para perseguir este tipo de conductas. Si quien ostenta primacía en el ejercicio de la acción penal no concibe como trascendente una determinada conducta, no la perseguirá o, al menos, no lo hará con el debido empeño (presunción “b” expuesta en el párrafo tras anterior).

Un breve paréntesis aclaratorio. Si bien habrá podido notarse que, como punto de partida, se afirma la intersubjetividad de los agentes del sistema penal para entender la delincuencia electoral como un tema de poca monta, lo cierto es que la persecución de ilícitos relacionados con el financiamiento de campañas electorales constituye una excepción: la presión social (catalizada por los *mass media*), la evolución de estudios acerca de corrupción en estos espacios¹⁰ y toma de esas campañas por agentes con fines espurios en la región latinoamericana, han llevado a que actores relevantes del proceso penal tomen decisiones para su efectivo juzgamiento¹¹.

8 Sobrado les llama “errores de tipificación penal” (2011: 248).

9 Se entiende cultura jurídica como la actitud y valoraciones (compartidas) de los operadores del sistema hacia determinado objeto de relevancia jurídica, sea previsto en alguna norma de esa clase.

10 Ver entre otros, Fundación Konrad Adenauer (2010), Casas y Zovatto (2011) y De la Calle (2011).

11 La Fiscalía General de la República de Costa Rica, en ejercicio de su atribución para fijar la política de persecución penal –artículo 25 de la ley orgánica de ese órgano–, emitió la circular n.º 01-PPP-2013, por intermedio de la cual se reconoce que, tratándose de la antijuridicidad formal (lesión al bien jurídico), cualquier conducta relacionada con financiamiento partidario debe ser perseguida.

Ahora bien, otra de las manifestaciones tipo b) viene dada porque, en apariencia, los locutores de la disciplina penal no hallan un “parecido de familia” (Wittgenstein, 1999) entre los *topoi* aglutinados bajo el paraguas “Teoría del Delito” (TDD) y los propios del ámbito electoral, con lo que se descarta la interacción entre las categorías y la posibilidad de analizar una conducta suscitada en una dinámica propia del proceso electoral desde conceptos jurídico-penales tradicionales, se torna compleja.

Sin perjuicio de lo indicado, no se considera que existan disputas “insalvables” o algo similar a una inconmensurabilidad local (Kuhn, 1989) entre lo electoral y lo penal que impida tender puentes para lograr, en la práctica, la existencia de una Justicia Penal Electoral; mas, ciertamente, es necesario una reconfiguración de los contenidos conceptuales que, durante largo tiempo, se han dado a los componentes de la TDD.

En ese sentido, más allá de una visión formalista, se sugiere tener a la Justicia Penal Electoral en una dimensión material: incorporación no solo los componentes normativos, sino también de las dinámicas sociales intra y extra proceso judicial; o sea, además de una política criminal en lo electoral, el entramado institucional para la persecución y juzgamiento de las conductas, y el diseño propio de la jurisdicción (normas sustantivas y procesales), es trascendental mirar integralmente las prácticas de los participantes del proceso. El análisis no se agota en el repaso de la asignación formal de competencias a los diversos protagonistas del juicio, sino en la revisión de esos aspectos más las prácticas concretas de valoración que realizan los actores frente a un hecho específico.

Comúnmente, la doctrina especializada referencia la Justicia Penal Electoral como el conjunto de instituciones dispuestas para sancionar una conducta contraria a los principios

democráticos relacionados con la elección de autoridades, así como el rol desempeñado por cada uno de los partícipes en esos procesos (entre otros Betanzos, 2012 y Díaz, 2013); sin embargo, se deja por fuera cuáles son aspectos particulares por tener en consideración al momento de aplicar una matriz teórica (la TDD) a una conducta humana lesiva –o peligrosa– acaecida en el terreno de lo electoral.

Desde esa perspectiva, baste decir –para complementar lo señalado en las primeras líneas– que la Justicia Penal Electoral es un fenómeno jurídico-cultural comprensivo, donde se incluyen las reglas del juego –previsiones normativas–, cómo han sido interpretadas normalmente esas pautas, los comportamientos sociales concretos y las guías de aplicación de la dogmática penal a un campo criminal *sui generis*.

Con base en esa lógica, el presente artículo pretende mostrar cómo, en algunos aspectos generales de la dogmática penal, podrían tomarse en cuenta especificidades de “lo electoral” en aras de lograr una verdadera vigencia pragmática de la Justicia Penal Electoral.

2. Delito electoral

Como uno de los componentes principales de esta particular dinámica punitiva, resulta pertinente clarificar qué hemos de entender por “delito electoral”. Si bien la unidad básica del derecho sancionatorio es la descripción de una conducta (o falta de ella en los casos omisivos) a la cual el legislador le atribuye un castigo que, tratándose del Derecho Penal, es la privación de la libertad o una multa (nos referimos al tipo); lo cierto es que esa construcción gramatical es insuficiente para calificar un determinado comportamiento como delito.

En concreto, debe resaltarse la diferenciación entre tipo y delito pues, a lo sumo, la sinonimia de ambos términos puede darse en el plano formal. Como lo señala Muñoz Conde

(1984:2) “*El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley.*”. Desde esa perspectiva, hacer un ligamen directo entre la proposición legal y el “delito” resulta un reduccionismo que poco aporta a una comprensión pragmática de la cuestión¹².

La existencia de una TDD supone, en palabras de Bacigalupo (1994: 37), que este es “*una descomposición [de la conducta] en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales.*”. En otros términos, el delito, como tal, es una construcción teórica basada en una acción humana jurídicamente relevante (¡importancia normativamente asignada!) cuyo encuadre en estratos analíticos¹³ (¡consensuados e igualmente teóricos!) es necesario para la imposición de la pena prevista en la formulación legal.

De otra parte, Zaffaroni (1998) atribuye el calificativo de “ente jurídico” al delito¹⁴; si bien el autor prima la necesaria positivización de una conducta en la ley penal como sustrato de tal concepto (con lo que se quedaría en el plano formal), lo cierto es que conjuga otros

factores dogmáticos para dar contenido a la formulación: su amplio desarrollo acerca de los componentes de la enunciada teoría permiten concluir que su concepción, al igual que la doctrina citada en los párrafos precedentes, es favorable al reconocimiento del delito como algo más complejo que varias oraciones formando una norma punitiva.

En suma, la doctrina penal es coincidente en describir el delito como una construcción teórica¹⁵, sea una conducta imputable a un sujeto que cumple con unas características fijadas por la comunidad epistémica en una suerte de test de verificabilidad (TDD).

Sin embargo, al cruzar la acera, la situación es un tanto diferente. Tratándose de la doctrina electoral especializada, el péndulo tiende a ubicarse en el centro: lejos de una tendencia predominante en la que se tenga al delito como el resultado de un ejercicio analítico —a partir de categorías conceptuales predefinidas según acuerdos mayoritarios entre los locutores de la disciplina— la tendencia es a constituir una formulación en la que destacan tres componentes relacionados entre sí: *a)* conducta lesiva; *b)* principios electorales; y, *c)* definición y sanción en una norma de rango legal.

En efecto, si se consultan fuentes doctrinarias tradicionales como el “Tratado de derecho electoral comparado de América Latina” (2007) —que a su vez referencia el Diccionario Electoral de CAPEL (2000)— es fácilmente observable la homologación del concepto “delito electoral” con una conducta disvalorada por la ley, cuya comisión debe castigarse al haber falseado aspiraciones (componente axiológico) del sistema político republicano. Puntualmente, el citado diccionario define ese

12 Sobre este punto, Zaffaroni (1998: 11-12 t.III) distingue entre delito *lato sensu* y delito *stricto sensu*; entendiendo la primera acepción como la conducta típica a la que le “hacen faltan” la antijuridicidad y la culpabilidad.

13 Nos referimos a tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como componentes de la TDD.

14 El autor clarifica la no indeterminación absoluta del concepto en el tanto lo ontologiza. Se afirma que el *conocimiento no crea el objeto* (en este caso el delito), con lo que podría ubicarse tal posicionamiento teórico más hacia el extremo “racionalista” de la pregunta cómo se conoce, hipótesis que se alimenta con sus alusiones a reglas lógicas en la construcción de la dogmática penal, tales como la no contradicción y el uso del método deductivo para “reducir” la abstracción de la formulación normativa (tipo penal) a una situación concreta. Por último, el jurista argentino acerca la dogmática penal a la física, dejando entrever una inclinación —al menos inicial— al positivismo cognitivo (más preciso: propende a una clase de monismo metodológico).

15 Adicionalmente, puede notarse tal concepción en los *a priori* de los que parten Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, entre otros, en los ensayos presentados en la obra “Sobre el estado de la teoría del delito” (2000); y en sus producciones en general.

concepto como “conductas, acciones, incluso omisiones atentatorias contra los principios que han de regir un sistema electoral en un Estado democrático y que por su propio carácter peculiar, son definidas y castigadas [...] en la propia ley electoral.”¹⁶.

Las producciones dogmáticas mexicanas y españolas, coincidentes además con la definición antes transcrita, resuelven el contenido del término circunscribiéndolo a una afectación (por acción u omisión) de las diversas fases del proceso electoral, sus actores o los postulados básicos que, sobre el sufragio, pregona el ideal democrático¹⁷.

Ciertamente, se han intentado definiciones un poco más exhaustivas como la del propio Zamora, A. (2003: 71), quien entiende al delito electoral como “hipótesis legislativas que suponen comportamientos humanos determinados, que solamente pueden realizarse durante los tiempos en que los organismos electorales determinan formalmente el inicio del proceso correspondiente, que también tendrá una etapa de culminación por lo que un delito de esta naturaleza podrá cometerse a través de una conducta que acontezca hasta en tanto se agote el último de los recursos y asuman los cargos a que fueron electos los candidatos.”.

Sin embargo, pese a no existir inconveniente con acepción formal de “delito electoral”¹⁸, lo cierto es que tal definición es insuficiente. Como hipótesis de trabajo, sostenemos un carácter *sui generis* en la delincuencia electoral como justificante para la aplicación de una TDD diferenciada (con componentes que, en su valoración, tomen en cuenta las especificidades del fenómeno electoral); de

esa suerte, si se admitiera, de entrada, una conceptualización de la unidad base –el delito– deslindada de los aspectos sustanciales se negaría, *ab initio*, la referida especialidad (¡contradicción!), pues no se demarcaría ese carácter propio del fenómeno electoral que lo distancia de, por ejemplo, los delitos comunes.

De esa forma, debe plantearse un concepto ecléctico en el que se complementen los aspectos formales con la concepción material de la dogmática penal tradicional –esto es privilegiar el carácter de resultado analítico– y, además, se tomen en cuenta las particularidades del fenómeno electoral. Precisamente, en esa tarea de construcción, si a la categoría “delito” le hemos de asignar el calificativo de “electoral”, procede definir, entonces, este último vocablo como paso previo.

Al no ser el tema central del presente estudio, no resulta pertinente entrar en valoraciones acerca de la evolución que, principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (TSE) y en la doctrina especializada, ha tenido la respuesta a la pregunta ¿qué es lo “electoral”?¹⁹; baste indicar que se entenderán como parte de ese fenómeno “*todos los actos relativos al sufragio, así como las normas y demás actos sujetos al Derecho Público que regulen y desarrollen el derecho a la participación política, las que establezcan mecanismos de protección para su efectivo goce o reparación y las destinadas a regular la conformación y atribuciones del Tribunal Supremo de Elecciones.*” (Cambronero y Mora, 2015: 182).

Ahora bien, conjuntando lo anterior con una perspectiva material, proponemos, como concepto, que *el delito electoral en Costa Rica es una acción típica, antijurídica y culpable*²⁰,

16 En similar sentido Ahuatzí (2002), Martínez (2003) y Plascencia (2010).

17 Betanzos (2012), Cruz (2013), Gálvez y Rubio (2007), Muñoz Conde (1983), Orts (1977) y Zamora, A. (2003).

18 Entiéndase por definición formal toda aquella proposición similar a la siguiente: previsión normativa que prevé una sanción penal para una conducta lesiva a componentes del sistema electoral.

19 Sobre este punto pueden consultarse, entre otros, los estudios de Brenes (2013 y 2002), Cambronero y Mora (2015) y Sobrado (2012 y 2005).

20 Hasta este punto la definición es similar a la de Barrios (2009), empero este autor omite referenciar qué

en la cual el tipo objetivo aspira a la protección de un interés o bien jurídico íntimamente relacionado con el objeto electoral.

Importante enfatizar en ese último aspecto. No solo es necesaria la existencia de una acción lesiva, sino que esta debe corresponderse con una tipificación favorable a la tutela de un aspecto de relevancia electoral (¡punto medular!). Asimismo, aunque parezca una trivialidad indicarlo, para una adecuada calificación del comportamiento en los términos expuestos debe evitarse la “trampa de contexto” (mostrar una actitud irreflexiva en la que toda conducta dañosa de relevancia jurídico penal es calificada como delito electoral, por el hecho de haberse producido en eventos propios del proceso comicial).

Para una mejor comprensión, dos ejemplos. El militante de un partido político, aprovechando la algarabía de una plaza pública, golpea –con el asta de su bandera– a otro de los participantes (un sujeto con quien tenía desavenencias) y, producto de esa acción, la víctima fue incapacitada por seis días. En este caso, no podría calificarse la conducta como un delito electoral pues, como resulta obvio, desde el criterio formal no puede encuadrarse la conducta en ninguno de los tipos penales del capítulo I, título VI del CEc pero, desde el concepto propuesto, la norma penal que criminaliza tal conducta (lesiones leves²¹) no tutela ningún bien jurídico de relevancia electoral, con lo que se descarta de la categoría “delito electoral” también por esta circunstancia.

Véase un cuadro fáctico menos claro. El ciudadano A es el miembro presidente de una junta receptora de votos (JRV); en la madrugada del día de la elección su esposa lo encie-

considera como “acción electoral” y no evoca mayores precisiones en cuanto a los alcances y límites de ella.

21 El Código Penal de Costa Rica, en su ordinal 125, señala: “Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus labores habituales por más de cinco días y hasta por un mes.”.

rra en el cuarto y, producto de ello, no puede desempeñar su cargo. Esa situación obliga a integrar el organismo electoral con los auxiliares electorales. Según lo descrito, la esposa de “A” debe ser acusada por impedir que uno de los integrantes de una JRV cumpla con sus funciones²² o, en su defecto, por una privación de libertad²³.

Frente a ese cuestionamiento es imperioso realizar un análisis del ánimo de la esposa de “A”: cuál fue el motivo que la llevó a encerrar a su cónyuge. Si se logra determinar que impidió la salida de su marido con el fin de evitar la constitución de la JRV y entorpecer el proceso de votación, entonces podría resultar aplicable el tipo del inciso c) del ordinal 272 del CEc, ya que con su acción –suponiendo la existencia del resto de componentes de la TDD– encuadra en una descripción normativa prevista para castigar la afectación del adecuado desarrollo de la jornada electoral. Por el contrario, si el encierro de A se debió a una disputa marital, procedería la persecución penal por privación de libertad.

Como puede concluirse de las valoraciones descritas en el párrafo anterior, se configura un concurso aparente de normas que es necesario resolver en el caso concreto; no obstante, el punto por ilustrar acá es que el contexto comicial no puede tomarse, sin más, como un criterio decisivo para calificar una conducta como delito electoral²⁴.

Por último, de la definición dada párrafos

22 Delito electoral previsto en el inciso c) del numeral 272 del CEc.

23 Delito ordinario contemplado en el artículo 191 del Código Penal costarricense.

24 Cruz (2013) ofrece una clasificación inicial que diferencia los “delitos exclusivamente electorales” de los “delitos comunes cometidos en el ámbito electoral”; sin embargo, esa diferenciación es útil en el ámbito español por la forma en la que están tipificadas las conductas. En el sistema costarricense, tal separación no resulta pertinente pues, como se indicó, las paradojas entre los tipos ordinarios y los electorales se constituyen en concursos aparentes.

atrás, conviene explicitar los alcances de los componentes temporal y material del objeto electoral en el espacio sancionatorio. Acerca de la materia, para el caso costarricense, en los actos relativos al sufragio se encuentran contenidos –además– aquellos propios de una consulta popular de alcance nacional; en otras palabras, las figuras delictivas acerca del referéndum deben entenderse incluidas en el calificativo “electoral”. En efecto, de manera expresa –en la Ley de Regulación del Referéndum– el legislador admitió que las conductas descritas en los tipos penales electorales pueden cometerse durante (o con ocasión de) un proceso electoral de carácter consultivo (artículo 32)²⁵.

Acerca del componente temporal, como se habrá percibido, no hay mención alguna a este en la definición propia sugerida párrafos antes. Esa actitud silente es consciente y voluntaria: en el sistema nacional no pueden establecerse fechas entre las cuales es posible la comisión de delitos electorales; en otros términos, contrario a lo establecido por Zamora, A. (2003: 71), no es dable un “criterio del calendario” para confirmar o descartar la ocurrencia de una acción lesiva de tal naturaleza.

Una revisión rápida de la legislación penal electoral costarricense basta para comprender que hay acciones típicas cuya comisión puede darse en cualquier tiempo; así por ejemplo: la alteración del padrón, la recepción de donaciones o aportes prohibidos y la renuencia a publicar resoluciones del TSE en el Diario Oficial, son situaciones que pueden suscitarse a lo largo del ciclo electoral y no solo entre el lapso que va desde la convocatoria a la elección hasta la toma de posesión de las autoridades electas, como pretende Zamora.

Por tales motivos y para concluir el presente apartado, se descarta categóricamente

25 Sobre la legitimidad de esta norma que podría considerarse un “tipo penal general en blanco”.

el componente temporal como parte del concepto de “delito electoral”, pese a existir acciones típicas que solamente se dan en momentos específicos como el día de la elección²⁶.

3. Aplicación de la ley penal electoral en el espacio

El ejercicio del poder punitivo supone una prerrogativa reglada del Estado: el aparato institucional es, en principio, el único legitimado para castigar conductas contrarias a las pautas sociales de convivencia. En términos contractualistas diríamos: corresponde al aparato público, exclusiva y excluyentemente, reprimir las acciones contrarias al pacto social.

En los sistemas republicanos debe existir una criminalización primaria previa en sede legislativa, como elemento necesario para el ejercicio de tales prerrogativas; empero, la promulgación de leyes penales no supone la universalidad de su aplicación. En efecto, en los planos formal y material se suscitan vallas para la implementación de esas normas.

Una de esas delimitaciones, quizás la más obvia, es la territorial. La ley penal, al ser un ejercicio de soberanía (Castillo, 2008 y Bacigalupo, 1994), se encuentra acotada –por regla general– al país: los tipos penales son aplicables a aquellas acciones u omisiones llevadas a cabo en el territorio nacional²⁷.

Ahora bien, en el lenguaje forense, el lugar de comisión de un hecho punible puede adquirir varios matices: *a)* por una parte el legislador puede optar por referirlo al sitio donde se llevó a cabo la acción; *b)* puede apuntar a la locación donde se produjo el resultado; y,

26 Ver, por ejemplo, los tipos penales de los artículos 271 y 272 del CEC.

27 Para fines jurídico-penales, a partir de una lectura ligada de los artículos 6 de la Constitución Política costarricense y 4 del Código Penal, se considera territorio: el espacio geográfico de 51100km², el espacio aéreo, el mar territorial, el zócalo insular, la plataforma continental y las naves y aeronaves de bandera nacional (Castillo, 2008: 154-155, t.I).

c) puede aludir a ambos escenarios: el de la acción y el del resultado.

Precisamente, Costa Rica se adscribe al último supuesto ya que, en razón de la previsión del numeral 20 de su Código Penal, “*el hecho se considera cometido en el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte, la actividad delictuosa y en el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado.*”. Por ello, Castillo (2008: 158 t.I) afirma la teoría de la ubicuidad como la propia de nuestro régimen penal: el código –para fijar el lugar del hecho punible– “*toma en cuenta tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado.*”.

Lo anterior es importante tratándose de los delitos electorales. Una de las innovaciones del CEc de 2009 fue la inclusión del voto en el extranjero: a partir de la elección presidencial de 2014, los costarricenses domiciliados allende de las fronteras del país –y que hubieran tramitado su cambio de domicilio electoral– pueden participar en las votaciones presidenciales y en las consultas populares de alcance nacional²⁸, mediante el ejercicio del sufragio en los diversos consulados de Costa Rica alrededor del mundo. Sin embargo, aparejado a ese avance en los derechos políticos de quienes se ven obligados a abandonar el territorio por razones laborales, familiares o académicas, los espacios para la ocurrencia de hechos ilícitos también se diversificaron.

La instalación de juntas receptoras de votos en las sedes consulares genera las condiciones para que, de hecho, se den ilícitos electorales fuera del país; ciertamente, la posibilidad de realizar actos jurídicamente reprochables desde fuera de las fronteras nacionales ha estado presente incluso antes de la promulgación del actual CEc: por ejemplo, las irregularidades con ocasión del financiamiento de campañas electorales pueden suscitarse

con donaciones o aportes desde el extranjero sin que para ello se requiera, como elemento necesario, la instalación de JRV en el extranjero.

Sin embargo, de un repaso de la legislación penal-electoral anterior (nos referimos al CEc derogado en 2009 con la entrada en vigencia de la nueva legislación), es fácilmente observable como los tipos tenían un marcado acento en la criminalización de conductas suscitadas durante el lapso de campaña y el propio día de la elección (concretamente en las JRV), lo que, por no existir voto fuera del país, no presentaba mayores cuestionamientos en cuanto al espacio de aplicación de la norma punitiva.

En el nuevo paradigma, sí es dable que un ciudadano vote dos veces, suplante a un fiscal, retenga documentación electoral o –cual donación en especie– facilite un local para llevar actividades proselitistas en Pekín, Viena, Roma, Santiago o Buenos Aires, por citar algunos sitios en los que Costa Rica tiene habilitados consulados. De esa suerte, cabe preguntarse si es viable, a partir de las reglas tradicionales y la reflexión dogmática al respecto, procesar a un sujeto radicado desde hace varias décadas en Austin, por impedir el adecuado funcionamiento de la junta receptora del consulado de Chicago.

Pero, previo a realizar tal análisis, una advertencia. Es evidente que el estudio acerca de la aplicación de la ley penal en el espacio debe darse en el plano concreto; sea, frente a un caso particular el operador jurídico es quien realiza una evaluación de las circunstancias y define la procedencia o no de utilizar el marco sancionatorio patrio. Ese ejercicio se realiza a través de los criterios definidos –y de sobra conocidos– en la doctrina penal²⁹.

28 Ver artículos 187 a 192 del C.E. y el decreto del TSE n.º 4-2013, “Reglamento para el ejercicio del voto en el extranjero”.

29 Sobre el contenido de tales criterios pueden consultarse, entre otros, Castillo (2008: t.I, 148 ss.), Zaffaroni (1998: t.I, 256 ss.), Bacigalupo (1996:47 ss.) y Creus (1992:110 ss.).

En efecto, la territorialidad, la defensa, la Justicia Universal, la personalidad activa, la personalidad pasiva, la universalidad o el juzgamiento por representación, son las pautas orientadoras para precisar si una conducta llevada a cabo en un sitio determinado puede ser juzgada según la ley penal de otro país específico.

Sin demérito de ello, no es estéril la empresa de proponer, como guía, a través de cuál de los mencionados criterios podría, un tribunal interno, conocer de ilícitos electorales cometidos en el extranjero. Véase que, así formulado, implícitamente se está descartando la territorialidad en cualquiera de sus dimensiones, con lo que la referencia realizada a la teoría de la ubicuidad pareciera fútil.

No obstante, esa alusión deviene necesaria a fin de descartar la territorialidad de forma contundente y no solo sugerida. Al considerarse “lugar de los hechos” no solo la localidad donde ocurre la acción sino también el resultado, es fundamental dejar claro que, aún así, las acciones llevadas a cabo en el extranjero —principalmente tratándose de los tipos sobre el funcionamiento de las juntas electorales y los relativos al financiamiento partidario— no tienen las características idóneas para encuadrar en el criterio referido al territorio.

Para continuar con el ejemplo enunciado párrafos atrás, alguien podría pensar que sufragar más de una vez en la misma elección —en una junta del extranjero— tiene efectos sobre el país: una afectación al cómputo final de votos recibidos por las agrupaciones políticas que, a su vez, sirve de base a la declaratoria de elección realizada por el TSE. En ese tanto, *prima facie*, parecería plausible aducir la ubicuidad como base para legitimar la aplicación de la ley penal al elector.

Empero, esa postura lleva consigo el reconocimiento de la citada acción dañosa como una de resultado siendo, antes bien, una de mera actividad. Más allá de si el doble voto de

un sujeto incide o no en quién ha de ser declarado electo para desempeñar un cargo³⁰, lo disvalorado es la acción: sufragar más de una vez. Por tal motivo, se concluye el agotamiento del delito en tierras foráneas, sin que pueda considerarse ese eventual resultado como suficiente para acreditar un nexo con el territorio y, así, aplicar la teoría de la ubicuidad.

En similar sentido opera con los delitos acerca del financiamiento partidario. Supóngase que, en otro país, un extranjero dona algunas horas de perifoneo a una agrupación política para que —a través de ese servicio— realice propaganda en una de las localidades de mayor concentración de costarricenses con el afán de obtener una votación mayor³¹; en esa hipótesis, podría estarse ante una transgresión del numeral 274 inciso a) —sancionada de dos a cuatro años de prisión— y podría decirse que la ley penal costarricense es aplicable en el tanto el beneficio antijurídico lo recibe un partido político nacional que, eventualmente, verá aumentado su caudal de votos por la donación cuestionada (resultado en el territorio de Costa Rica). Mas, nuevamente, se estaría extendiendo demasiado el nexo entre la conducta y una consecuencia posible (beneficio a la agrupación receptora en el país) en aras de aplicar el referido principio de territorialidad; postura por lo demás forzada.

Frente a ello, se considera que el principio más adecuado para justificar la aplicación de la ley penal costarricense a los ilícitos electorales ocurridos allende de las fronteras es el “Real o de Defensa”. Castillo (2008:162-163) señala que este principio de protección “*extiende el ámbito de validez de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio nacional*

30 Evidentemente, esto es una hipótesis posible pero improbable.

31 Igualmente válido para ilustrar la situación, es el ejemplo de facilitar un inmueble para que un partido político instale un local, entre otras donaciones en especie.

que lesionan o ponen en peligro intereses o bienes jurídicos nacionales.”.

Precisamente, para aclarar la connotación de “bienes jurídicos nacionales” se puede recurrir a la definición que, sobre este principio, hace Bacigalupo (1996: 51) pues “*refiere a la protección de bienes jurídicos del propio Estado y que afectan a su integridad como tal (orden público, traición a la patria, moneda y documentos nacionales, etc.)*.”.

Sobre esa línea, el citado autor costarricense divide en tres grandes grupos los ilícitos que justificarían la aplicación de la ley patria en aras de proteger los intereses supraindividuales del país: *a)* acciones contra la seguridad interior y exterior del Estado; *b)* conductas contra la economía de la nación; y, *c)* actos en perjuicio de la Administración Pública cometidos por funcionarios –nacionales o extranjeros– a su servicio (Castillo, 2008)³².

Es fácilmente observable como los supuestos por encuadrar en las categorías *a)* y *b)* resultan ajenos a la delincuencia electoral; empero, tratándose de los delitos contra la seguridad del Estado, existe una porosidad en el estrato que permite incluir, según nuestra perspectiva, los tipos penales previstos en el Código Electoral, cuando son cometidos en el extranjero.

Para dar luz a la formulación “acciones contra la seguridad interna y externa del Estado”, Castillo (2008: 164) detalla una lista de títulos del Código Penal costarricense en los que, según su análisis, se encuentran tipos tendientes a la protección de tales intereses, mas reconoce la imposibilidad de limitar el concepto a esos delitos pues la propia legislación es omisa en el tema, dándose cabida a la interpretación.

Puntualmente, el referido jurista señala: “*debe considerarse que el concepto de “de-*

litos que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado” no es un concepto que se encuentre definido en el código penal. Por consiguiente, es un concepto sujeto a interpretación..”. (Castillo, 2008:164).

De acuerdo con lo anterior, puede considerarse la aplicación de la ley penal costarricense a hechos punibles cometidos en el extranjero en aras de hacer una “*protección racional de los intereses estatales*” (Castillo, 2008:164), sin que necesariamente las figuras típicas sean las previstas en los títulos IX, X, XI, XII y XIII del citado código sancionatorio.

Ahora bien, la estabilidad política de un determinado Estado depende, en gran medida, de las transiciones pacíficas del poder. La aceptación de los resultados electorales por parte de los actores políticos de peso permite, a su vez y como proceso mutuamente condicionante, la consolidación institucional en un determinado país. Esas circunstancias, en el juego democrático, son fraguadas al calor de un proceso legitimador: las elecciones.

Consecuentemente, la confiabilidad en el sistema electoral y su virtud para crear empatía³³ con quienes realmente cuentan en la competencia por el poder, son rasgos ineludibles para la estabilidad interna de la nación³⁴. Para Mora (2010) y Fernández (2006) el proceso electoral en sí mismo y la existencia de un órgano independiente, permanente, especializado e imparcial (luego de 1948), han sido dos de los factores determinantes en la estabilidad democrática de Costa Rica.

Aunado a ello, el controvertido resultado electoral de 1948, la coyuntura política de esa época y la cuestionable administración de los procesos electivos –como tónica de los comicios de la segunda mitad del siglo XIX y primer

32 Esa tripartición el autor la desarrolla a partir de una separación de los supuestos del artículo 5 del Código Penal.

33 Elementos a tomar en consideración a la hora de decidir en la clásica interrogante: *¿bullets or ballots?*

34 Sobre este tópico puede consultarse el estudio de Díaz (2010) relacionado con las reglas electorales y la estabilidad política de Costa Rica.

fragmento del siglo XX— fueron parte de los detonantes para la ruptura del orden constitucional en ese año, provocándose una inestabilidad interna³⁵.

Desde esa inteligencia, la pureza del sufragio (junto con el constructo institucional a su servicio) supone un elemento necesario para la estabilidad interior del Estado, siendo de interés general perseguir su lesión —o puesta en peligro— aún cuando las acciones hayan sido cometidas fuera del espacio territorial de la república.

En términos generales, la pureza del sufragio es el bien jurídico protegido por los ilícitos electorales, comportándose este como un concepto abstracto y colectivo favorable a la normalización de las relaciones sociopolíticas a lo interno de un sistema determinado; en ese tanto, la aplicación de la ley penal nacional se yergue como un mecanismo idóneo para la protección racional de intereses estatales, característica esencial sugerida por la doctrina para admitir la enunciación del principio real o de defensa.

En breve: al proteger los delitos electorales un interés colectivo con incidencia sobre la estabilidad del sistema político (un componente de la seguridad interna del Estado) es admisible subsumir en ellos conductas llevadas a cabo en el extranjero (independientemente de la nacionalidad de su autor) a través del sobradamente citado criterio de protección.

De otra parte, al no ser necesaria la doble incriminación se refuerza la aplicabilidad del criterio. Este tipo de delincuencia, al ir ligada al componente sociológico de la dinámica política de un determinado conglomerado social, suele tener particularidades normalmente no replicables en otros sistemas³⁶, con lo que exi-

gir tipos —concurrentes en el país de comisión y en el Estado en el que se ejercería el poder punitivo— podría ser un óbice para el efectivo juzgamiento.

Sin embargo, en el principio de defensa ese inconveniente no se presenta pues “*tampoco se requiere el principio de la doble incriminación en los casos que entran bajo el principio real o de defensa [...] puesto que un delito contra la seguridad interior o exterior del Estado costarricense [...] no es punible conforme al derecho penal del Estado extranjero, que no puede defender bienes jurídicos cuya defensa corresponde solamente al Estado costarricense.*” (Castillo, 2008: 165).

Con base en lo expuesto, se concluye que, tratándose de ilícitos electorales, se deben observar los principios tradicionales de “aplicación de la ley penal en el espacio” y, en concreto, para los casos de conductas reprochables cometidas en el extranjero con ocasión de un proceso electoral, el Estado costarricense puede —lícitamente— aplicar su derecho sancionatorio en razón del criterio real o de defensa.

4. Aplicación en el tiempo³⁷

En la aplicación de la ley penal, en su dimensión temporal, a los ilícitos electorales deben seguirse las pautas previstas en la parte general del Código Penal costarricense sobre el tema (artículos 11 a 15). Por regla de principio, se juzgarán las conductas según las normas vigentes al momento de la comisión del hecho punible³⁸.

Esa correspondencia entre la ocurrencia del evento y la ley penal regente para ese

35 Sobre estos temas pueden verse las obras de Lehoucq (1993) y de Molina y Lehoucq (1999).

36 Piénsese en figuras propias de la delincuencia electoral mexicana como las mencionadas páginas atrás: operación tamal, juego del gato y el ratón, etc.

37 Un desarrollo de dogmático de este tema y sus aplicaciones puede verse en Castillo, 2008: 192-224, t.I; y, en general, las fuentes enunciadas en la cita acerca de la “irretroactividad y la aplicación de la ley penal”.

38 El “momento de la comisión” debe precisarse según lo prescribe el numeral 19 del Código Penal (Castillo, 2008: 196-197).

instante deviene, en gran medida, es proyección de la irretroactividad de la norma punitiva como principio constitucional que informa el Derecho Penal³⁹. Sin embargo, el sistema costarricense es tributario de lo que Creus (1992:94) denomina “*irretroactividad relativa*”, pues el legislador admite hipótesis según las cuales es posible la aplicación de previsiones legales aprobadas con posterioridad a la acción reprochable; esos supuestos serán, básicamente, aquellos relativos a la retroactividad *in mitius* y la posibilidad de, a través del recurso de revisión, solicitar readecuaciones o liquidaciones de pena cuando el tipo base de la condena ha sido modificado o derogado.

Según lo anterior, es innecesario realizar mayores precisiones respecto de este tema.

5. Sobre la prescripción

En un sentido similar a lo expuesto en el apartado inmediato anterior, los delitos electorales, al ser de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria (artículo 285 CEC), están sujetos a las normas procesales y sustantivas (referentes a la TDD) ordinarias. Empero, existen discusiones generales en punto a este tema que, al incidir de manera directa en los ilícitos objeto de la investigación, conviene reseñar.

No pocas son las discusiones acerca de la “naturaleza” de la prescripción de la acción: la interrogante sobre si esas previsiones normativas son de contenido sustantivo o, más bien, son de carácter procesal, ha sido tratada ampliamente en la doctrina⁴⁰. En Costa Rica, por ejemplo, esa veledad se filtró en la legislación: hasta 1997 el legislador reguló la prescripción de la acción en el Código Penal (nor-

ma sustantiva por excelencia) y luego, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (Ley n.º 7594), las reglas generales para su definición, cómputo, interrupción y suspensión fueron previstas en esa norma adjetiva.

Esa discusión no es baladí. Allende de cuán persuasiva es una u otra postura, lo realmente importante es cuál sentido de la prescripción ha llegado a posicionarse como paradigma dentro de los operadores jurídicos, pues de esto depende cómo se aplicará, de hecho, el citado instituto a los casos concretos. Así, en nuestro medio, la doctrina imperante es la de entender la prescripción de la acción penal como un tema procesal.

Castillo (2008: 223, t.I) respalda lo anterior indicando que “*la prescripción de la acción penal no excluye ni lo injusto ni la culpabilidad del hecho*” sino más bien comporta un impedimento para perseguir una conducta dañosa de un sujeto (manifestaciones con las cuales se está de acuerdo). Sin embargo, el autor utiliza esa fundamentación para otorgar la etiqueta de “normas procesales” y, en razón de ello, justifica su aplicación directa, sea, la improcedencia de invocar la irretroactividad de la ley en los casos donde se agrava la penalidad de un tipo con el consecuente aumento en el plazo de prescripción.

Ciertamente, la prescripción de la acción supone un obstáculo de procedibilidad, esto es una imposibilidad para que el órgano persecutor instaure –o continúe– un proceso penal en contra de un sujeto, como “castigo” a la inercia punitiva. Desde esa inteligencia, en efecto, las normas relacionadas con este instituto tienen una marcada génesis procesal, empero ese linaje no supone, *per se*, un adecuado tratamiento del problema.

Sostener que una norma por ser procesal puede ser retroactiva –independientemente de las consecuencias reales para el imputado– es zafar del problema sin siquiera llegar a él. Al decirse que “*la aplicación de la pro-*

39 Sobre la relación entre irretroactividad y aplicación de la ley penal en el tiempo pueden consultarse, entre otros Creus, 1992: 92-96; Bacigalupo, 1996: 56 y ss.; Roxin, 1997: 161-169; y, Zaffaroni, 1998:459 y ss.

40 Ver, además de Castillo (2008: 222-223, t.I), las referencias que ese autor reseña en las notas 1027 a 1033.

hibición de retroactividad de la [sic] leyes referentes a las penas y a los delitos, que se basa en la necesidad del ciudadano de saber a qué atenerse en el momento de actuar, no se puede, por consiguiente, transferirse al Derecho procesal penal y concretamente a las disposiciones sobre la prescripción de la acción penal” (Castillo, 2008:223), oculta inconsistencias no menores.

De acuerdo con los plazos del Código Procesal Penal costarricense, los delitos prescriben en el extremo mayor de la penalidad indicada en el tipo, siempre que esta no sea superior a diez años o inferior a tres años; la extinción de la acción penal por prescripción está íntimamente vinculada, entonces, a los extremos de la pena. De esa suerte, si para la aplicación de la ley penal ha de tomarse en cuenta la vigente al momento de los hechos –tratándose del tipo y sus componentes–, en una perspectiva armonizadora, debería ocurrir lo mismo para la prescripción.

Véase que el argumento central para defender la irretroactividad en lo sustantivo es la certeza para el sujeto pero, de igual modo, podría esgrimirse para la norma procesal de prescripción. Si un sujeto decide asesinar a otro sabe a *qué atenerse* en cuanto a los años que, de resultar culpable, puede purgar prisión y, si siguiera una teoría pura del *rational choice* (como parece ser una de las premisas de la doctrina), tendría los elementos necesarios para aventurar su cálculo: dar muerte al peor enemigo vs los años en presidio por tal acción. Tratándose de la extinción de la acción penal por la causa en comentario vendría a ser un poco lo mismo: si se conocen el tiempo promedio de resolución de causas, efectividad del ente fiscal y se sabe del plazo de prescripción, sería dable hacer una apuesta por la impunidad en razón del transcurso del tiempo: el sujeto comete el delito pues tiene elementos para barruntar una posible prescripción de la causa.

Contrario a esa certeza en las dos vías (sustantiva y procesal) se opta fragmentar el sistema y, a razón (¡o sinrazón!) de una etiqueta específica de norma “adjetiva”, se valida la existencia de hipótesis que, siendo escasamente probables, dan paso a escenarios contrarios a otros consensos del derecho penal democrático como la seguridad jurídica o la interpretación favorable al imputado. Para ilustrar, piénsese en una situación de rezago en la persecución de cierto tipo de delitos cuya penalidad superior sean los cinco años de prisión; preocupados por ello, los diputados modifican el tipo penal para que el extremo mayor de la pena se ubique en los nueve años y así el plazo de prescripción se ve extendido para los casos en trámite.

El cuadro fáctico propuesto se utiliza para visibilizar un posible escenario neopunitivista, pero a la inversa también hay cabida para la manipulación: un grupo considerable de importantes políticos podrían haber cometido una clase de ilícitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta doce años de prisión; sin embargo, una mayoría parlamentaria introduce modificaciones a la ley penal para reducir el extremo superior de la penalidad a cuatro años, con lo que dramáticamente se habrá reducido, también, el plazo de prescripción de la acción penal.

Como puede observarse, no solo desde una lógica de uniformidad para el sistema punitivo –con incidencia sobre la tan mentada certeza jurídica para el imputado– sino desde la eventual apertura de espacios para la manipulación institucional, resulta poco oportuno aplicar irreflexivamente recetas. En efecto, las normas procesales son en su contenido distintas a las sustantivas, pero esto lejos de servir para la legitimar el uso de ecuaciones debe ser aliciente para la reflexión con base en un marco axiológico concreto: ¿se corresponde la retroactividad de la prescripción con un modelo democrático de justicia penal?

Luego de la anterior digresión, cuyo planteamiento como se indicó tiene relación con el tema en estudio, conviene sintetizar: en los tipos penales electorales, como en el resto de delitos, el plazo de prescripción será el indicado en el Código Procesal Penal. Por regla de principio, se extinguirá la acción penal una vez transcurrido un plazo igual al extremo mayor de la pena prevista, siempre y cuando este se encuentre entre los tres y los diez años; esto variará si, en el caso concreto, se suscitan causales de suspensión o interrupción del plazo.

Por último, si bien las “faltas electorales” (numerales 286 a 302 del CEC) exceden el objeto del presente estudio (por no comportar materia penal en sentido estricto), vale indicar que no se previó en la legislación electoral el plazo de prescripción, de donde resulta oportuno un ejercicio hermenéutico del Juez Electoral⁴¹ en el que se fijen tales reglas. De hecho, así ocurrió.

El TSE, por sentencia n.º 6229-E3-2015 de las 15:45 horas del 8 de octubre de 2015, estableció que, tratándose de las faltas electorales, el plazo de prescripción “*es el término decenal establecido por el legislador en el artículo 868 del Código Civil*; y que, además, su cómputo inicia **desde el momento en que la administración electoral tenga pleno conocimiento de los hechos que podrían configurar la falta electoral**” (el resaltado corresponde al original).

Si bien el Juez Electoral –en la referida sentencia– fundamentó su postura acerca del porqué no resultan aplicables las reglas de la normativa procesal penal a tales ilícitos⁴², lo cierto es que, según nuestro criterio, debió to-

marse en consideración el carácter sancionatorio (y si se quiere represivo) de esas figuras.

En ese sentido, el plazo de prescripción de las faltas pudo homologarse con el plazo previsto para las contravenciones (2 años⁴³) o si se consideran estas figuras más afines a las sanciones administrativas, pudieron tomarse parámetros de leyes que sancionan conductas con un número determinado de salarios base (como ocurre en el CEC) dentro de las que está la Ley n.º 9078, “Ley de Tránsito”, que señala: “*la acción administrativa prescribe en dos años, computados desde el levantamiento de la boleta de citación.*” (ordinal 190)⁴⁴. Nótese que los plazos de la normativa civil se encuentran fraguados a la luz de las relaciones jurídicas propias de esa rama del Derecho: contratos, derechos y deberes suscitados entre los particulares, mas en lo penal-electoral se está en la típica relación sujeto (s) frente al poder punitivo del Estado.

6. La (ir)responsabilidad de las personas jurídicas y los partidos políticos

La doctrina tradicional⁴⁵ ha excluido, *ad initio*, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan tener responsabilidad penal, pues, básicamente, carecen de capacidad de acción. Sobre esa línea Creus (1992:160) señala: “*El concepto de acción precedentemente expuesto proviene de la teoría general del hecho ilícito del que se responde subjetivamente, que sólo puede ser conducta y, en cuanto tal, conducta de un autor, lo cual indica que*

41 En ejercicio de su competencia exclusiva y obligatoria para interpretar las normas constitucionales y legales en materia electoral (artículo 102.3 de la Constitución Política costarricense).

42 En esencia, porque en el catálogo de fuentes del Derecho Electoral –previsto en el numeral 3 del CEC– no preveía la rama penal.

43 El artículo 31 inciso b) del Código Procesal Penal señala: *Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: [...] b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones.*

44 Como se aprecia, ambos plazos corresponden a dos años.

45 Aparte de los autores que se citan, se excluye la capacidad de acción de las personas jurídicas en Bacigalupo (1994:57), Muñoz Conde (1984: 9-11) y (Roxin 1997:258-259), entre otros.

es inútil ponerse a meditar en la punibilidad de las personas jurídicas, que jamás pueden aparecer como un autor que asume conductas.”. En idéntico sentido, Zaffaroni (1998: 57, t.III) sostiene: “Entendemos que en el derecho penal “*estricto sensu*”, las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana.”.

Para el caso costarricense, el panorama no es distinto. Castillo (2008: 317) resume tal postura al indicar: “En nuestro Derecho penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe, pues ellas no son capaces de acción en materia penal y tampoco son capaces de tener dolo o culpa o de tener culpabilidad.”.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se ha suscitado una discusión tendiente al replanteamiento del clásico aforismo romano *societas delinquere non potest*. En efecto, la aparición de fenómenos criminales relacionados con sociedades anónimas (delitos tributarios y fiscales) así como delincuencia de grupo han llevado a profundizar en el tema de si es relevante, para el Derecho Penal, perseguir a las personas jurídicas.

Zúñiga (2004) por ejemplo señala: “La construcción de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica paralelo a la responsabilidad individual, permite distinguir cuando un ilícito es cometido por una persona física que se sirve de una persona jurídica y cuando se trata de un ilícito de organización, un tipo de criminalidad de grupo.”⁴⁶.

46 Roxin (1997), pese a ceñirse a la incapacidad de acción de las personas jurídicas, no desconoce los debates que, sobre este tema, se han suscitado. Para ilustrar, este penalista precisa: *hay defensores de castigar directamente a las personas colectivas (...) Una parte de éstos sostiene que se puede tratar a las personas colectivas como a las personas reales (Hirsch), y se intenta superar su falta de capacidad de acción mediante la construcción de que las personas colectivas actúan a través de sus órganos, mientras que el reproche de culpabilidad por el fallo de aquéllos se les debe imputar directamente a las personas colectivas.*

Para fundamentar una construcción de un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica a partir de una deconstrucción del sistema existente, esa autora repasa el paradigma sancionatorio actual que permite la individualización de la responsabilidad cuando los hechos son llevados a cabo por una persona moral. Puntualmente, se diferencia entre: a) la imputación de los órganos y representantes; y, b) la imputación al titular de la empresa.

En el primero de los casos, la construcción normativa está dirigida a “seleccionar a uno o varias personas físicas, órganos o representantes de la empresa como «chivo expiatorios», con el fin de no dejar el hecho impune y tranquilizar a las víctimas así como a la ciudadanía que reclama justicia.” (Zúñiga, 2004: 280). Así, uno de los principales cuestionamientos a la formulación –y que mostraría su insuficiencia como respuesta punitiva– es la criminalización de sujetos con un poder de decisión real bajo y que, a la postre, son fungibles dentro de la organización.

Por otro lado, imputar al titular de la empresa supone reconocerle responsabilidad en las operaciones de esta, sea, le asiste un deber de vigilancia acerca de la corrección del accionar de la organización. Específicamente, el Directivo se encuentra una posición de garante frente a las actividades de la empresa.

No obstante, ese último aspecto –posición de garante– es uno de los principales óbices: “no existe acuerdo en determinar quiénes y con qué límites tienen posición de garante de las actividades de terceros en la empresa, lo cual implican bases dogmáticas poco consensuadas.” (Zúñiga, 2004: 283).

Ahora bien, tratándose de los delitos electorales, particularmente los relacionados con la recepción de contribuciones privadas ilegales y los relativos a las tesorerías de los partidos políticos, puede afirmarse que se da una mezcla de ambos modelos de imputación: los tres primeros incisos del numeral 275 CEC

tienen como sujeto activo al *miembro del comité ejecutivo superior*; siendo este el órgano ejecutivo de mayor rango a lo interno de la estructura partidaria. Ciertamente, la máxima autoridad de una agrupación política es su asamblea superior (nacional, provincial o cantonal, según la escala), pudiéndose equiparar esta –*mutatis mutandis*– con el grupo de accionistas de una empresa⁴⁷, pero pese a ello la titularidad (y un grado importante de autoridada) es reconocida a los integrantes de ese comité ejecutivo.

De acuerdo con lo anterior, manteniendo la conceptualización de Zúñiga (2004) puede decirse que el tipo penal está construido para responsabilizar a los “directivos” del correcto accionar del partido político en asuntos financieros (modelo b), mas también es cierto que los miembros del citado comité son los representantes de la agrupación, “*quienes son en definitiva sustituibles, por lo que la «actitud criminal del grupo» o las conductas riesgosas para bienes jurídicos pueden mantenerse buscando otro representante*” (modelo a).

Las agrupaciones políticas presentan estructuras de poder formales (diversas instancias de representación previstas normativamente), pero además suponen la existencia de grupos con influencia simbólica sobre las dinámicas internas. Ese dualismo permite imaginar escenarios como el descrito en el párrafo anterior, a través de ejemplos como el siguiente: el día de una elección un grupo económico decide apoyar a un partido político a través de la donación de alimentos para los fiscales y miembros de JRV, el comité ejecutivo desconoce de tal situación. La “alianza” ha sido producto de un acuerdo entre los “pa-

47 Es claro que existe una diferencia de origen entre una empresa y un partido político, en tanto este último es una asociación voluntaria de ciudadanos sin fines de lucro; mas para efectos de la explicación cierto es que la asamblea superior tiene un paralelismo con los accionistas: ambos órganos son los cuerpos deliberativos máximos.

trocinadores” y el comando de campaña del candidato, quienes son de una tendencia interna diversa a la de la estructura formal; por ende, ante una eventual persecución penal, los afectados serán quienes ostentan los cargos de representación⁴⁸.

Frente a tales circunstancias, vale cuestionarse si esas previsiones penales resultan de pertinentes para disuadir las conductas indeseadas⁴⁹. Por una parte, se puede argumentar en favor de las actuales reglas, explicitando que se trata de un diseño omnicompreensivo⁵⁰: hay una tipificación penal para los representantes partidarios responsables de velar por el adecuado financiamiento, cuando no cumplen con sus obligaciones o admiten contribuciones prohibidas; y, simultáneamente, se previeron faltas electorales tendientes a imponer a la agrupación política –en su carácter de persona jurídica– multas por recibo de contribuciones irregulares y por el incorrecto control de aportes privados (artículos 287 y 288 del CEc).

En otra vertiente, es viable afirmar una insuficiencia acerca de las sanciones por imponer directamente a las agrupaciones políticas. Roxin (1997: 259) resume que: “*Un sector [...] propone un “modelo de medidas de seguridad” que sirva “como base legitimadora de sanciones complejas, que unan elementos represivos y preventivos, para las personas ju-*

48 Chivos expiatorios en los términos de Zúñiga (2004).
49 Ver la norma en su dimensión de tecnología social.

50 En este aspecto el sistema costarricense podría encuadrar en la siguiente descripción de Roxin (1997:259): “*Dado que existe la necesidad de volver a privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU.*”. Discusión aparte es si las faltas electorales tienen un carácter penal (una suerte de contravenciones) o más bien se asemejan a una falta administrativa.

rídicas.”; ese modelo, en virtud de la previsión del artículo 245 del Código Penal, es observado parcialmente en Costa Rica.

Esa línea argumentativa es aceptada por Castillo (2008:318 t. I) al sostener: *“puesto que las medidas de seguridad se imponen cuando no hay culpabilidad pero sí peligrosidad, es posible imponer como medida de seguridad el cierre, por un tiempo determinado, del establecimiento de la persona jurídica en cuyo nombre delinquirió su administrador, gerente, su representante o su dependiente sin violar el principio de culpabilidad.”*

De esa suerte, en el caso costarricense podría pensarse en complementar el sistema de sanciones previendo medidas de seguridad en contra de las agrupaciones políticas cuyos representantes hayan cometido algún delito electoral; así, pueden ensayarse alternas al cierre como la imposibilidad de presentar ciertas nóminas de candidatos en la elección inmediata siguiente al momento en el que se afirme la responsabilidad. En todo caso, estas variaciones dependerán de la política criminal que ideológicamente defina el parlamento.

En suma, hasta tanto no opere un cambio normativo en el sistema jurídico costarricense, no son considerados acciones –en términos penales– los actos desplegados por personas jurídicas (incluidos los partidos políticos).

7. Reflexión de cierre

La realidad es amplia y compleja, va más allá de la parcial visión que, de ella, realiza el entramado legal. En definitiva, la persecución de eventuales delitos electorales requiere de un posicionamiento particular, en breve: la delincuencia electoral presenta rasgos no convencionales que justifican la aplicación diferenciada de los componentes de la Teoría del Delito, tanto en la creación de los tipos penales que criminalizan las conductas, como en las fases de comprobación de tales elementos

conceptuales frente a casos concretos.

Por ello, si bien los locutores del derecho sancionatorio podrían, por ejemplo, entender más fácilmente -como acto lesivo- los ilícitos por financiamiento espurio de campañas electorales (en razón de su proximidad o parecido con sus representaciones mentales de las categorías criminales tradicionales, v.gr. la estafa), aún en tales casos debe hacerse una lectura de la dinámica con una perspectiva específica.

Precisamente, esa especificidad fenoménica llama a un estudio del objeto desde nuevos ángulos, obliga a una propuesta de nuevas guías orientadoras como las que se han pretendido explicar, en las que la dogmática jurídico-penal se conjuga con los elementos socio-políticos del sistema electoral.

En América Latina alcanzar la pureza del sufragio ha sido una ardua tarea, varias “olas democratizadoras” dan testimonio de ello. Luego de resolver los problemas de la Democracia procesal, resulta oportuno blindar los sistemas políticos con instrumentos que permitan el adecuado juzgamiento de conductas que, a la postre, minan la confianza ciudadana en las instituciones. En esa tarea, una adecuada comprensión de la Justicia Penal Electoral resulta trascendental.

8. Bibliografía

- Acosta, M. y López, E (1990). Delitos Especiales, México: Porrúa.
- Ahuatzi, H. (2002) Sujetos de Delitos Electorales. En: Revista Mexicana de Justicia (3). México.
- Albert, H. (2007). La Ciencia del Derecho como Ciencia Real (Pres., trad. y ns.: Minor E. Salas). México: Fontamara.
- Altés, M. (1999). "El delito Electoral". Anuario de Derecho Parlamentario n.º 8 Ed. Corts Valencianes.
- Bacigalupo, E. (1994). Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Barrios, B. (2009). La Justicia Penal Electoral. Conferencia pronunciada el 2 de octubre en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana. En línea.
- Betanzos, E. (2012). Delitos electorales y procuración de justicia penal electoral. En: Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Cuarta época, vol. 1, n.º 10 (julio-diciembre). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Brenes, L. (2013). El Rol político del Juez Electoral. San José: Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de Formación y Estudios en Democracia.
- Brenes, L. (2002). Jurisdicción constitucional electoral. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Cambronero, A. y Mora, I. (2015). El control de constitucionalidad de las normas electorales. Costa Rica: Editorial IFED-TSE.
- Cambronero, A. (2011). "Simplismo jurídico: algunas manifestaciones en la jurisdicción", en: Revista IUS DOCTRINA, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- 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.
- Creus, C. (1992). Derecho Penal parte general. 3era edición. Astrea. Buenos Aires: Argentina.
- Cruz, M. (2013). La protección penal del Derecho al sufragio. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En línea.
- 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.
- Código Penal. República de Costa Rica. Ley n.º 4573 del 4 de mayo de 1970.
- Código Procesal Penal. República de Costa Rica. Ley n.º 7594 del 10 de abril de 1996.

- Constitución Política de la República de Costa Rica (2005). San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- De la Calle, H. (2011). La relevancia de la transparencia en la rendición de cuentas, y sus efectos sobre la legitimidad de los partidos políticos. *Revista de Derecho Electoral*, (11): 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.
- Díaz, J. (2010). Génesis de las reglas electorales en Costa Rica: desde la colonia hasta 1838. *Revista de Derecho Electoral*, (10): en línea.
- Diccionario electoral (2000). Tomos I y II, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández, H. (2006). El proceso electoral. *Revista de Derecho Electoral*, (1): en línea.
- Fiscalía General de la República de Costa Rica, circular n.º 01-PPP-2013.
- Fundación Konrad Adenauer (2010). Seguridad y Crimen organizado transnacional: una propuesta de acción para Centroamérica. Paper n.º 11.
- Gálvez, L. y Rubio, P. (2007) El régimen de votación de las personas especialmente vulnerables y sus garantías, en particular la penal. En: *Anales de Derecho* (25). España: Universidad de Murcia.
- Haba, E.P. (2012). Metodología (Realista) del Derecho. 3 Tomos. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas & Editorial Universidad de Costa Rica.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Diccionario Electoral. Vol. 2, Tomos I y II. Costa Rica: Editorial IIDH., 2002.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. 1998.
- Kuhn, Thomas (1989). *Conmensurabilidad, Comparabilidad y comunicabilidad*. España: Paidós.
- Lehoucq, F. (1993). Política, Democracia y Guerra Civil en Costa Rica. *Revista Reflexiones*, (14). Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica.
- Ley de Tránsito. República de Costa Rica. Ley n.º 9078 del 4 de octubre de 2012.
- Ley de Regulación del Referéndum. República de Costa Rica. Ley n.º 8492 del 9 de marzo de 2006.
- 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.
- Mora, C. (2010). La creación del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica en 1949: sus antecedentes significado en la institucionalidad nacional. *Revista de Derecho Electoral*, (9): en línea.

- Muñoz-Conde, F. (1984). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Orts, E. (1977). "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales". En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 3.
- Plascencia, R. (2010) *Delitos contra la democracia electoral*. En: *Temas de Derecho Penal, Seguridad Pública y Criminalística*. Universidad Autónoma de México: Serie Doctrina Jurídica (264).
- Reglamento para el ejercicio del voto en el extranjero. Decreto n.º 4-2013 del Tribunal Supremo Elecciones.
- Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Salas, M. (2013). *Yo me engaño, tú te engañas, el se...* . 2^{da} edición. San José: ISOLMA.
- Sobrado, L. (2012). El deslinde competencial entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos. *Revista de Derecho Electoral*, (12): en línea.
- Sobrado, Luis Antonio (2011). La financiación de los partidos políticos en Costa Rica. En *Evaluando la calidad de la democracia: guía práctica*. IDEA Internacional. En línea.
- Sobrado, L. (2005). *La justicia electoral en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). República de Costa Rica. Resolución n.º 6229-E3-2015 de las 15:45 horas del 8 de octubre de 2015.
- Wittgenstein, L. (2012). *Tractatus lógico-philosophicus* (trad. Routledge & Kenan). Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Wittgenstein, L. (1999). *Investigaciones filosóficas* (trad. Alonso Garcia y Ulises Moulines). España: Ediciones Altaya S.A.
- Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A.
- Zamora, A. (2003). *Delitos Electorales*. México: Ángel Editor.
- Zúñiga, L. (2004). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. En: *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**JURISPRUDENCIA PENAL
2016**

JURISPRUDENCIA PENAL 2016

**MARTÍN ALFONSO RODRÍGUEZ MIRANDA
JUEZ DE APELACIÓN DE SENTENCIA
PROF. UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. ABERRATIO ICTUS. Daños culposos.

“(...) Siguiendo los anteriores lineamientos doctrinales, a juicio de esta Cámara de apelación, los hechos acusados describen claramente que la voluntad del imputado al lanzar la piedra iba dirigida hacia el sujeto no identificado con quien instantes antes había estado peleando. El impacto en el vehículo, es un resultado no querido que se produce por un error en la causalidad, que en este caso provoca un hecho atribuible a título de culpa. Siendo que nuestra legislación no contiene la modalidad culposa para el delito de daños, no es posible con base en la acusación planteada por el Ministerio Público endilgarle al encartado O.R. el delito de daños agravados. Sin entrar en la discusión de si el delito de daños puede ser cometido únicamente con dolo directo o con dolo eventual, lo cierto del caso, es que conforme a lo acusado, nos encontramos ante un error en la causalidad (aberratio ictus), que provoca la atipicidad de los daños sufridos por la patrulla. En ningún momento se le imputa al encartado en la pieza acusatoria un resultado dañoso no querido pero al menos aceptado como posible, con lo cual condenarlo por el delito de daños violentaría el principio de correlación entre acusación y sentencia, pues se trata del elemento subjetivo del tipo penal. Por ende el reclamo en cuanto a este delito debe rechazarse (...)”

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, N° 504 de las 14:15 h. del 7 de abril de 2016.

2. ABUSO DE AUTORIDAD. Funciones y límites en la actuación de los oficiales de policía.

“(...) Efectivamente, el delito de abuso a la autoridad es un delito intencional, por ello para considerar una conducta como constitutiva de dicho delito, previsto en el artículo 338 del Código Penal, resulta necesario acreditarse que en forma consciente y voluntaria, el funcionario público se aprovechó de su investidura, y actuando bajo las facultades que esa condición le da, lleva a cabo actos arbitrarios en perjuicio de terceros. En el presente asunto, el análisis realizado en la sentencia oral impugnada, es adecuado a las probanzas que se recibieron en el debate que llevaron al tribunal a la convicción de que efectivamente, el imputado, ostentando la condición de oficial de Fuerza Pública, lo cual implica autoridad, ante lo que consideró había sido un acto irrespetuoso a esta condición por parte del ofendido, amenazó no solo con detenerlo, sino con

llevarlo a la delegación policial y allí, golpearlo. En la sentencia se analizó de manera adecuada, la función que un oficial de Fuerza Pública tiene ante la ciudadanía, que es precisamente lo que lo convierte en garante de los derechos de las personas y que debe actuar en el marco de la legalidad (...) La interpretación que sugiere el defensor sobre la prueba evacuada, no guarda relación con el contenido de la misma, situación que hace ver el juzgador, quien indica que, aún y suponiendo que el imputado por error haya considerado que el ofendido lo había insultado, la amenaza de detenerlo en la delegación para golpearlo resulta ser a todas luces, un acto arbitrario, puesto que es una amenaza clara de atentar contra la integridad física de una persona adulta mayor, que en modo alguno encuentra justificación en el ordenamiento jurídico. Según analizó ampliamente el tribunal, el acusado actuó en forma consciente y voluntaria, aprovechándose de ser un policía, situaciones todas acreditadas en el debate. Debe recordarse que los oficiales de policía administrativa, están investidos del poder coercitivo del Estado para hacer cumplir la Constitución Política y las leyes, y representan a las fuerzas del orden, por ello son garantes de los derechos de los ciudadanos, como lo expone claramente la sentencia. Si bien existe un deber general del cumplimiento de la ley y la autoridad, su irrespeto a así como el hecho de interferir en cumplimiento de un deber, podría justificar la intervención policial, de allí que existan procedimientos claros, acordes con el respeto a la condición del ser humano y sus derechos fundamentales, que pueden llevarse a cabo sin acudir a medios que evidentemente afectan la dignidad de las personas, como lo es la amenaza de una agresión física. Como bien valoró el tribunal, viniendo de un oficial de policía que efectivamente está legitimado para hacer una aprehensión, la amenaza se representaba para el ofendido con un alto grado de probabilidad de convertirse en realidad, lo cual efectivamente lo afectó, alterándolo, producto del miedo. No se trata aquí de que el oficial de Fuerza Pública no pueda ejercer actos de defensa y llamar al orden y al respeto, es un derecho legítimo que bien puede ejercer e invocar a título personal, y hasta un deber como funcionario policial, sino que la defensa no autoriza la intimidación ni la violencia psicológica, lo cual constituye en sí mismo una actuación arbitraria. Se acreditó de forma clara que el imputado no llevó a cabo ningún acto de violencia física en contra del ofendido, ni que lo haya tratado de forma vulgar, circunstancias además que no son parte del cuadro fáctico acusado, pero, como se fundamenta en la sentencia, y contrario a las afirmaciones del recurrente, también se acreditó que amenazó al ofendido de darle una golpiza en la delegación policial, y que para eso lo detendría, lo cual sí es un acto arbitrario y contrario a los deberes de la función pública. Si el imputado estaba bajo la convicción de una agresión por parte del ofendido, debía actuar conforme a las atribuciones legales propias de su cargo, pero no amenazar con un acto degradante como es darle una golpiza a un adulto mayor, que en modo alguno es parte de las atribuciones propias de su cargo (...)

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, N° 143 de las 15:00 h. del 26 de enero de 2016.

3. DELITOS CONTRA EL HONOR. Análisis del derecho a la información frente al honor.

“(...) En el caso objeto de examen, la parte querellante, le atribuyó al querellado la comisión de los delitos de injurias, calumnias y difamación, contemplados en los artículos 145, 146 y

147 del Código Penal. Al respecto hay que señalar que nuestra normativa considera delictivas las ofensas al honor, siempre que sean típicas, antijurídicas y culpables, sin dejar de lado que cuando se está en presencia de falsedades en las afirmaciones, las mismas tienen que ser abarcadas por el dolo del autor, aspecto que resulta de especial relevancia, pues no se logró acreditar que el contenido del reportaje periodístico en torno a diversos cuestionamientos con la venta de tierras, resultara falso (...). De esta manera, en el caso en concreto, nos encontramos ante dos derechos fundamentales de especial relevancia. Por un lado se encuentra el derecho al honor, el cual los querellantes consideran que les fue afectado con el reportaje periodístico y del otro lado, el derecho a la libertad de expresión, a que hace referencia la parte querellada. Pero como se indicó con anterioridad, resulta necesario para la solución del caso objeto de discusión determinar si, en la especie, se produjo un abuso del derecho, o bien el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Sobre éste último indica el artículo 25 del Código Penal: "...No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho...". A su vez, el artículo 22 del Código Civil, hace referencia a la prohibición del abuso del derecho: "... La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o medidas administrativas que impidan la persistencia en el abuso..."., normas sobre las que se debe discernir si, a partir del reportaje investigativo realizado por el querellado, se cometieron las conductas típicas acusadas. En este sentido, tanto el derecho fundamental al honor como el de libertad de expresión resultan ser relevantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues es precisamente en la Constitución Política en donde se recoge de especial manera, importantes principios como los aquí señalados y que constituyen la base del sistema democrático y social de nuestro Estado, tal y como se define en el artículo primero de la Carta Magna. A partir de lo anterior, se puede constatar, como en el fallo recurrido se descartó por completo y con adecuados fundamentos que en la difusión del trabajo investigativo efectuado por el querellado, se haya actuado con el dolo requerido para afectar el honor de los querellantes, y por el contrario, lo que se produjo fue, el ejercicio al derecho a informar y no un abuso de esa libertad de expresión, pues no podría concluirse de ninguna manera, que la publicación del reportaje llevara como finalidad el afectar el honor de los querellantes, cuando dicho reportaje se refería a otro tema, en donde resultaba necesario abordar la participación de los querellantes en la venta de tierras objeto de la investigación de marras (...). No es posible entonces, en un sistema democrático como el nuestro, pretender limitar la libertad de expresión, en tanto esta se efectúe de manera responsable y sensata, pues ello implicaría una censura previa, susceptible de ser reclamado por las vías legales establecidas, siendo que conforme lo indica el citado voto de la Sala Tercera, la determinación de si se efectuó un abuso del derecho se realiza, no solo a partir del contenido de la información difundida, sino también tomando en cuenta otros aspectos como la redacción, el vocabulario, las fotografías y otros aspectos con el fin de determinar si el contenido de la información resulta o no ser difamatoria (...)"

2015. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Nº 745 de las 13:10 h. del 22 de mayo de 2015.

4. FRAUDE DE SIMULACIÓN. Valoración de sus elementos.

“(...) Sin embargo, a pesar de que el imputado tenía claro conocimiento de lo que se dispuso en los fallos dictados en su contra, consistente en la obligación de cumplir con el pago indicado, es que decide simular la realización del contrato de donación y el acto de afectación familiar, sobre dos inmuebles de su propiedad, pocos días después de que se dictara el último de los fallos, evidenciando que su intención fue la de perjudicar los intereses económicos del agraviado, obteniendo un beneficio indebido de su parte, al no querer enfrentar sus obligaciones de pago consolidadas por un fallo judicial. Como bien lo indica el Fiscal recurrente, los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal de Juicio sí son constitutivos del ilícito acusado, como así fue calificado inicialmente por parte del Tribunal de Juicio. El Tribunal de Apelación incurre en error al interpretar los elementos objetivos y subjetivos de esta figura ilícita. En primer lugar, para el ad quem no se configuró este delito pues independientemente de que se dieron dos procesos civiles en contra del justiciable -por reajuste de monto de renta y por desahucio-, el ofendido nunca alegó un derecho o manifestó tener una expectativa de derecho que involucrara directamente los inmuebles objeto del contrato de donación y de afectación como habitación familiar. El factor esencial que asume el Órgano de alzada para definir la ausencia de tipicidad en los hechos acusados, está en la inexistencia de una amenaza previa y directa del afectado contra el patrimonio del endilgado, puesto que durante la tramitación de los procesos en sede civil, no solicitó una orden de embargo contra los bienes de su propiedad, que previniera al justiciable de las posibles consecuencias legales de disponer y gravar sus inmuebles, no obstante que existía ya una obligación general de pago del acriminado, en virtud de los fallos civiles dictados en su contra. Sin embargo, el anterior razonamiento parte de una lectura incorrecta de los elementos configurativos del delito de Fraude de Simulación, al incluir dicha exigencia como una condición del tipo penal, cuando en realidad no la contiene, argumento que contraviene abiertamente el principio de legalidad y los lineamientos jurisprudenciales de esta Sala, que se exponen en esta sentencia. Para la configuración de este delito, es preciso considerar que el acreedor cuente con un derecho consolidado o expectativa de derecho para dirigirse luego contra el patrimonio del imputado pero sin necesidad previa de amenazarlo con medidas cautelares -como por ejemplo, una orden de embargo o efectuar una anotación preventiva-, contra bienes específicos, como ocurre en el presente asunto, donde el ofendido había adquirido un derecho cierto a que se le indemnizara el monto económico fijado en las sentencias civiles estimatorias, una de ellas ya firme y donde el imputado eludió esa obligación cuya causa -la sentencia judicial que declaró el derecho cobratorio del acreedor-, le era plenamente conocida. Yerra entonces el Tribunal de Apelación al indicar que la existencia de las dos sentencias condenatorias en los dos procesos civiles, no constituyeron un derecho del ofendido de dirigir posteriormente sus expectativas de cobro contra los inmuebles indicados -aunque no hubiera solicitado previamente una orden de embargo contra ellos-; dichos pronunciamientos judiciales sí hicieron surgir el derecho del agraviado a dirigirse posteriormente contra el patrimonio del acusado, sin que le fuera exigible que de previo, manifestara su intención de dirigirse contra los bienes inmuebles del contrato o acto simulado, pues no es un requisito que así lo determine el delito de fraude de simulación. En segundo lugar, contrario al pensar del ad quem, en la sentencia del tribunal sentenciador se tuvo por demostrado que al momento de disponer los bienes el día 5 de marzo del 2005, el imputado conocía ya de las condenas civiles que pesaban en su contra es decir, de que era inminente que

el ofendido iba a ejercer su derecho a cobrar los montos fijados en sentencia, sin importar que el interesado no hubiese solicitado previamente un embargo sobre los inmuebles, pues lo que interesa para efectos de determinar o no su participación, es el contexto en que el justiciable llevó a cabo las acciones legales vinculadas con los inmuebles descritos en la acusación. Conviene traer a colación las referencias jurisprudenciales citadas en esta resolución, sobre la importancia de tener en cuenta las dificultades probatorias que normalmente se presentan a la hora de establecer la posible existencia de un fraude de simulación; de ahí que se deba acudir a la prueba indiciaria, la cual permite reconstruir la realidad y determinar en definitiva, cuál fue la verdadera naturaleza del contrato, acto, gestión o escrito judicial que interesa es decir, si fue o no con fines defraudatorios. En este caso, no puede obviarse, como lo hace el Tribunal de Apelación, que la existencia de dos sentencias civiles condenatorias que pesaban sobre el endilgado, motivaron su decisión de afectar como habitación familiar, el inmueble de su propiedad inscrito en el Registro Público Partido de Heredia (...)

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, N° 292 de las 9:50 h. del 1° de abril de 2016.

5. HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA. Elementos subjetivos requeridos para su configuración.

“(...) El tribunal tuvo por demostrado que el imputado dio muerte a la víctima para sustraerle sus pertenencias, de particular interés, la droga que este portaba. Así las cosas, lo primero que hay que señalar es que la apreciación del recurrente, en el sentido de que el tribunal descartó que M.C. cometiese el hecho pretendiendo alcanzar el objetivo ya mencionado, es absolutamente errónea. En cuanto al tema del homicidio preterintencional, basta con señalar que el tipo penal contemplado en el art. 113 inciso 2) del Código Penal es complejo y está integrado, primero, por unas lesiones dolosas y, luego, por un resultado muerte que le puede ser atribuido al autor a título de culpa. En este asunto los hechos no se pueden subsumir en esta norma, ya que el resultado muerte le es imputable al encartado a título de dolo. Si bien el objetivo último de acusado era el apoderamiento de bienes del occiso (según se tuvo por acreditado), ello de ningún modo excluiría su dolo de acabar con la vida de M.C., pues era el medio para alcanzar aquel fin. Así, se entiende que ese resultado, es decir, la muerte del ofendido, fue conocida y querida por el sujeto activo como medio necesario para alcanzar su propósito ulterior, el apoderamiento de bienes ajenos. Esta particularidad es lo que condujo a que el hecho se calificara como homicidio calificado (criminis causa). Por otra parte, aunque es cierto que el tribunal consideró que el justiciable era adicto a las drogas y que cometió el hecho para conseguir droga que consumir, así como también es cierto que tomó en cuenta que el ofendido era quien vendía las drogas y que había hecho de este negocio su fuente de ingresos (f. 421 frente), se equivoca el impugnante al entender que los anteriores argumentos se emplearon para excluir el elemento subjetivo adicional al dolo que contempla el art. 112 inciso 8) del Código Penal. En realidad, de la lectura del fallo de mérito se desprende que la referencia a tales circunstancias tiene el único propósito de sustentar la imposición de la pena mínima que se prevé para el homicidio calificado (20 años de prisión) y, simultáneamente, para explicar por qué no se hace uso del aumento facultativo que contempla el artículo 75 del mismo Código cuando se trata de delitos que concursan idealmente, tal y como sucede aquí, entre el homicidio calificado y el robo simple con violencia sobre las personas. Se

insiste, no es cierto que el tribunal haya tenido por demostrado que el imputado, que quería sustraer la droga que portaba la víctima, por culpa haya dado muerte al ofendido. Lo que se estableció fue que, de forma intencional y, justamente para consumir la sustracción de esa droga y de otros bienes, M. C. acabó con la vida de YYY, lo que lleva a concluir que los hechos están debidamente calificados (...)”

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Nº 660 de las 16:10 h. del 4 de mayo de 2016.

6. INCENDIO. Se requiere el dolo de causar peligro.

“(...) El hecho de que el imputado realizara la quema de basura en un lote baldío conociendo que detrás de la malla que reguardaba el lote, se encontraba el carro de la ofendida y que los apartamentos de su propiedad se hallaban a unos metros de distancia del terreno en cuestión, no revela que el justiciable tuviera la voluntad o al menos aceptara como posible la creación de un peligro común para las personas o bienes cercanos. Tal y como lo ha referido la Sala Tercera, “el delito se configura con sólo causar un peligro que sea común a bienes y que la forma como se les pone en peligro (es decir, como se amenace la existencia o la integridad de las cosas) obedezca a un incendio o explosión causado por el agente. Así, el dolo consiste en conocer y querer (o cuando menos prever y aceptar) causar un incendio para poner en peligro común bienes. Lo “común” de la amenaza está referido a que con un solo incendio (o una sola explosión) se puedan ver afectados bienes” (Sala Tercera, Nº 265-2002, 15:30 horas, 21/03/2002). En otra resolución de forma más específica, se indicó: “El fin de su acción no es causar la muerte de alguien, o la destrucción de bienes, sino la creación del peligro. Señala la doctrina (Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Abeledo-Perrot, 1985): «En estos delitos el contenido del elemento subjetivo ha de ser tomado constantemente en consideración, pues de él dependerá, con frecuencia, que la acción se adecue a una u otra figura. Si el fin perseguido por el agente es la muerte de una persona, y para ello se vale de incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos, el hecho está subordinado a la figura del art. 80, inc. 2º y será, por tanto, un homicidio cualificado (página 615)...Por otra parte, el modo como el delito está previsto tiene incidencia en el aspecto subjetivo, pues el dolo debe abarcar el peligro común o su posibilidad. Si el incendio, en lugar de ser el medio para crear un peligro común, es el elegido para cometer un homicidio, el hecho se subordina al artículo 80, inciso 5º. En cambio, si se procura destruir la propiedad ajena, sin peligro para las personas o bienes, el hecho configurará solamente daño (página 616)...» ” (Resolución 2008-54, de las 10:58 horas, del 25 de enero de 2008)”. (cfr. Sala Tercera 1333-2010). Es claro entonces, que para que se configure el delito de incendio previsto en el artículo 253 del Código Penal, resulta necesario no solo el dolo (conocimiento y voluntad) de realizar un incendio o explosión, sino que ese dolo debe abarcar también la creación de un peligro común. El autor debe querer, o al menos aceptar como probable, (lo que se traduce en, cuando menos un dolo eventual, pues el tipo penal es doloso) la creación de un peligro común para bienes y personas. Tal y como lo indican los recurrentes, ello no se desprende de las acusaciones formuladas, tanto por el querellante como por el Ministerio Público. Del cuadro fáctico acusado no es posible distinguir la delgada línea que diferencia el dolo eventual con la culpa con representación o culpa consciente. La quema de

basura en un lote baldío por parte del imputado, que es la acción por él realizada, conociendo que en la calle contigua estaba estacionado un vehículo, no equivale a sostener que el endilgado se representó el peligro para ese bien y los otros bienes cercanos- por cierto de su pertenencia- y aceptó al menos como probable la producción de ese peligro común. Perfectamente, de la lectura de las dos acusaciones se puede entender que el peligro y ulterior daño del vehículo de la ofendida, se debió a una falta al deber de cuidado de don Alejandro Agüero al quemar la basura en el lote baldío, sin tomar las precauciones debidas para evitar que el fuego se propagara. Lo que constituiría una acción culposa de daños que no resulta punible. Por lo anterior, concuerda esta Cámara con los recurrentes en que al condenar el tribunal al imputado por el delito de incendio, sosteniendo que actuó al menos con dolo eventual, traspasó los límites de la acusación, violentando el principio de correlación entre acusación y sentencia, dado que vino a completar el elemento subjetivo que no se encontraba descrito dentro de la pieza acusatoria. Ahora bien, este motivo ya sería suficiente para acoger el reclamo, revocar la sentencia en el aspecto penal (...)

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Nº 1185 de las 15:25 h. del 18 de agosto de 2016.

7. INCENDIO. Valoración como delito de peligro.

“(...) La tesis del apelante se finca en que el imputado al provocar el incendio, no puso en peligro la seguridad común, porque la casa donde se produjo estaba construida en materiales no susceptibles de quemarse, no había otras viviendas cercanas, en ese momento no había otras personas aparte del justiciable y la conflagración fue pequeña. La propuesta del apelante no tiene ningún asidero y parte de la interpretación subjetiva de los elementos que integran el delito de incendio. Sin duda alguna, la acción que se demostró en el juicio, constituye un delito de incendio. En primer lugar, este delito califica como un ilícito de peligro, en tanto no se requiere de un resultado separado de la acción delictiva, pues al provocarse el incendio, lo que se sanciona es la puesta en peligro de bienes o personas. El tipo penal no requiere que el incendio sea de una gran magnitud, como lo entiende el recurrente, quien asumió incorrectamente lo resultado por esta Cámara con integración distinta en el voto 208-2012 y que fue prohijado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1390-2012. En estos pronunciamiento se resalta que por tratarse el delito de incendio de peligro, el solo riesgo de causar daño o lesión, permite la imposición de la sanción, en ningún modo se colige de ellos que la posibilidad de control del incendio o que el mismo fuera pequeño y no desencadenara una gran conflagración, conllevara la falta de tipicidad de la acción de provocarlo. Se tiene que el imputado roció gasolina en la casa de la víctima, para luego prender fuego con lo que provocó un incendio, que puso en peligro la casa y los bienes que estaba dentro; pero que además con su conducta logró dañar varios objetos. Esta conducta encuadra perfectamente en la previsión normativa del artículo 253 del Código Penal, en tanto el imputado por medio de un incendio creo un peligro común para distintos bienes, riesgo que incluso se materializó con la destrucción y daño de muebles, instalaciones eléctricas y paredes (...)

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DE SANTA CRUZ, Nº 189 de las 13:50 h. del 29 de agosto de 2016.

8. INIMPUTABILIDAD. Necesaria delimitación entre retardo mental y bajo coeficiente intelectual.

*(...) Como podemos apreciar, en ninguna parte de las conclusiones de dicha pericia, se afirma que XXX presente un retardo mental o trastorno de conducta, sino que el diagnóstico es de “**discapacidad intelectual leve con deterioro en el comportamiento**”, que tal y como se explica detalladamente en los resultados de las pruebas, lo que evidencia es un **muy bajo coeficiente intelectual total comparado con el resto de población de su edad** (según la escala Wechsler de inteligencia para niños versión Wisc IV), lo que se denota al obtener resultados muy bajos en la comprensión verbal (por ejemplo en cuanto a la comprensión auditiva, distinción entre características esenciales y no esenciales y en expresión verbal), razonamiento perceptual (por ejemplo deducir o llegar a la solución de un problema que en ausencia del lenguaje), memoria de trabajo (por ejemplo es común que presente la dificultad en mantenerse sentado en su sitio de trabajo, es probable que pierda el interés con facilidad), velocidad de procesamiento (por ejemplo se le dificulta copiar rápido de la pizarra al cuaderno), todo lo cual permite considerar que su edad mental es de un niño de 7 años con 2 meses aproximadamente, **lo que le dificulta el desempeño escolar y académico mucho más que a los demás niños**. Es por ello, que en la pericia se concluye que todos los resultados encontrados en XXX, **lo que le generan es un desempeño escolar muy bajo** (en las habilidades cognitivas en general), requiriendo entonces de técnicas personalizadas y especializadas para salir adelante académicamente, **además de presentar ciertos problemas en aptitudes adaptativas** (comunicación, vida en casa, aptitudes sociales, prácticas comunitarias, manejo de sí mismo, salud, seguridad y escolaridad funcional). Así las cosas, es claro que en ninguna parte de esos dos documentos analizados por la jueza penal juvenil, se asevera que dichos problemas intelectuales detectados en XXX, le hayan generado una supresión o disminución en su capacidad de comprender el carácter ilícito de los hechos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, siendo que más bien los efectos de su problemática se delimitan a un bajo rendimiento académico (le dificulta el desempeño escolar y académico mucho más que a los demás niños) y en ciertas aptitudes adaptativas. Consecuentemente todos los argumentos realizadas por parte de la jueza penal juvenil, tendientes a demostrar que XXX para el momento de los hechos presentaba una imputabilidad disminuida (artículo 43 del Código Penal), no corresponden a una correcta lectura de lo que la especialista en psicología clínica de la Caja Costarricense del Seguro Social dictaminó, y por ende constituyen una grosera violación a las reglas de la sana crítica y al debido proceso. En ese sentido se debe recordar que, si bien es cierto, nuestro sistema procesal penal se basa en la libertad probatoria, el cual dispone que podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido (artículo 182 del Código Procesal Penal), también es cierto, que las pruebas deben ser valoradas en estricto apego a las reglas de la sana crítica, lo que imposibilita a los jueces el llevar a cabo conclusiones que no se derivan con razón suficiente de los elementos de prueba aportados por las partes (artículos 142 y 184 del Código Procesal Penal). Ante este panorama de cosas, tal y como lo hace ver el Ministerio Público en su recurso de apelación, es indispensable que antes de tomarse cualquier decisión definitiva sobre esta causa penal juvenil, se remita al joven imputado al Departamento de Psicología y Psiquiatría Forense del Organismo de Investigación Judicial, para que se determine si la problemática diagnosticada por la especialista en psicología clínica del Hospital Monseñor Sanabria de Puntarenas, para el*

momento de los hechos generó en XXX supresión o disminución en su capacidad de comprender el carácter ilícito de los hechos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, o dicho en otras palabras, determinar si conserva o no las capacidades mentales superiores para conocer la ilicitud del hecho y la posibilidad de actuar de conformidad con ese conocimiento (...)”

2016. **TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL JUVENIL**, N° 116 de las 13:20 h. del 28 de abril de 2016.

9. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO. Responsabilidad solidaria por actuación de policía.

“(...) Como bien se señala en el fallo y lo hizo ver el abogado de la actora civil, ante las gravísimas circunstancias que tuvo que afrontar la víctima, es claro que no iba a tener absolutamente claro la hora en que se produjeron. En todo caso lo importante es que no varió su relato en relación con la forma en que se produjo el hecho, a saber, el abordaje, los actos irregulares de XXX, quien, sin motivo alguno, es decir, sin indicio comprobado de que se estaba cometiendo un delito, intimidó tanto a la víctima como a su acompañante, los requisó y luego revisó el vehículo, sin que tampoco estuviese autorizado para ello. Finalmente, la forma en que la amedrentó, cuando encontró el arma de fuego, sobre la cual ella no tenía permiso para portarla, pues pertenecía a su tío, y de esa forma la obligó a realizar actos sexuales que no estaba obligada a soportar. Sobre este particular no hubo inconsistencias en el relato de la afectada. Por lo demás, como ya se indicó, para esta Cámara el imputado sí realizó actos propios de un oficial de policía, o al menos así se presentó ante la víctima, lo que le permitió ejecutar los hechos lesivos a la libertad sexual de la actora civil. No tiene trascendencia si ellos ya habían salido o no de su función, pues lo importante es que se presentaron como policías y el demandado ejecutó todos los hechos, que generaron el daño moral acordado, aprovechando su cargo como oficial de policía, al encontrarse con la vestimenta de oficial, tal y como lo detalló la afectada. De tal manera que los registros de llamadas que, como sugiere el recurrente podrían revelar que la víctima y YYY se reunieron a las ocho y veinticinco minutos de la noche, no tienen trascendencia ante la contundencia de la prueba, que señala que el imputado sí se presentó como oficial y realizó actos que presuntamente eran legítimos para cualquier ciudadano que no conozca las reglas vigentes, como el requisarlos y revisar el vehículo, sin que existiera motivo para ello. Toda la argumentación de señor Procurador pierde relevancia ante la forma en que actuó el imputado y demandado civil. XXX era oficial del Ministerio de Seguridad Pública. Cometió el hecho cuando ejercía esa función, o bien aprovechando que el Estado no había tomado las medidas necesarias para que una vez que cesara su día de trabajo, cambiara su vestimenta y no hiciera alarde de su uniforme oficial. Esto le permitió presentarse ante la ciudadana y actora civil, como oficial de policía, y cometer el hecho delictivo que generó el daño moral acordado por el Tribunal de Mérito (...)”

2015. **TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ**, N° 951 de las 10:45 h. del 2 de julio de 2015.

DERECHO PROCESAL PENAL

1. ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Principio de congruencia.

“(…) El principio de congruencia, contenido, entre otros, en los artículos 99, 153 y 155 del Código Procesal Civil, aplicable a la acción civil en sede penal por remisión expresa del artículo 109 del Código Penal, juega un papel trascendental en la reparación civil. En síntesis, implica que el juzgador no puede tomar en cuenta hechos no contenidos en la demanda, ni pretensiones diversas a las formuladas por el actor civil. Diversa es la situación sobre el derecho aplicable a los hechos invocados por la parte actora, pues corresponde al tribunal utilizar las normas sustantivas que correspondan, con fundamento en el principio iura novit curia. De ahí que es trascendental que la acción civil contenga hechos claros, precisos y circunstanciados, o bien especificados, como lo exigen los artículos 112 del Código Procesal Penal, y 290.2 del Código Procesal Civil. Esa obligación también se regula, expresamente, en otras normas del Código Procesal Penal, como por ejemplo en el artículo 304, en el cual se indica que la prueba debe ofrecerse, bajo pena de admisibilidad, con especial referencia a los hechos que se pretenden demostrar. Lo propio sucede con el artículo 116 ibidem, que regula la participación del actor civil en el proceso, señalando que tiene la obligación de demostrar los hechos en que sustenta su demanda, cuestión que también se contempla en el artículo 317 del Código Procesal Civil. De igual manera, la admisibilidad de la prueba se define con fundamento en la utilidad y pertinencia, es decir, con su relación con los hechos de la acción civil o su contestación. Ahora bien, en este caso el recurrente señala que el actor civil no estableció, en su demanda, las razones por las cuales el Estado debe responder por los daños sufridos por la víctima. Esta Cámara estima que dicha afirmación no se ajusta a la realidad, pues en el escrito de acción civil se señalan hechos concretos, donde se establece la relación entre el imputado y el Estado. Fundamentalmente porque se encontraba desempeñando su cargo como miembro de la Fuerza Pública, cuando cometió el hecho delictivo, que provocó el daño moral acordado a favor de la víctima. En este sentido se indica en el escrito respectivo, que se demanda al Estado, porque el señor XXX fungía, el día de los hechos, como oficial de policía de la Fuerza Pública, Ministerio de Seguridad Pública, destacado en la Delegación de Mata Redonda, La Uruca, Delta 15 (folio 1 del legajo de acción civil). Por su parte, en el hecho segundo de la demanda, se indica que el imputado y demandado civil, XXX se presentó como policía uniformado ante la víctima y su acompañante y realizó actos propios de un oficial, como pedir la cédula a YYY, lo obligó a sacar sus pertenencias, lo requisó y llamó a otro oficial que se encontraba en la caseta. Que lo propio hizo con la víctima, a quien obligó a tocarse sus senos, y que se diera vuelta, y también la requisó. De seguido revisó el vehículo en que ella se desplazaba, y al encontrar un arma, sin que contara con permiso de portación, le dijo que la podía detener y llevarla a una celdas, donde las mujeres policías le pegarían, conminándola a realizar alguna conducta para librarse de la esos males, lo que culminó con el abuso sexual, tenido por demostrado en el fallo. Por su parte, en el carácter que invocaba, se expuso que el Estado era solidariamente responsable, por los daños producidos, por tratarse de un oficial de policía, es decir, un funcionario público, lo que se reitera en la petición de ser admitido como parte. En la fundamentación del escrito de acción civil, se alude a que los oficiales de policía no estaban para hacer daño, sino más bien para proteger al Estado, lo que

implica una actividad ilícita de un funcionario público, por la cual debe responder. De acuerdo con esta descripción fáctica, resulta claro que el actor civil sí expuso en los hechos, las razones por las cuales el Estado era responsable, solidariamente, por los daños sufridos, concretamente porque el imputado y demandado civil había actuado como oficial de policía y la víctima no tenía razones para dudar de ello, pues vestía como policía y actuaba como tal. No hacía falta, como pretende el recurrente, que se indicara que el imputado se valía de sus funciones, durante el horario de trabajo o con ocasión del cargo, pues ya se había consignado que estaba destacado en la fuerza pública, vestía como policía e, inicialmente, realizó actos propios de un oficial, lo que también se vio reforzado con la actuación de su compañero, quien se encargó de revisar si el acompañante de la víctima tenía algo pendiente con la justicia. No cabe la menor duda de que el actor civil sí describió una conducta, atribuyéndole al demandado civil que había actuado como oficial de policía, lo que se traduce en una actividad ilícita de un funcionario público, debiendo responder el Estado por los daños que produjo, conforme se establece en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que tampoco se ajuste a la realidad que el Tribunal haya tenido que acudir a la acusación, para incorporar hechos a la acción civil. Resulta claro que si ello sucediera sí existiría un vicio absoluto, pues no pueden tomarse en cuenta hechos no contenidos en el escrito de acción civil, para justificar un fallo, lo que implicaría una violación al principio de congruencia, lo que se encuentra sancionado con nulidad absoluta en los artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil. Sin embargo, como ya se indicó, el escrito de acción civil resarcitoria describe, con claridad y precisión, que el imputado y demandado civil actuó como oficial de la fuerza pública, lo que implica que era funcionario y el Estado debe responder ante esas circunstancias. Por otro lado, no aprecia esta Cámara que el escrito de acción civil contuviese defectos que ameritaran una prevención para su corrección, en los términos de los artículos 15 del Código Procesal Penal y 291 del Código Procesal Civil. Al contrario, dicho documento reunía los requisitos de los artículos 112 del Código Procesal Penal y 290 del Código Procesal Civil, de ahí que, aunque el Tribunal debió rechazar el reclamo del recurrente al inicio del juicio, ningún defecto produce el que lo hiciese al declarar con lugar la demanda, rechazando la oposición y las excepciones formuladas por la demandada. El actor civil incluyó en los hechos, todos los requisitos exigidos por las citadas normas, sin que se aprecie algún vicio que haya causado indefensión a los representantes del Estado (...)

2015. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Nº 951 de las 10:45 h. del 2 de julio de 2015.

2. BENEFICIO DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Competencia para revocarlo.

“(...) Esta Cámara de Apelaciones avala la tesis jurídico-procesal con base en la que el Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, establece que el ente judicial competente para conocer y decidir sobre la revocatoria de los beneficios de ejecución de la pena concedidos por el Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica, a la sentenciada A.R.M.G. en las sumarias 11-001224-0063-063-PE Y 13-001032-0472-PE, es precisamente, dicho ente jurisdiccional. Tal y como lo indica el Juez de Ejecución de la Pena de San José, este Tribunal de Apelación de Sentencia ha establecido que la competencia para dar seguimiento a las condiciones que en

un caso determinado se fijan para otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, no le corresponde al Tribunal sentenciador, sino, al de ejecución de la sanción penal, ya que en tal situación, el beneficio en cuestión no se concede pura y simplemente bajo los parámetros básicos de ley, sea el de no cometer nuevo delito doloso sancionado con una pena superior a 6 meses de prisión en el plazo de condición. En el caso concreto, y conforme a lo expuesto en la gestión de la Fiscalía de Ejecución de la Pena de San José (ver folios 1 a 3 del legajo de conflicto de competencia) se da esta última situación, siendo que lo único que procede es verificar si, efectivamente, A.R.M.G. cometió un nuevo ilícito infringiendo las prerrogativas antes apuntadas, con base en las que se le otorgaron los beneficios de ejecución de la pena en las sumarias supra apuntadas, asunto y decisión que de conformidad con el artículo 59 y siguientes del Código Penal, le corresponde al Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica, por lo que se declara que es el órgano jurisdiccional competente para resolver la gestión del Ministerio Público tendiente a la revocatoria de los beneficios de ejecución condicional de la pena otorgados a A.R.M.G. en las causas penales 11-001224-0063-063-PE y 13-001032-0472-PE (...)

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, N° 765 de las 11:25 h. del 25 de mayo de 2016.

3. CONCILIACIÓN. Necesaria audiencia al imputado ante supuesto incumplimiento.

“(...) Analizados los autos, se tiene que al inicio del debate que precede a la sentencia impugnada, el defensor interpuso una actividad procesal defectuosa aludiendo a que el acuerdo conciliatorio que se había pactado en la etapa intermedia fue revocado, con la simple manifestación realizada por la ofendida y sin darle audiencia a la defensa ni a la imputada y sin considerarse en aquella etapa procesal que la encartada había aportado un documento que acreditaba el pago de las cuotas pactadas en favor de la víctima (cf. 94). Esa incidencia fue rechazada por el Tribunal de Juicio bajo los siguientes argumentos: La norma procesal penal de la conciliación no establece que se le deba de dar audiencia a las partes previo a revocar la conciliación, contrario a lo que sí se establece en el artículo 28 de la suspensión del proceso a prueba. Esa omisión no es un defecto de carácter absoluto, porque se fue convalidando con la resolución de la audiencia preliminar y la apertura a juicio. Además, añadió que la conciliación tenía dos acuerdos, pagar un rubro económico a la ofendida y el otro no perturbar o molestar a la víctima y en ese sentido hay un incumplimiento del segundo acuerdo de no perturbar a la agraviada (registro audiovisual c000150827090000 a partir del contador 09:07:45). Los razonamientos utilizados por el Tribunal de Juicio para declarar sin lugar la actividad procesal defectuosa son incorrectos. El artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal establece que constituye un defecto absoluto que no requiere de protesta previa, los defectos relativos a la intervención, asistencia y representación del imputado y aquellos que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley. En este caso, el defensor alega una violación al debido proceso y al derecho de defensa, por haberse negado la oportunidad a la encartada de rebatir la manifestación realizada por la ofendida, así como de poder justificar el cumplimiento del acuerdo conciliatorio. En este sentido lleva razón el

apelante, toda vez que el derecho de defensa y el debido proceso, es una garantía que rige a lo largo de todo el procedimiento, y al amparo de ella, tanto la defensa técnica como material, tienen que contar con la oportunidad de pronunciarse y ofrecer la prueba que estimen pertinente, antes de que una autoridad jurisdiccional revoque una medida alterna. La Sala Constitucional desde la emisión del voto 1739-1992, en el cual desarrolla ampliamente los componentes del debido proceso, estableció como uno de ellos, el derecho de audiencia que le asiste a todo imputado durante el proceso penal y en lo que interesa estableció: “c) El derecho de audiencia: Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo.” Este derecho de audiencia es indispensable en el trámite de cualquier procedimiento tendiente a modificar una situación jurídica previa del encartado. Como se desprende de la resolución del Tribunal de Juicio, mediante la cual se resolvió la actividad procesal defectuosa, aquella Cámara estimó que no era necesario otorgarle una audiencia previa al imputado y a su defensor, para revocar el acuerdo conciliatorio pactado, postura que es incorrecta. Adicionalmente, si se hace un estudio sistemático de la normativa procesal penal, se puede establecer que sí es necesario otorgar audiencia al imputado y a su defensor, previo a revocar una medida alterna. En este sentido se tiene que el numeral 28 del Código Procesal Penal -al que hizo alusión el Tribunal de Juicio-, establece que en caso del incumplimiento injustificado del plan de reparación en una suspensión del proceso a prueba, el tribunal dará audiencia por tres días al Ministerio Público y al imputado, y resolverá por auto fundado, acerca de la reanudación de la persecución penal; si bien esta norma aplica específicamente para los procesos en los que las partes hayan acordado como medida alterna la suspensión del procedimiento a prueba -y el caso que nos ocupa se trata sobre una conciliación- considera ésta Cámara de Apelación de Sentencia que de conformidad con los artículos 2 y 7 de este mismo cuerpo normativo, es posible realizar una interpretación sistemática y sostener que es necesario dar audiencia a la defensa técnica y al imputado, antes de tomar la decisión de revocar el acuerdo conciliatorio aprobado. Esto es así, toda vez que esa interpretación beneficia al encartado y permite respetar el debido proceso que se debe seguir antes de dejar sin efecto una decisión previamente acordada (...)”

2016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DE SAN RAMÓN, Nº 527 de las 9:58 h. del 21 de junio de 2016.

4. DERECHO A RECURRIR. Diferencia con la doble instancia.

*“(...) En este orden de ideas, interpretando los alcances del numeral citado supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante sentencia del 2 de julio de 2004, en la causa denominada “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, se refirió acerca del derecho a recurrir el fallo indicando que: “158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de **permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica**. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser*

garantizado antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada. **Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.** 159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. 160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [...] un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, **se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.** Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (subrayado no corresponde al original) . Desde esta óptica, tomando como punto de partida el concepto de doble instancia expuesto supra y considerando el fundamento desarrollado tanto en las resoluciones de la Cámara Constitucional, así como la interpretación del artículo 8.2 h) del CADH realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible concluir que en concordancia con las exigencias establecidas desde el bloque de convencionalidad, el régimen de impugnación de la sentencia penal, no prevé el recurso de apelación como una doble instancia, sino un recurso ordinario, informal, accesible y eficaz, de forma tal que permita el examen integral de la sentencia, sin necesidad de la reproducción del juicio oral y público, ante un superior jerárquico. En este mismo orden de ideas, descartando que la “doble instancia” constituya una exigencia de la normativa convencional, parte de la doctrina ha indicado que “En razón de todo lo expuesto, se determina que la tutela judicial efectiva del derecho a recurrir el fallo penal ante un tribunal superior en un sistema procesal penal como el costarricense, **no implica que deba reconocerse o regularse un medio impugnativo que garantice “la doble instancia” en el sentido riguroso o tradicional del término, ya que ni siquiera los instrumentos internacionales que reconocen tal garantía contemplan tal supuesto,** sino que lo se garantiza es el derecho a un “doble examen del fallo” (VARGAS ROJAS, Omar, JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Esteban, **Impugnación de la sentencia penal: apelación, casación, revisión,** Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, San José C.R., 2012, pág. 166-167) (...).”

2016. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 756 de las 11:10 h. del 20 de julio de 2016.

5. DETENCIÓN. Requisa y detención solo proceden si existe indicio comprobado de haber cometido delito.

“(...) Si bien la picadura de cannabis sativa conocida comúnmente como marihuana, es una sustancia prohibida según la Ley General de Salud, - ver artículos 126, 127 y 134-, su consumo no se encuentra sancionado penalmente, lo cual implica que debe determinarse en concreto en cada caso, si el consumo que se haga de esta por una persona, afecta a la salud de las demás personas, ya que la intervención policial solo podría justificarse y considerarse legítimo y adecuado a derecho, en la medida en que pueda objetivamente, considerarse que sí hay una afectación a la salud del colectivo social. En el caso concreto y según se desprende de la pieza acusatoria, la consideración acerca de si se afectaba o no, la salud pública no fue la razón por la cual intervinieron los señores oficiales, sino que fue únicamente porque el imputado fumara lo que se presumía, era marihuana lo que le molestó a los oficiales. La actuación de los policías de Fuerza Pública, para esta cámara no se encuentra justificada y por ende es arbitraria e ilegítima, esto por cuanto como se indicó supra, en nuestro ordenamiento se encuentra garantizada la autonomía de la voluntad del individuo, que le permite realizar todo aquello que no sea prohibido, ilegal, o contrario a la moral y al orden públicos. E I numeral 37 también de la Constitución Política, establece con claridad, que nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito , por ello, si fumar dentro de un vehículo, aun siendo marihuana y ser perjudicial para la salud, no está tipificada como delito, la actuación de los policías fue ilegítima, puesto que poseer un cigarrillo de marihuana, el cual se estaba consumiendo tampoco es delito, debiendo cuestionarse, a partir de ahí, si el imputado se encontraba legitimado para repeler de la forma que pudiera y tuviera a su alcance lo que percibía como una conducta abusiva y arbitraria en su contra. El recurrente considera que la sentencia carece de fundamentación por cuanto señala que no fue valorada la prueba documental y la prueba testimonial no lo fue de manera adecuada. De la revisión del audio c0000160223140106 vgz. contador horario 14:01:11, considera esta cámara que si bien el juzgador de forma errónea estimó que la actuación de los oficiales de detener al imputado y exigirle documentación y entrega del cigarrillo que fumaba era legítima, porque si bien el consumo no es prohibido, la posesión aunque sea para ello sí lo es y en este tanto la intervención era necesaria para el decomiso de la droga, lo cual no es correcto en razón de lo ya expuesto, la valoración que hace de la prueba a partir de ella es la adecuada, en el tanto únicamente, se demostró que el imputado amenazó con denunciar a los oficiales, que estaba muy enojado, utilizó palabras vulgares y que continuamente indicó que no podían detenerlo porque consumir marihuana no era prohibido (...)”

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Nº 571 de las 10:35 h. del 19 de abril de 2016.

6. FUNDAMENTACIÓN. Determinación de las razones por las que se impone el monto de la pena de inhabilitación absoluta.

“(...) Del examen de la argumentación que el Tribunal de Apelación realiza en cuanto a la pena, es posible extraer una alusión al cargo que ocupaba la justiciable. Más allá del requisito mínimo en cuanto a su condición de funcionaria pública, se le reprocha que su cargo específico era la lucha contra comportamientos delictivos como el que realizó, desde su rol como fiscal del Ministerio Público. Si bien es cierto, el uso de recursos estatales a su favor, se concretó en una sola ocasión, se toma en cuenta que se trata de un servicio de alto riesgo, que se realiza con recursos (personal de vigilancia y vehículos) limitados, como lo es el transporte y seguridad de privados de libertad. La afectación a la imagen del Poder Judicial y específicamente del Ministerio Público, también fue ponderada por los jueces de juicio al fijar el monto de la pena en seis meses de prisión, lo que significa un aumento de tres meses con respecto al mínimo imponible, y que dista mucho de los dos años de prisión que constituyen el máximo a fijar para la conducta típica acreditada. Ahora bien, donde no se aprecia un ejercicio de motivación que llene los requisitos mínimos exigibles con respecto a una sentencia judicial, es con respecto a la imposición de la pena de inhabilitación absoluta. En relación con dicho extremo, el ad quem se limitó a indicar lo siguiente: “...el aquilatamiento de cinco años que se hace sobre la sanción de inhabilitación, no hay duda, corresponde como consecuencia de la determinación del hecho inculpado en contra de la función pública, conteniendo el fallo los motivos por los cuales procede ese quantum, el que se estima razonable y acorde con la importancia de los hechos reprochados...” (f. 130). Si bien esta Sala, en múltiples resoluciones, ha señalado que la motivación puede ser escueta, sin que resulte inválida, y que resulta legítima la remisión a las razones dadas por el a quo, ello es así siempre y cuando pueda verificarse un ejercicio mínimo de razonamiento crítico por parte del Tribunal de alzada. Ello no ocurre con respecto al monto pena de inhabilitación, que si bien constituye una facultad de los jueces, por tratarse de un delito contra los deberes de la función pública, cometido por una fiscal auxiliar en el ejercicio de su cargo (cfr. fallo de esta Sala número 531 de las 9:14 horas, del 28 de marzo de 2014 y 756-2009 de las 9:05 horas, del 5 de junio de 2009), sí debe justificarse en cuanto al quantum de su imposición, atendiendo a la finalidad particular que dicho instituto persigue. En el caso de la inhabilitación absoluta, que es la que resulta aplicable en este caso, la ley define su duración entre los 6 meses y 12 años (ver artículo 57 del Código Penal). Esta Sala ha destacado los distintos fines que cumplen la pena principal (d^e prisión) y la accesoria (inhabilitación): “...La pena de prisión se utiliza para internar al convicto dentro de un establecimiento especial, a efecto de suprimir su libertad ambulatoria y someterlo a un determinado régimen de vida limitado, mientras que la accesoria, cuando se trata de empleados públicos que cometieron hechos delictivos en el ejercicio de sus funciones, tiene como propósito afectar su status jurídico, con el objeto de proteger la corrección del servicio público...” (Sala Tercera, fallo número 1152, de las 9:13 horas, del 6 de octubre de 2000). Corolario de los distintos fines que cumplen la pena de prisión y la de inhabilitación, no basta remitir a las razones dadas para sustentar el monto de prisión, para que se tenga por justificado también, el quantum de la pena accesoria. Sin embargo, ese parece ser el proceder del Tribunal de Apelación de Sentencia, cuando señala que “el fallo” contiene los motivos por los cuales procede ese “quantum”, el cual “...se estima razonable y acorde con la importancia de

los hechos reprochados...” (f. 130 fte.). No se indica, ni siquiera de forma somera, cuáles son esos motivos y por qué es el plazo de 5 años, el que se ajusta al fin que persigue la pena de inhabilitación (...)”

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, N° 849 de las 9:11 h. del 19 de agosto de 2016.

7. OFENDIDO. Necesaria valoración de sus manifestaciones en debate aun cuando no se ofrezca como testigo.

“(...) Al respecto, cabe decir que, si bien es cierto, la manifestación final del agraviado no es una declaración en sentido estricto, ya que no se le somete al contradictorio, ni la rinde bajo la fe de juramento, lo que él diga debe ser analizado en sentencia. Véase que el numeral 358 del Código de rito, en lo que interesa, señala: “ Si está presente la víctima y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el procedimiento “. Esta disposición debe complementarse, necesariamente, con lo dicho por el legislador en el artículo 71 del mismo cuerpo legal, en el que se establece: “ Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos dentro del proceso: (...) 3) Derechos procesales: (...) b) La víctima directamente ofendida por el hecho tiene el derecho de ser escuchada en juicio, aun si el Ministerio Público no la ofreciera como testigo. En todas las gestiones que este Código autoriza realizar a la víctima, prevalecerá su derecho a ser oída. No podrá alegarse la ausencia de formalidades de interposición, como causa para no resolver sus peticiones, y tendrá derecho a que se le prevenga la corrección de los defectos en los términos del artículo 15 de este Código “. Esta norma entró en vigencia mediante su promulgación a través de la ley número 8720, denominada Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, a partir del 22 de abril de 2009. A partir de esta disposición, se le reconoce a quien figura como víctima en el proceso (según los parámetros del numeral 70 del Código de rito), la posibilidad de que, en caso de omisión en el ofrecimiento como testigo dentro del proceso, pueda manifestarse ante el Tribunal correspondiente, y pueda ser oído. No obstante, este derecho no solo se circunscribe a la posibilidad de hacer manifestaciones, sino que su ejercicio tiene efectos reales en el trámite de la causa, cuando se le interpreta conforme con el artículo 41 de la Constitución Política, el cual resguarda el acceso de las partes al proceso. Así, no basta con escuchar a la parte ofendida, sino que esto implica una obligación por parte del Tribunal, amparada en los numerales 142 y 363 del Código Procesal Penal, referida al necesario análisis de todo lo ocurrido en el debate, incluyendo, esta manifestación final de la víctima. No debe olvidarse que, parte del debido proceso, precisamente, es respetar la posición, tanto de la víctima, como del imputado en las distintas fases del trámite de la causa penal. Por ello, resulta indispensable que la manifestación de quien se ha sentido afectado con el delito acusado, y que ha acudido ante la administración de justicia con su conflicto, pueda ser examinada en sentencia (...)”

2016. **TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ**, N° 734 de las 7:30 h. del 20 de mayo de 2016.

8. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DERECHO PENAL JUVENIL. Alcances y naturaleza.

*(...) La prescripción es una sanción procesal fundada en el transcurso del tiempo, sus efectos sobre el proceso y, sobre todo, la búsqueda de la seguridad jurídica, orienta a que las causas penales no permanezcan abiertas sin actividad procesal de las partes intervinientes. Sobre este tema la Sala Constitucional ha indicado: “La prescripción de la acción penal (...) es la cesación de la potestad punitiva del Estado provocado por el transcurso de un determinado período fijado en la ley. El Estado, en estos casos, declina el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar una determinada pena (...) lo que tiene su origen en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica de las personas. Ante el poder-deber del Estado de aplicar la ley y perseguir el delito, surge también el derecho a resistir ese poder y es por eso que el legislador establece ciertas reglas, para limitarlo y proteger al ciudadano. Así, el derecho de defensa y sus derivados, el de saber a qué atenerse –base de la seguridad jurídica– son sólo algunas de esas reglas que buscan equilibrar los intereses en juego –los del ciudadano y los del Estado–, todo dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. Se trata de un instrumento procesal que surge ante la necesidad de garantizarle al ciudadano que no habrá arbitrariedad frente a la prosecución del delito, porque ante él opera la plena vigencia de los parámetros objetivos establecidos en la ley, y no otros...”. Sala Constitucional, voto N° 4432-97 de las 17:33 hrs. del 29 de julio de 1997. Citado por Chinchilla Calderón Rosaura). En el análisis del presente caso se constata que desde la acusación que presentara el Ministerio Público (visible a folio 174), se determinó que los hechos ocurrieron el día 27 de mayo del año 2010 (dies a quo). Por su parte para determinar el plazo de la prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta lo señalado por el artículo 109 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) que establece: “**la acción penal prescribirá a los cinco años en el caso de delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la integridad física; en tres años, cuando se trate de cualquier otro tipo de delito de acción pública. En delitos de acción privada y contravenciones, prescribirá en seis meses. Los términos señalados para la prescripción de la acción, se contarán a partir del día en que se cometió el delito o la contravención** o desde el día en que se decretó la suspensión del proceso”. (El destacado es suplido). Según la normativa citada, para efectos de computar el plazo de prescripción, se toma en cuenta el día en que se cometió el hecho, es decir en un caso como este, el día 27 de mayo de 2010, se toma en cuenta para el cálculo respectivo, entiende esta Cámara que el día, según el Calendario Gregoriano, inicia a las 00 horas y concluye a las 24 horas. Ello implica que el término operó el día cuyo ordinal coincide con la fecha en que ocurrieron los hechos, sea el 27 de mayo de 2016 (dies ad quem). En este sentido estima esta Cámara que el efecto de la prescripción operó ese día, por lo que la resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo se encuentra ajustada a derecho. Entender que es hasta el vencimiento de ese día que opera la prescripción o que este debe incluirse dentro del plazo significa extender el término y desconocer la disposición legal dispuesta en el artículo 109 citado. Cabanellas de Torres señala que “término”, en sentido jurídico, significa límite o final de lo que existe. (Ver, diccionario Jurídico Elemental 2000). Si la normativa procesal penal establece que el primer día -en que ocurre el hecho- debe ser contabilizado, ello implica que el día en que coincide con la fecha operó el vencimiento fatal. La prescripción establecida en la norma citada es con relación al ejercicio de la acción penal y en este caso el vencimiento del término efectivamente operó en*

contra de la parte que no actuó oportunamente, ya que la fecha final se encuentra señalada en función de la inicial y su plazo se produjo el día equivalente. Distinto es cuando la fijación del día inicial se refiere a los plazos para recurrir una resolución, en que se entiende el día siguiente según la Ley de notificaciones, pero no respecto de la acción delictiva, pues ello se rige por lo dispuesto en la normativa procesal penal y en este caso en la LJPJ, entendiéndose que esta última interpretación resulta más favorable al principio de Justicia pronta y cumplida, además que la interpretación se deriva del principio constitucional “pro libertatis”. En consecuencia, habiéndose determinado que de fecha a fecha han transcurrido 6 años desde que ocurrieron los hechos, que no ha operado ninguna otra causal de suspensión o interrupción de la prescripción, que se trata de un delito contra la vida, cuyo plazo de prescripción es de cinco años y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, la declaratoria de rebeldía de los justiciables suspendió el plazo de la prescripción de la acción penal juvenil por un año, a la fecha en que se dictó la resolución efectivamente había fenecido el plazo de la prescripción; se declara sin lugar el recurso de apelación presentado (...)”

2016. **TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL JUVENIL**, N° 329 de las 14:30 horas del 1° de setiembre de 2016.

9. PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO. Su variación en las distintas audiencias no conlleva quebranto alguno al principio de concentración.

“(...) Conforme se advierte, en el segundo motivo del recurso de casación interpuesto, el licenciado E.D.L.J. reclama que la objetividad del Tribunal de Juicio se vio comprometida por la desconcentración de uno de los miembros del Tribunal durante el debate y que el Tribunal de Apelación minimizó su incidencia en lo resuelto, mientras que en el tercer motivo, se cuestiona la variación de la Presidencia del Tribunal de Juicio, señalándose que contrario a lo indicado por el Tribunal de Apelación, con ello sí se afectaron las reglas de la redacción de la sentencia. Según se constata, tales aspectos fueron reclamados en su oportunidad en el quinto motivo del recurso de apelación interpuesto, indicando el Tribunal de Apelación que dichos vicios resultaban inexistentes. Respecto a la variación de la Presidencia, en síntesis, se indicó que el recurrente no había indicado en qué influyeron los continuos movimientos del juzgador que se reprochan, durante el testimonio de la ofendida, así como la circunstancia de que hubiera firmado dos expedientes: “[...]en tanto las contradicciones entre la víctima y su madre, que indicó el quejoso fueron desatendidas por el a quo en razón de esos constantes “movimientos” de uno de los cojueces, nunca existieron [...] razón que impide reconocer el vicio que alega el recurrente[...]” (f. 364 fte. y vto.). Se descartó también que al alternarse la presidencia durante el debate entre dos de las juezas, se hubiera quebrantado la integración del Tribunal y, en consecuencia, las reglas de la redacción de la sentencia. En ese sentido, se indicó que: “[...] el artículo 335 del Código Procesal Penal, autoriza que la presidencia del debate pueda recaer en cualquiera de sus miembros, sin que se prohíba que la dirección del juicio pueda sustituirse durante el plenario, sea por razones prácticas o de conveniencia del órgano juzgador, siempre y cuando quien presida ejerza las potestades de dirección y disciplina que la ley exige [...]” (f. 364 vto.). Según se observa, el Tribunal de Apelación descartó los vicios invocados, evidenciándose ahora únicamente, el

simple desacuerdo del defensor particular del imputado con lo resuelto, pretendiendo de manera evidente e improcedente, que esta Cámara se avoque al examen de dichos extremos como una tercera instancia dentro del proceso (...)

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, N° 271 de las 9:01 h. del 19 de mayo de 2016.

10. RECURSO. Alcance en torno al juicio de reenvío.

“(...) El “perjuicio” al que se refiere el artículo 447 mencionado por el petente, es el perjuicio jurídico, ya sea de índole procesal o en la calificación sustantiva. No hace alusión a otro tipo de complicaciones o desventajas externas al Derecho que la decisión de un recurso pueda generar. Estas pueden ser tomadas en consideración, por ejemplo, para dar a conocer o no cierta información, mas no para dejar de resolver correctamente la causa. Por ende, no hay agravio alguno que, por sí mismo, produzca el cambio de calificación. Tanto es así que el párrafo tercero del artículo 465 del Código Procesal Penal contempla tal posibilidad a contrario sensu, toda vez lo que veda en estas circunstancias es la imposición de una sanción más grave o el desconocimiento de los beneficios ya acordados. En el presente asunto, lo que el defensor pretende es que, en razón de esas posibles consecuencias, por lo demás puramente especulativas y difícilmente mesurables, se mantenga una calificación típica desatinada de los hechos demostrados, a pesar de que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal explicó por qué corresponde modificarla. Lo anterior sin consecuencias jurídicas relevantes en daño del indiciado, pues la pena que le había sido impuesta a partir de la calificación errónea le fue mantenida, así como el beneficio de ejecución condicional de la misma. Así las cosas, es visible que el a quo actuó conforme a sus facultades legales, pero ante todo que el reproche interpuesto por el defensor es absolutamente infundado, ya que no existe el agravio que arguye, por lo que de conformidad con el artículo 471 del Código Procesal Penal, debe declararse inadmisibile la casación presentada (...)

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, N° 176 de las 9:50 h. del 12 de febrero de 2016.

11. RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA. Limitaciones para el Tribunal de Apelación de Sentencia al resolver.

“(...) Esta Sala de manera reiterada ha indicado que el Tribunal de Apelación no se encuentra legitimado para fijar directamente la pena, siendo lo procedente que ordene el reenvío ante el a quo para que las partes discutan de manera amplia e integral el quantum sancionatorio correspondiente (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2014-00781, de las 11:34 horas, del 21 de mayo de 2014). En similares términos se ha señalado: “...esta Sala no comparte la decisión del ad quem de fijar de una vez en esa sede la sanción de un año de prisión para cada uno de los imputados, mediante una nueva fundamentación de la pena, por considerar la existencia de vicios en la imposición realizada por el a quo, pues ello violentó el

principio de doble instancia al que tienen derecho las partes del proceso. Al respecto, nota esta Cámara que dicho órgano, al detectar las falencias en el razonamiento emitido por el Tribunal de Juicio en la fundamentación de la pena, consideró que debía entonces en alzada fijarse una nueva penalidad y negarle a las partes su derecho a discutir el punto ante el a quo mediante el reenvío de la causa y así tener la posibilidad de impugnar ante el Superior lo ahí resuelto. En este caso, lo procedente era ordenar el reenvío para que las partes discutieran de manera amplia e integral el quantum sancionatorio correspondiente a determinarse por el Juez de instancia, conforme a la calificación jurídica decretada –sobre la cual no había cuestionamiento–, la penalidad para el delito continuado, los hechos probados, las circunstancias particulares de los acusados y el posible otorgamiento de beneficios, a fin de no resolver el tema de la sanción en única instancia...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2014-01745, de las 10:07 horas, del 31 de octubre de 2014). De igual forma, se ha afirmado que cuando el Tribunal de Apelación procede a fijar la pena en esa misma sede, no está garantizando los derechos de las partes involucradas en el proceso de discutir con amplitud el tema de la sanción y eventualmente recurrir lo que se decida. Sobre este punto se ha anotado que cuando la decisión se adopta en segunda instancia, la parte procesal “...queda impedida para solicitar a través de un recurso ordinario, amplio y flexible (como lo es el de apelación de sentencia), un examen amplio e integral de lo acordado y que califica como contrario a sus intereses...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2014-01950, de las 10:10 horas, del 18 de diciembre de 2014). Se ha dicho que “...cuando el Tribunal de Apelación procede a fijar la pena en esa misma sede, no está garantizando los derechos de las partes involucradas en el proceso de discutir con amplitud el tema de la sanción y eventualmente recurrir lo que se decida”. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2015-01022, de las 12:00 horas, del 31 de julio de 2015) (...)

2016. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, N° 747 de las 10:09 h. del 20 de julio de 2016.

12. RECURSO DE LA VÍCTIMA. Debe agotar la instancia ante el Ministerio Público.

“(...) De lo expuesto, se derivan aspectos jurídico-procesales que son esenciales, y deben aplicarse en la especie, sean éstos: i.- La víctima en el proceso penal tiene derechos que debe garantizarse y tutelarse, sin embargo, su actividad está reglada tal y como sucede con las demás partes de un procedimiento de tal naturaleza; ii.- La legitimación activa de la víctima para participar en un proceso penal se cumple cuando se haya constituido como querellante o parte actora civil. En su defecto, deberá cumplir con los procedimientos que se establecen para poder intervenir directamente en el proceso; iii.- En el caso específico en que se dicte una sentencia absolutoria, y que el Ministerio Público haya tenido tal pretensión en el juicio, para que la víctima esté legitimada para plantear directamente el recurso de apelación, debe gestionar a efecto de agotar el procedimiento de enmienda jerárquica, siendo que de no lograrse la rectificación por parte del superior jerárquico, la víctima tendría la legitimación activa suficiente, para recurrir en apelación el fallo absolutorio. Con base en todo lo expuesto, el estudio de los autos revela que XXX no procedió conforme corresponde para ejercer las amplias posibilidades legales que se

reconocen a su favor para participar directamente en el proceso penal, y específicamente, para impugnar el fallo absolutorio invocando su condición de víctima en la presente causa, por lo que no está legitimado para tal efecto. Así las cosas, conforme los principios de legalidad, y el de taxatividad de los recursos, y según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 442 del Código de rito, XXX, en la calidad de víctima que invoca en la gestión que planteó, no tiene el derecho de recurrir directamente el fallo absolutorio dictado a favor de la imputada M.C.S.F., por lo que lo procedente es declarar inadmisibile su recurso de apelación de sentencia penal (...)”

02016. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, N° 381 de las 9:15 h. del 11 de marzo de 2016.

